

I. EL PROBLEMA POLÍTICO-CRIMINAL

El principal problema al que nos enfrentamos en el ámbito de la justicia penal es el problema político-criminal. En términos generales nos hallamos ante un muy deficiente diseño de esa política, graves dificultades de planeamiento de los organismos encargados de ejecutar los malos diseños, y muy poca capacidad de evaluar, en el sentido preciso de poder ajustar, aprender y retroalimentar el proceso de diseño y ejecución. A esa debilidad contribuyen muchos factores, que trataré de analizar sin dotar de una especial importancia a cada uno de ellos, ya que es la interacción viciosa lo que potencia y agrava el problema. En primer lugar, tenemos un *problema conceptual*. El aparato conceptual tradicionalmente usado para hablar de política criminal nos impide desarrollar ideas sobre ella. Es una especie de caparazón que nos empuja a la repetición de la matriz histórica (el Código Penal histórico del que nos hablaba Baratta), cada vez alejada de las necesidades reales de la sociedad compleja que vivimos. El núcleo central del aparato conceptual que debemos abandonar es el que analiza a la *política criminal como el momento valorativo del derecho penal*. Algo así como la “*política del derecho*”, **que nos permite tener buenas o malas leyes penales, en base a nuestras preferencias valorativas**. Sin duda que existe una dimensión valorativa, pero esa perspectiva nos lleva a confundir los problemas político-criminales en sentido estricto – como logro efectos sociales con el uso de los instrumentos de esa política criminal – y los problemas de garantías, que nos llevan a *ponerle límites a toda política criminal, sea buena o mala, responda a nuestras preferencias o a otras*. Ya he expuesto en muchos lugares mi preferencia por una visión antinómica, en la que se distinguen analíticamente los problemas de eficacia, de aquellos propios del sistema de garantías y del modo como se equilibran permanentemente en el mundo del funcionamiento concreto de la justicia penal (*antinomia fundamental*). No se puede pensar valorativamente desde un único lugar, salvo que se piense que el jurista (un presupuesto histórico que se encuentra, por ejemplo, en la mayoría de la dogmática alemana) es un interprete privilegiado de las estructuras históricas o racionales, que le permiten construir un *modelo ideal de derecho criminal*, al viejo estilo de iusnaturalismo racional.

Por otra parte, ese viejo aparato conceptual, que arrastramos desde principios del siglo XX, nos lleva a dos problemas adicionales. Uno, pretender que la política criminal se piensa de un modo *juridiforme*. Por lo tanto, se tratará casi siempre de modificar alguna ley, en un sentido u otro, sin analizar como esa ley será puesta en funcionamiento o sin destacar la estructura institucional que les dará vida a las prescripciones normativas. También aquí se confunden los términos, porque luego se pretende que el Parlamento sea quien tome decisiones político-criminales de diseño, cuando carece de los datos, la competencia o las posibilidades reales para hacerlo. Distinto es la fijación de garantías, ya que ellas son, en definitiva, una concreción permanente del principio de legalidad,

^{1*} Presidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), de la República Argentina. Profesor de Derecho Procesal Penal en el Departamento de Posgrado de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en la Universidad Nacional del Comahue y en la Universidad Nacional San Juan Bosco de la Patagonia. Los temas de este trabajo han sido tratados de una forma mucho más extensa en BINDER (2013-2019), Tomo II (*Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo*) y tomo III (*Teoría de las Formas Procesales*), y en BINDER (2011), obras a las que remitimos para ampliaciones y para consulta de la bibliografía.

como autorización reglada de lo que pueden hacer los agentes político-criminales, o se custodian a través de la jurisdiccionalidad de todo el sistema de garantías. Pensar bajo un parámetro *legaliforme* es indispensable para el sistema de garantías, pero inútil para lo estrictamente político-criminal.

El segundo problema es pensar a la política criminal bajo un parámetro *cientificista*. Esta idea nos llega desde V. Liszt para quien la política criminal (cierto es analíticamente separada de las garantías – el derecho penal como carta magna del delincuente –) es la ciencia del combate al delito, tomando esta idea del positivismo criminológico, que pretendía una lucha científica contra la criminalidad. Esta idea todavía circula expresamente o de un modo larvado y lleva a pretender que una Criminología – por otra parte, alejada de lo que realmente se produce en nuestra región – produciría esas ideas científicas que nos permitirán ser eficaces. La idea de política criminológica, que ya no se usa, pero era bastante usual hace apenas un par de décadas, mantiene todavía viva esta antigua idea. La política criminal, como veremos, será política pero nunca *ciencia en acción, por más que utilicemos todos los conocimientos científicos que podamos en su formulación o en ejecución*.

Todas estas visiones destruyen el *carácter político de la política criminal*. Algo que es evidente en el funcionamiento real del Estado, pero le ha costado asumir a los sectores académicos o a la producción teórica. Por lo tanto, para superar el lastre de un aparato conceptual inidóneo, debemos resaltar *el carácter de política pública de la política criminal, y como tal, orientada a organizar el uso de los instrumentos que tiene el Estado para intervenir en ciertos conflictos graves de la sociedad*. El aparato conceptual que debemos usar y normalizar debe partir de esta clara identidad de la política criminal, y así servir para el diseño, el debate democrático, la implementación, la evaluación y el ajuste de esa política. No se trata de inventar nada sino dialogar con el conjunto de disciplinas que se han ocupado de la política pública, y que tiene en el Análisis de Políticas públicas una trama bastante compleja de experiencias, ideas y conceptos que demos usar, sin perjuicio de adaptarlos o de participar en el esfuerzo colectivo de pensar con mayor precisión en ese análisis, en sus dos dimensiones clásicas: el conocimiento de como se desarrolla la política criminal (como política, como proceso gubernamental), y el uso de conocimientos y técnicas dentro de la política criminal. Al igual que en otras políticas, debemos conocer más sobre la política criminal y usar más conocimientos consolidados a la hora de diseñarla, implementarla y ejecutarla. Le he dedicado otra obra a este estudio² y remito al lector a los problemas y discusiones que se reflejan en ella.

Ahora bien, si tenemos problemas conceptuales en la política criminal, mucho más acentuados son los problemas prácticos de implementación. Suponiendo que ya tenemos algún plan político-criminal específico, que trabaja claramente en la múltiple articulación de medidas preventivas (normalmente en manos de instituciones del Poder Ejecutivo), orientadas a remover las causas de la conflictividad (por ejemplo, adicciones, etc.), junto con las medidas disuasivas (o llamadas preventivo-policiales), orientadas a evitar o contener, en particular situaciones de violencia, junto con aquellas que llamamos reactivas, porque implican una respuesta completa al conflicto (que por decisiones político-criminales hemos criminalizado), tal como ocurre, por ejemplo, con la persecución penal, aparece de inmediato la complejidad de su puesta en marcha. El

² BINDER (2011).

primer punto de dificultad proviene de la *necesaria integración de estas tres dimensiones en el desarrollo de un plan específico*.

Uno de los problemas que debemos afrontar es que se trata de coordinar entre instituciones muy diferentes, con prácticas y culturas propias, pero también con niveles altos de autonomía institucional, de hecho o de derecho. En el caso del Ministerio Público Penal, quien concentra buena parte de la persecución penal, hemos optado por una institución con fuerte autonomía institucional. En el caso de la policía, si bien no tiene ese carácter institucional, arrastra una larga historia de autonomía funcional, que se ha convertido en parte importante de su cultura organizacional, para bien o para mal. Por lo tanto, tenemos problemas en la política criminal que no son de *simple coordinación* sino de una forma específica de *cooperación interinstitucional*. Si a ello le sumamos la participación creciente de municipios u otras agencias especializadas (lavado de dinero, impuestos, trata de personas, corrupción, etc.), veremos que nos encontramos ante un problema que reclama un fuerte y sostenido trabajo de establecimiento de nuevas reglas. Nada de esto se puede afrontar si seguimos pensando a la política criminal como el simple mejoramiento de las leyes penales o como una ciencia de combate a la criminalidad.

II. POLÍTICA CRIMINAL Y PROCESO PENAL

El proceso penal moderno de América Latina se resiente enormemente por la existencia de estos problemas. Muchas veces pensamos que las principales dificultades provienen del ámbito del desarrollo de las garantías – que sin duda tienen sus propios problemas, pero no tan diferentes de los que existen en casi todos los países, incluso los más desarrollados – cuando, en realidad, las mayores dificultades provienen de la *incapacidad del proceso penal de cumplir con objetivos político-criminales razonables, o dar cuenta de una eficacia que supere mínimos estándares de legitimidad social*. La idea de ponerle objetivos político-criminales al proceso penal es relativamente reciente, y todavía carece de una adecuada reflexión y menos aún implementación. Aquí también existen problemas conceptuales que se deben superar para construir una *nueva mirada político-criminal sobre el proceso penal*. En primer lugar, es necesario superar lo que llamamos el *derecho penal infraccional*, es decir, la tradicional mirada inquisitorial que piensa que todo es una cuestión de desobediencia (el delito como acto desobediencia), y por lo tanto de volver al ciudadano a un orden de obediencia, por más que ya no hablemos de lealtad al Papa o al Rey, sino a la norma o al legislador democrático. Solo si vemos al proceso penal desde el derecho penal del conflicto, nos enfrentamos al problema más urgente que se encuentra en su base: la tutela judicial efectiva.

Todavía solemos pensar a esa tutela como un problema de la víctima individual; pero ello no es, en mi opinión, la perspectiva correcta. Desde la lógica del derecho penal del conflicto, siempre nos encontramos ante un problema de daño social, que victimiza a diferentes personas, grupos, comunidades, sociedades generales; pero, en todo caso, el daño es un proceso social de afectación de intereses sociales, nunca del Estado como tal. De allí nacen diferentes categorías de víctimas, según el interés dañado, según el tipo de daño, etc. Las relaciones entre los distintos sectores sociales dañados serán variable y debe ser parte de un nuevo análisis del daño social, tal como se viene haciendo desde el derecho de daños o los sistemas de responsabilidad civil, con nulo o escasa atención por parte de la teoría del derecho penal. En todo caso, normalmente nos encontramos con situaciones de concurrencia de intereses dañados, que forman comunidades que podrán

o no convertirse en una situación de litisconsorcio. Tampoco se puede simplificar las relaciones entre los distintos tipos de intereses ya que, en unos u otros casos, se deberá determinar el *interés preponderante*. Ahora bien, cuando miramos el problema desde esta perspectiva - y no desde la mera *infracción* - aparece el problema de la tutela judicial como un problema general que se encuentra en la base de la justicia penal, aunque la reflexión sobre este problema la encontramos más claramente expresada en los problemas de las acciones de clase que en el proceso penal, aunque, en realidad, el proceso penal es, generalmente, una determinada acción de clase.

Pero este problema se presenta en la justicia penal de un modo más dramático por una razón de gran envergadura política. En los casos que hemos decidido criminalizar, salvo muy extremas situaciones, *hemos prohibido intensamente toda forma de autotutela*. Solemos utilizar la idea de “monopolio de la violencia en manos del Estado”, que marca una consecuencia, pero no llega al núcleo de la decisión: ese monopolio existe porque hemos decidido prohibir la autotutela, como una medida propicia para construir la paz comunitaria, mediante la intermediación del Estado. El monopolio de la violencia estatal es la consecuencia, no el centro de la decisión; esa decisión de prohibir la autotutela, no solo de los individuos sino de los grupos sociales, es indispensable para construir una sociedad en la que valga la pena y se pueda vivir, pero no es una decisión sencilla. No lo es, en primer lugar, porque afecta una idea de sentido común, tal como es el “derecho” que tengo de defender mi vida y mi salud, a mi familia, mis bienes. No lo es, en segundo lugar, porque para poder justificar esa decisión debemos generar la suficiente seguridad (políticas de seguridad, prevención de daños, etc.) y la suficiente eficacia en que el Estado protegerá los derechos o intereses dañados, que me ha prohibido hacer por mis propios medios. En la base de las sociedades modernas, sensibles y complejas, se encuentra la *tensión entre prohibición de la autotutela y eficacia de la tutela judicial*, como una de las que más influye en las condiciones de legitimidad y confianza en el Estado y que plantea enormes desafíos a la persecución penal.

Todo esto impacta fuertemente en el sustento institucional y en el modo de funcionamiento de las instituciones que deben procurar esa tutela. No olvidemos que los jueces, como tales, no son, por definición de la propia imparcialidad, gestores de esos intereses dañados; pero lo son los fiscales y los policías que los auxilian en la investigación. Todavía no hemos logrado que las instituciones de persecución penal entiendan esta simple ecuación de equilibrio entre la prohibición - casi absoluta - y la necesidad de niveles de eficacia que se miden por la intensidad de esa misma prohibición. Se dirá que ello genera una situación diabólica, de imposible cumplimiento. Pero no es así: genera una situación difícil, que reclama una *nueva inteligencia, una nueva forma de trabajo y una nueva planeación del trabajo de los encargados de la persecución penal*. Desafíos que se pueden encarar solo si entendemos la tensión política que se encuentra en la base del problema de la eficacia de la justicia penal.

Una nueva inteligencia, en el sentido, tanto de adoptar las nuevas bases conceptuales del análisis político-criminal, como una comprensión más amplia de los fenómenos criminales. Los *sistemas de información criminal que producimos son todavía endebles y su uso esporádico y superficial*. Urge, pues, diseñar políticas criminales y, en particular, políticas de persecución penal, fundadas en evidencia empírica y sustentadas en un *nuevo análisis de los fenómenos criminales, pensados como interacciones sociales conflictivas que responden a regularidades sociales y que, por lo tanto,*

permiten diseñar acciones que influyan en ellos. Esta perspectiva choca con la lógica del *caso a caso*, que impide la consecución de finalidades político-criminales. Entiéndase bien, nadie sustenta que el caso no siga tendiendo sentido, dado que es la unidad operativa a la que se enfrentan todos los fiscales y funcionarios; lo que sostenemos es que se debe integrar la funciones político-criminales propias del caso (compensación a los distintos niveles de víctimas), con las finalidades trascendentes al caso, que son las que producen efectos sobre la regularidad social en particular, proyectadas sobre fenómenos criminales concretos. Por el contrario, la dogmática penal nos sigue hablando de la prevención general de un modo tal que no se pueden extraer prácticas concretas para el funcionamiento de la persecución penal.

Esto implica, por supuesto, una nueva forma de trabajo, por lo menos en dos niveles. En el nivel operativo (el del caso) los fiscales deben siempre trabajar como gestores de los intereses victimizados, de los distintos niveles de víctimas, y procurar las distintas formas de compensación que justifican la prohibición de la autotutela. Mientras exista un abismo entre la gestión de esos intereses y las prácticas concretas de los fiscales, podremos hablar hasta el cansancio de los derechos de las víctimas, crear instituciones que duplican el trabajo de los fiscales o establecer listados normativos de derecho, pero dudo que se modifique la situación de orfandad, que todavía hoy caracteriza su situación. En un segundo nivel, se necesita que los *órganos de conducción* del Ministerio Público Fiscal tengan la *capacidad de construir el horizonte político-criminal dentro del cual cada caso adquiera sentido y orientación*. Esto no se hace desde el caso, sino desde mirada sobre los fenómenos hacia el caso. Si nuestro horizonte político-criminal es el de la rutina y el arrastre histórico del funcionamiento de la justicia penal, entonces será difícil que desde el caso se puedan modificar las tasas reales de efectividad de la persecución penal.

Todo esto implica nuevas formas de planeación. Ha costado mucho introducir la idea de la oportunidad en el proceso penal, pero ello se comprende todavía de un modo impropio. Sostenemos la idea de que debemos perseguir todos los delitos y, en casos menores, podemos retraer la persecución penal. Cualquiera sabe que ese no es el funcionamiento del sistema penal. Al contrario, se seleccionan algunos casos y se orienta la mayoría de los recursos hacia esos casos, postergando los otros, sin importar su gravedad o impacto social. *La planeación político-criminal parte del principio inverso*. Lo general es la selección de casos, como ocurre en toda política, que es siempre la asignación de prioridades. Además, el derecho penal es, constitutivamente, un sistema de selección de ilicitudes (ilicitud fragmentaria) y jamás ha funcionado bajo una lógica de persecución obligatoria de todos los delitos, porque ello destruye a la política criminal. Todavía estamos en pañales en términos de planificación de la persecución penal y, por supuesto, no se trata de una selección infantil, al estilo de ocuparse de algunos casos y mandar el resto al archivo. La conjunción de todos los recursos disponibles, en base a múltiples alternativas de actuación, permite una planificación mucho más rica, que nos permite construir niveles más alto de eficacia y nuevas y variadas formas de tutela judicial de los distintos niveles de víctimas.

Estas son las bases de una mirada político-criminal del proceso penal. Quiero referirme, no obstante, a un tema particular, que dice relación con el uso de las formas procesales. Tradicionalmente creemos que esas formas cumplen funciones de garantía - lo que es cierto - pero olvidamos que ellas también son un recurso político-criminal que permite darle un sentido más profundo a la idea de compensación a las víctimas, que se

encuentra en la base de la eficacia de la tutela judicial. Queremos terminar esta visión de las tareas político-criminales del proceso penal, llamando la atención sobre el uso en ese sentido de las formas procesales.

III. FUNCIONES POLÍTICO-CRIMINALES DE LAS FORMAS

Toda la actividad que se realiza en la justicia penal está sometida a formas, es decir, a modos específicos de actuación de los distintos intervinientes, a maneras particulares de ingreso de los intereses y de su gestión, a rituales que cumplen funciones diversas,³ a reglas de cumplimiento obligatorio, cuyo incumplimiento acarrea graves consecuencias para quien las incumple; en fin, la justicia penal es formal y puede ser vista como un conjunto de formas cuyo cumplimiento asegura la consecución de muchas de sus finalidades y cuya distorsión produce graves males. La clara comprensión del carácter formal de la administración de justicia nos debe llevar a reflexionar tanto sobre las funciones positivas de las formas, como frente al modo de reaccionar ante los incumplimientos formales. La segunda reflexión es mucho más usual que la primera y ello ha llevado a una consideración tendencialmente negativa del problema de las formas judiciales. Una reflexión positiva sobre las formas se debe hacer desde el sistema de garantías (otra vez, lo que es mucho más usual), pero también desde las finalidades político-criminales de esas formas, tema que necesita, en mi opinión, una renovada consideración.

Ya hemos desarrollado en otros escritos⁴ lo concerniente a la finalidad general de la política criminal y al sentido de la idea de “monopolio de la violencia por parte del Estado” como consecuencia de la prohibición de la autotutela de la que hemos hablado precedentemente. En tanto parte de la política de gestión de la conflictividad (cuyo cometido es, en sentido amplio, evitar el abuso de poder y la violencia, es decir, pacificar), a la política criminal le corresponde lo que llamamos *absorción y reconversión de la violencia social*⁵. Esta tarea no la puede realizar *sin ritualización, dado que necesitamos que la violencia del Estado sea objetivamente diferente de la que podrían aplicar los grupos sociales o la propia víctima*. Además del problema de la intensidad de esa violencia, es necesario que ella se encuentre revestida de *símbolos y rituales* que generen efectos sociales diferentes al nudo ejercicio de esa violencia o a la forma que ella es ejercida por los particulares o los grupos sociales⁶. El monopolio de la violencia estatal no es solo concentración sino los intentos de trasmutación de esa violencia social. No alcanza con el simple cambio de sujeto (esto es, que en lugar del afectado o los grupos sociales sean funcionarios estatales); es necesario que la *respuesta estatal violenta tenga una dimensión ritual y simbólica que le permita cumplir con sus finalidades político-criminales*. Otro será el problema de los límites externos a esa violencia (garantías) y la función de las formas respecto de ellos. Llamamos, entonces, *funciones político-criminales de las formas procesales al conjunto de modos de actuación, rituales y símbolos, que le permiten cumplir con las finalidades de esa política*.

Conforme lo dicho, las *formas procesales, en su función político-criminal, deben estar al servicio de la pacificación*. Esto significa formas que faciliten la absorción de la

3 [REGUEIRO \(2010\) p. 137 ss.](#)

4 BINDER (2011).

5 BINDER (2011) p. 279.

6 [V. RICHARDSON \(2007\) p. 12; RODRÍGUEZ \(2010\) p. 65.](#)

violencia social y formas que permitan la reconversión de esa violencia en algo distinto de la mera violencia social o de los grupos sociales o de alguno de sus miembros. La capacidad de absorción, como hemos dicho, define el sentido de lo que llamamos monopolio de la violencia por parte del Estado y se debe tratar de algún medio de formalización del conflicto base, *con capacidad de contención de la violencia que contenga ese propio conflicto*. La primera cuestión por considerar es ¿cómo son los actos en los que ese conflicto base se institucionaliza por primera vez y qué influencia tiene la forma en que se lo hace? La política criminal busca absorber conflictos graves y ello siempre tiene un primer momento, donde se jugará esa capacidad o se generan prácticas de rechazo, que constituyen verdaderas barreras que impiden que conflictos graves se institucionalicen o que esa institucionalización, en base a un mal diseño de las formas o una distorsión de esas formas en la práctica, haga que esa institucionalización sea ineficaz para el logro de las finalidades primarias o secundarias de la política criminal. Nuestros sistemas de justicia penal son ciegos a estos problemas y creen que el hecho de “ingresar” un caso es simplemente un problema administrativo. Como también han sido despreocupados a la hora de seleccionar los casos que pueden ingresar al mundo de la justicia penal. Todo ello es una forma de autodestrucción de su propia legitimidad, invisible para los propios operadores, pero estridente para la sociedad. A lo largo de la vida del caso se repetirán estas tensiones político-criminales y formular cargos o acusar tendrán los mismos problemas y las mismas expectativas político-criminales.

Finalmente, el juicio es la *gran escenificación, el espectáculo final*. Una idea que nos parece extraña, pero, como dice Cordero:

“Todo asunto penal auténtico da origen a otro, más o menos rico: las antiguas acciones decisorias (duelos, ordalías, juramentos) son escenas de alta tensión dramática, y así lo son los modernos juicios de estilo acusatorio [...] La inquisición es una labor oculta; el posible espectáculo llega una vez concluido el asunto; y así se presentan solemnes escenas patibularias o un auto de fe, en las cuales algunos leen las sentencias y los arrepentidos abjuran [...] En el ritual acusatorio es un espectáculo todo el acontecimiento judicial”⁷.

Esto no debe ser visto de un modo frívolo y, menos aún, significa que el juicio deba hacer concesiones mediáticas o responder a los gustos del momento, de la sociedad o la moda. Al contrario, es un llamado de atención sobre la *enorme importancia de las formalidades del juicio en relación con las funciones político-criminales, no solo de garantía*.

No queremos con esto subestimar, de ninguna manera, la función que cumple como centro del sistema de garantías y de producción de la prueba a cargo del acusador, pero tampoco podemos olvidar las funciones político-criminales del juicio penal, como el momento privilegiado para absorber el conflicto y enviar mensajes a la sociedad. El uso de la palabra “espectáculo” en el texto puede dar una impresión equívoca de banalización de un proceso institucional en el que se juega el ejercicio de la violencia; nada más contrario a lo que pretendemos. Antiguamente la idea de espectáculo se relacionaba antes que nada con el teatro y es sabido las profundas funciones sociales y políticas que el teatro producía en la antigüedad clásica. Por tal motivo debemos diferenciar la *función teatral, en sentido sustantivo, del mero show*.

“A la teatralidad —transformación de lo real en convención representativa— pendiente de la arbitrariedad del signo, sucede la lógica del show: explosión de realidad en estado

7 CORDERO (2000) pp. 86-87.

puro, discurso inarticulado de lo cotidiano, grado cero de narratividad, vivencia pura de los realities: estadio del espejo, previo a la significación, pre-semiótico de alguna manera, posguionizado por el medio, eso es la telerrealidad...”⁸.

Si el espectáculo judicial es *show*, inmediatamente nos alejaríamos de ese concepto, no solo por dañino sino por inmanejable. La pregunta que nos queda es si queda espacio en la sociedad moderna para un espectáculo que no sea *show* o ya debemos resignarnos a que no hay espacio para otras formas de representación simbólica que no queden atrapadas en la masividad, en el tiempo, en la semiótica de lo televisivo. Si nos atenemos a autores como Debray o Baudrillard la disolución del espectáculo en las nuevas formas de imágenes de lo social nos lleva ya a un camino sin retorno; sin embargo, la pervivencia de otros tipos de puesta en escena, incluso la tenacidad con la que el teatro se mantiene en la vida social, la reaparición de tantas otras manifestaciones públicas ajenas a lo televisivo, nos muestran que las redes de comunicación social no se encuentran totalmente atrapadas por los dueños de esos medios. La diversificación que producen las redes digitales y la importancia que, vuelta tras vuelta, reasume el simple espacio público, dan una oportunidad para escapar de lo televisivo, que debe ser aprovechada por la administración de justicia. En esa opinión seguimos a Anitúa, quien dice: “El término espectáculo es usado, en efecto, en forma despectiva por diversos ‘actores’ del sistema judicial y de las academias de derecho”⁹. Resalta luego la reacción prejuiciosa de los jueces ante toda forma de irrupción de la publicidad (en realidad prejuicio frente a toda forma de publicidad) y señala luego, en su profunda investigación que aquí seguimos, que “intentaremos demostrar que la lógica del espectáculo no está, ni puede estar, separada de la lógica punitiva o judicial, y ello aun cuando puede haber diversos tipos de ‘espectáculos’ o de representación dramática de la ‘escena judicial’, de acuerdo al modelo procesal que se adopte”¹⁰.

La idea de “comprensión escénica” es desarrollada por Hassemer aunque con cierto escepticismo y sin extraer todas las consecuencias. Nos dice:

“los principios de oralidad e intermediación cuidan de que el público presente en el proceso penal – más que en otros procesos, como en el civil – se entere de lo que allí acontece. Lo que resulta susceptible de observación no son las actas de la instrucción sino la escena. La publicidad del juicio oral representa, en consecuencia, la posibilidad de *control* por parte de la comunidad del cumplimiento de los especiales presupuestos de la comprensión escénica y, asimismo, la posibilidad de autolegitimación de las decisiones de los miembros de la Administración de Justicia. Producción de publicidad es el intento de hacer de la comprensión escénica algo susceptible de ser observado e informar sobre ello en la medida de que sea posible. [...] Sin embargo, el principio de publicidad además de ser un elemento necesario para el discurso institucional constituye un factor *peligroso* [...] Dichos peligros apuntan en diferentes direcciones, pero tienen que ver con el mismo factor: el diferente grado de interés que los procesos penales despiertan en la opinión pública y el tipo de expectativa de ésta que en cada caso requiere ser satisfecha. Y todos esos peligros se agudizan en una sociedad como la actual, en la que la gente apenas tiene tiempo libre para estas cuestiones y en la que los medios de comunicación adquieren una importancia creciente en la vida cotidiana”¹¹.

A partir de esta advertencia, Hassemer tiene una visión más bien negativa de la participación de los medios de comunicación, ya sea por la creación de arquetipos, de

⁸ IMBERT (2004) p. 69.

⁹ ANITÚA (2003) p. 5.

¹⁰ ANITÚA (2003) p. 5. V. [también TEDESCO \(2007\); ANITÚA \(2009\) p. 27.](#)

¹¹ HASSEMER (1984) pp. 203 ss.

las distorsiones que produce toda comunicación de masas, por las exigencias del mercado y la visión comercial, etc. De tal modo que no es posible superar por ahora, ni por los medios procesales y menos aún por las reglas de la comunicación masiva, una comprensión distorsionada y parcial del caso. No obstante, no deja de asignarle a la prevención general un margen de actuación positiva¹² lo que no se compadece bien con su visión escéptica sobre el valor de la comunicación. Nadie puede negar la fuerza que tiene la televisión y los medios gráficos masivos para generar arquetipos sociales. Pero la pregunta es si ello significa un estadio insuperable de nuestra cultura. En realidad, la construcción de arquetipos de criminales constituye una dimensión cultural de larga data, sobre la que se han construido historias, leyendas y novelas y hasta ha tenido una influencia enorme en la naciente Criminología. En la actualidad, Zaffaroni¹³ denomina Criminología mediática al modo cómo los medios de comunicación masiva, tanto nos adiestran sobre las causas de la criminalidad como sobre las propuestas para prevenirla o reaccionar contra ella, sin que el discurso de esos medios tenga asidero en la realidad o algún tipo de control. Lo cierto es que ha tenido capacidad para desplazar al discurso académico. Una vez más nos encontramos ante hechos que parecen innegables, pero que deben ser completados con otras reflexiones. La potencia y la capacidad de esos medios para infundir miedos, para generar políticas, para construir arquetipos y esquemas mentales es innegable. ¿Qué hacer entonces?

En primer lugar, la sociedad moderna y sus redes de comunicación son cada vez más amplias que la propia Televisión, con lo que se abren espacios nuevos de debate y confrontación política y cultural; pero, por otra parte, nadie puede escapar a las condiciones sociales en la que se juegan, debaten y confrontar las ideas. En ese sentido, existe un discurso académico que pretende hablarle a un mundo que ya no existe y ello no significa aceptar todo lo que la realidad pueda tener de negativo sino aprender a comprender la complejidad del mundo moderno y hablarle a él, no a un mundo que usa otras palabras, aunque se trate de viejos problemas. Por otra parte, la administración de justicia, como ya hemos dicho, *debe ingresar al flujo de la comunicación social, porque también tiene medios poderosos de comunicación y difusión*. Para utilizarlos debe abandonar su preferencia por las tinieblas y exponerse a la transparencia, a veces vertiginosa, de la circulación de ideas y mensajes en el mundo moderno. Las formas procesales no pueden ser pensadas para una sociedad bucólica y rural inexistente, como si un grupo de burgueses ilustrados del siglo XIX se sentaran a departir sobre cómo se ejerce el poder penal (imagen, por cierto, falsa, porque ese grupo de burgueses del siglo XIX empujaron a formas brutales del poder penal y de toda forma de violencia del Estado). Las nuevas redes de comunicación social nos dan también un conjunto de instrumentos para escaparnos del *elitismo* que siempre le ha hecho mal a la justicia penal. Claro está en la dimensión político-criminal, no en el de las garantías que no están sometidas a las reglas democráticas.

Lo cierto es que el juicio oral y público es el momento en que las expectativas de los individuos y de las comunidades deben tener cabida en la comprensión del caso. No en el sentido de que ello sea un elemento que los jueces deban tener en cuenta para fallar, ya que la garantía de imparcialidad les impide decidir en base a consideraciones de impacto social o formas de demagogia punitiva, pero sí es el momento en el que los individuos y las comunidades afectadas deben participar en la escenificación del conflicto que los tuvo como protagonistas. Las formas del juicio deben permitir la

12 HASSEMER (1984) p. 393.

13 ZAFFARONI (2002).

participación de la ciudadanía¹⁴: no es una mera posibilidad, no es solo una garantía a favor del imputado, sino que esa participación es también uno de los *mecanismos de eficacia de la política criminal*. Aquí es donde se juega no solo la máxima capacidad de absorción del caso, sino que la respuesta penal debe estar basada en una adecuada resignificación simbólica, que le brinda institucionalidad, racionalidad, disminución de la violencia; es claro que nada de ello es fácil de conseguir, pero el esfuerzo del juicio oral no puede significar *ajenidad de la comunidad*.

Solo asumiendo estas funciones político-criminales de las formas podemos darle un sentido claro y concreto, no meramente abstracto y conceptual, a muchas de las funciones que le asignamos al uso por parte del Estado de respuestas violentas, es decir, de penas violentas. Una vez más, el tipo de reflexión que constituye las doctrinas sobre la pena en el ámbito jurídico (no, claro está, en un Garland, por ejemplo) aíslan el fenómeno de la pena del conjunto de formas que la rodean y no le dan mayor importancia a esa dimensión en el análisis teórico. Por ello, pese a su pretendido rigor, suelen ser pobres aproximaciones al fenómeno punitivo, tanto desde el punto de vista de las funciones que cumple la pena, como desde el diseño de las funciones que debería cumplir en una sociedad democrática.

14 [V. BERGOGLIO \(2012\)](#).

BIBLIOGRAFÍA

- ANITÚA, Gabriel I (2003): *Justicia Penal Pública* (Buenos Aires, Editores Del Puerto)
- ANITÚA, Gabriel I (2009): “El enfoque cultural y la comprensión del sistema penal en su integridad”, en *La Cultura Penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler* (Buenos Aires, Editores del Puerto)
- BERGOGLIO, María Inés (2012): “Participación popular y legitimidad judicial: a propósito del juicio por jurados”, en *XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica* (Viedma, Universidad Nacional de Córdoba)
- BINDER, Alberto (2011): *Análisis Político Criminal* (Buenos Aires, Astrea)
- BINDER, Alberto (2014): *Derecho Procesal Penal*, Tomos II (Buenos Aires, Ad. Hoc)
- BINDER, Alberto (2017): *Derecho Procesal Penal*, Tomos III (Buenos Aires, Ad. Hoc)
- CORDERO Franco (2000): *Procedimiento Penal* (Bogotá, Themis)
- GARLAND, David (1999): *Castigo y Sociedad Moderna* (trad. Ruiz de la Concha, México, Siglo XXI)
- HASSEMER, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho Penal* (Barcelona, Bosch)
- IMBERT, Gerard (2004): “De lo espectacular a lo especular (apostilla a La Sociedad del Espectáculo)”, *Cuadernos de Información y Comunicación*, 9, pp. 69-81
- REGUEIRO, Sabina (2010): “Política y ritual reflexiones etnográficas sobre un juicio oral público: el caso Poblete Hlaczik”, *Lex Humana*, 2, pp. 137-168.
- RICHARDSON, Christine Rosalie (2007): *Symbolism in the Courtroom: An Examination of the Influence of Non-Verbal Communication in a District Court Setting on Juror Ability to Focus on the Evidence* (Brisbane, Griffith University)
- RODRÍGUEZ, Graciela B (2010): “Perspectivas socio-antropológicas sobre el campo del derecho y la justicia”, *Papeles de Trabajo Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural*, 20, pp. 57-70.
- TEDESCO, Ignacio F. (2007): *El acusado en el ritual judicial* (Buenos Aires, Editores Del Puerto)
- ZAFFARONI, Eugenio (2002): *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Ediar)