

¿POR QUÉ EL CONSENSO SOCIAL PUEDE JUSTIFICAR LEGISLACIÓN QUE ADOPTA LOS POSTULADOS DEL *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*?

Truccone Borgogno, Santiago¹

“Si definimos lo Real como una entidad paradójica y quimérica de este tipo, la cual, aunque no existe, tiene una serie de propiedades y puede producir una serie de efectos, llega a ser claro que lo Real par excellence es la jouissance: la jouissance no existe, es imposible, pero produce una serie de efectos traumáticos”²
(Žižek, Slavoj 1989:214)

1. INTRODUCCIÓN

Muchos han sido los abordajes entorno al derecho penal del enemigo, se lo ha conceptualizado como un no derecho, como un derecho de excepción, como un derecho que se utiliza para situaciones especialmente peligrosas, o para determinada clase de delitos. Se ha dicho así mismo que sus postulados no respetan las garantías propias de los Estados Liberales de Derecho, pero que sin embargo se puede encontrar regulación que responde a sus lineamientos. Ahora bien, aunque se asume que existe legislación que responde a los postulados del derecho penal del enemigo, el presente trabajo no hará un análisis del mismo, sino acerca del mecanismo que posibilita que esta clase de derecho, violatoria de los derechos fundamentales de las personas y de las garantías penales más primitivas, consiga aprobación en el consenso social.

En la actualidad estamos en presencia de un proceso de dualización entre aquéllos que disfrutan de los beneficios de un nuevo tipo de crecimiento económico que no produce creación de empleo o difusión del bienestar social, y aquéllos, cada vez más numerosos, afectados por el desempleo y la precariedad del trabajo³. Los pobres han perdido el nexo que los une con los ricos, y por tanto se han vuelto amenazantes para éstos. El Estado ya no puede mediar, porque no es necesario. Ahora para sobrevivir sólo puede demostrar que garantiza seguridad, creando una imagen donde aparece como capacitado para intervenir. De esta manera estigmatiza a aquellas personas o subgrupos a los que se percibe amenazantes para el normal funcionamiento de una determinada sociedad a los fines de,

¹ Becario de Pre-Grado de CIJyS (Derecho-UNC), Militante del Espacio de Resistencia al Código de Faltas

² Žižek, Slavoj *El Sublime Objeto de la Ideología-* (1989) 1°Ed. 2° reimp. Bs. As: Siglo XXI Editores 2009, p. 214.

³ Es ilustrativa la afirmación de Zygmunt Bauman: “*Los pobres no son los hijos de Dios, con los que se practica la reparadora beneficencia. Nos son el ejército de reserva que se debe mantener para cuando se vuelva a la producción de valor. No son los consumidores que hay que sondear y convencer para hacerse con las riendas mediante la recuperación de la economía. Desde cualquier punto de vista que se los considere, los pobres no tienen ninguna utilidad; los vagabundos no son más que la odiosa caricatura de los turistas (y ¿a quién le gusta ver su propia imagen desfigurada?)*” Z. Bauman, *Schwache Staaten. Globalisierung und die Spaltung der Weltgesellschaft*, en U. Beck (comp.), *Kinder der Freiheit* pp. 323-331, citado por Beck, Ulrich, *Qué es la Globalización* (1998). 1° ed. 1° Reimp. Paidós Bs.As. 2008 p. 90.

también, demostrar que puede controlarlos. Se sostiene en este trabajo que la sociedad, o cierto sector de ésta, tiene la capacidad de construir un sujeto que sea parcialmente diferente al resto, al cual le sea adscrita la responsabilidad de los problemas sociales, y por tanto, sea destinatario principal de medidas penales – de seguridad- de excepción. Sin duda, la referencia no es a teorías conspirativas, todo lo contrario, el proceso de creación e identificación del *otro* como fuente generadora de riesgos es compleja por la multiplicidad de factores e intereses que en ella operan. Sin embargo, existen ciertos elementos que pueden considerarse preponderantes en la construcción del discurso legitimante de uso de mayor poder punitivo en su entorno.

El *capitalismo actual* por la misma ley de productividad, destruye el trabajo. “*Hombres cada vez menos formados y globalmente intercambiables pueden producir cada vez más prestaciones y servicios. Así, pues, el crecimiento económico ya no conlleva la supresión del paro, sino justo lo contrario: prevé la supresión de puestos de trabajo.*”⁴ Y por tanto cada vez existe un mayor número de sujetos amenazantes que no cuentan con los bienes y oportunidades necesarios que debe tener cada sujeto para considerarse *miembro de la sociedad* en que vive. Así, en ese instante, las clases subalternas (*outsiders*) se convierten en las “causales de todos los problemas.” Así, el ocaso del Welfare State no ha significado una disminución del Estado, sino una visión alternativa del mismo. El punitivismo disciplinario necesario para el funcionamiento del modelo fordista-keynesiano ha sido reemplazado, junto con la desarticulación del Estado providencia, por una configuración de control social en términos actuariales. Loïc Wacquant es elocuente cuando habla de un inversamente proporcional desarrollo del Estado Penal al desmantelamiento del de Bienestar.⁵

2. LA SOCIEDAD DE SEGURIDAD AFIRMA LA NECESIDAD DE LA NEUTRALIZACIÓN DEL OTRO

a. Los Dispositivos de Seguridad

Desde el curso impartido en el Collège de France 1977-1978, Michel Foucault intentó demostrar a través de la genealogía de las técnicas de poder⁶ que la sociedad, abandonaba el acento

⁴ Beck, Ulrich, *Qué es la Globalización* (1998). 1º ed. 1º Reimp. Paidós Bs.As. 2008 pp. 96-97.

⁵ “*La implementación de una policía diligente, tribunales severos y prisiones más grandes no constituye una violación del neoliberalismo ni una desviación con respecto a él; al contrario: es su vehículo indispensable, habida cuenta de que el Estado se apoya en la penalización como técnica para manejar la proliferación de la pobreza urbana y la marginalidad social que él mismo genera al desregular la economía y reducir la protección en materia de bienestar social*” Wacquant, Loïc *Las Cárceles de la Miseria* 2º ed, Bs. As. Edit. Manantial 2010 pp. 196-197.

⁶ La genealogía intenta reconstruir el funcionamiento del poder desde el punto de vista de los objetivos, las estrategias a las cuales obedece y los programas de acción política que sugiere; en tanto que la arqueología del saber (seguido en este segmento del trabajo) hace alusión a las reglas de formación de conceptos. (Foucault, Michel *Seguridad, Territorio y Población: Curso en el Collège de France (1977-1978)* 1º ed. 3º reimp. Bs. As. Fondo de Cultura Económica, 2009 p. 56).

prioritario en las técnicas disciplinarias,⁷ para encaminarse hacia una estructura en torno a los *dispositivos de seguridad*. Así, la cataloga como aquella sociedad donde se pasa del código binario: prohibido-permitido a una donde el límite se encuentra en “*lo aceptable*.” Una sociedad que será gobernada por una estimación de probabilidades donde, para decirlo con las propias palabras del autor, “*las reacciones del poder frente al fenómeno en cuestión se incorporarán a un cálculo que es un cálculo de costos*.”⁸ Para Michel Foucault, una de las características esenciales del gobierno a través de los dispositivos de seguridad, es la correlación entre la técnica de seguridad y la población como sujeto y objeto a la vez de aquellos.⁹ Sin embargo, los dispositivos de seguridad no operan, al menos en principio, sobre un determinado grupo de personas, sino sobre el espacio. Trabajan sobre el acondicionamiento del medio, es decir sobre el lugar donde se producirán una serie de acontecimientos posibles. El gobierno a través de la seguridad toma como presupuesto el cálculo de probabilidades de lo que puede llegar a suceder. A diferencia del sistema disciplinario que divide tajantemente lo normal - aquello capaz de adecuarse a una norma- de lo anormal –lo que es incapaz de hacerlo-, el sistema de seguridad traza una *curva de normalidad*. Si durante el Estado de Bienestar donde el modelo punitivo disciplinario imponía la individualización del desviado para su resocialización -lo que equivale a decir para su comportamiento conforme a lo que es debido-, el modelo de seguridad neoliberal -sin prohibir ni prescribir- trabajará sobre la realidad misma, haciendo que sus elementos interactúen los unos sobre los otros de modo que se neutralicen a los indeseables; o mejor dicho que los más desfavorables se asimilen a los más favorables.

Es así como el riesgo de criminalidad se deshace de las preocupaciones disciplinarias tanto de las causas como del tratamiento, para ser contemplado como cualquier otro en la sociedad del riesgo. Es visto como efecto indeseado de una actividad útil como lo es el proceso económico neoliberal. La desviación respecto de la ley se convierte en algo normal, y por tanto, un riesgo sobre los que los dispositivos de seguridad deben trabajar. La tarea consistirá en contemplar las conductas a nivel de masa para poder revelar regularidades estadísticas que permitan incorporar, a la gestión de la desviación, técnicas selectivas hacia aquel grupo de población que comparta un determinado *perfil de riesgo*. El otro entonces es aquel que puede ser adscrito a este grupo poblacional. El proletariado, entonces, que ha perdido el nexo que los une con los propietarios de los medios de producción, y por tanto se ha vuelto

⁷ En torno a éstas puede verse el análisis del autor en: Foucault, Michel *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión* (1975) 2º ed. Bs. As. Siglo XXI Editores Argentina 2008.

⁸ Foucault, Michel *Seguridad, Territorio y Población: Curso en el Collège de France (1977-1978)* 1º ed. 3º reimp. Bs. As. Fondo de Cultura Económica, 2009 p. 21.

⁹ Las otras tres características que el autor le adscribe al gobierno a través de los dispositivos de seguridad son: 1) los espacios de seguridad; 2) el tratamiento de lo aleatorio; y 3) su particular forma de normalización. Foucault, Michel *Seguridad, Territorio y Población: Curso en el Collège de France (1977-1978)* 1º ed. 3º reimp. Bs. As. Fondo de Cultura Económica, 2009 p. 27.

amenazantes para éstos; los inmigrantes, que en muchos casos poseen valores y costumbres intrínsecamente diferentes a la sociedad de acogida poniendo en cuestión su visión del mundo; y los terroristas, que con su accionar pretenden cuestionar el orden establecido, son el *grupo de riesgo* que el Estado debe controlar hasta hacerlo tolerable. El *otro* del consumidor de seguridad en el mercado es el peligro que el Estado debe combatir.

En este esquema, el derecho penal del enemigo hace su entrada con mayor fuerza como derecho preventivo frente a los productores de riesgo y con una clara función de defensa social, similar a aquella pregonada por el positivismo criminológico de principios del Siglo XX. El *otro* no es más el enemigo ontológico garofaliano, sino aquel sujeto perteneciente al grupo que no comparte la identidad dominante de una determinada comunidad y que por tanto -en este esquema- la pone en cuestión. El *otro* al ser considerado como riesgo para la sociedad, es decir, como sujeto peligroso, no debe realizar ningún acto de afectación efectiva o puesta en peligro de bien jurídico alguno. Sólo por compartir determinados caracteres que lo hacen acreedor de un determinado *perfil de riesgo*, es visto como parte de un grupo al que, en función de estadísticas, es necesario neutralizar.

b. La creación del otro

Cuando Loïc Wacquant caracteriza al gueto como una *institución de dos caras*, lo hace en el sentido de que cumple funciones opuestas para los dos colectivos, quienes en su virtud se encuentran unidos en una relación de dependencia asimétrica. “*Para la categoría dominante su lógica es confinar y controlar, lo que se traduce en lo que Max Weber llama la <cerca excluyente> [exclusionary closure] de la categoría dominada. Para esta última, sin embargo, es un <instrumento integrador y protector> en la medida que alivia a sus miembros del contacto con el grupo dominante y fomenta la asociación y la construcción de la comunidad dentro de la restringida esfera de relaciones que crea.*”¹⁰ La creación del *otro*, en las sociedades neoliberales, también puede ser visto como un *proceso de dos caras* que cumple funciones para ambos grupos generando una dependencia asimétrica. Así, los integrados –miembros de la comunidad- verán reafirmada su identidad, lo que al igual que al hablar de la formación de guetos, les permitirá identificar y controlar al productor de riesgos, por ser estos exteriormente identificables. Para el *otro*, en cambio, no se estará en presencia de un concepto *integrador y protector*, sino de una demostración hacia él de que es un sujeto intrínsecamente diferente de las mayorías normales. Produce una “*denigración de los otros como esencialmente carentes de virtudes genera[ndo] prejuicios, estereotipos que se retroalimentan.*”¹¹

¹⁰ Wacquant, Loïc Las dos Caras de un Gueto: ensayos sobre marginalización y penalización, 1º ed. Bs. As. Siglo XXI Editores, 2010 p. 126.

¹¹ Scarponetti, Patricia *La Fragmentación del Riesgo y de la Seguridad Ciudadana: Lógicas invisibles para una definición problemática en América Latina*, en X Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Córdoba, Noviembre 2009 p. 15.

Ahora bien, aún no se ha contestado el interrogante de quiénes son los que tienen la capacidad de construir un sujeto que sea parcialmente diferente al resto, al cual le sea adscrita la responsabilidad de los problemas sociales, y por tanto, sea destinatario principal de medidas penales – de seguridad- de excepción. Sin duda, la referencia no es a teorías conspirativas, todo lo contrario, el proceso de creación e identificación del *otro* como fuente generadora de riesgos es compleja por la multiplicidad de factores e intereses que en ella operan. Sin embargo, existen ciertos elementos que pueden considerarse preponderantes en la construcción del discurso legitimante de uso de mayor poder punitivo en su entorno.

c. Los medios masivos de comunicación como lugar público

La mayoría de los regímenes liberales tienen consagrado en sus textos constitucionales el principio representativo de gobierno, según el cual “*el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes.*”¹² No es este el momento de criticar su inclusión como corolario del pacto liberal-conservador que veía con recelo la masificación de los derechos políticos al momento de la codificación, ni de demostrar que el texto citado se ha comprometido hoy con una noción de democracia abierta, participativa, inclusiva y deliberativa.¹³ El reto consiste en poder describir si, como corolario a este cambio en la participación popular que impide -en este caso- utilizar el principio representativo de gobierno para condenar movilizaciones y expresiones populares, los demás principios liberales han sufrido la misma evolución. Así, el dogma republicano de la separación de poderes, pregonado por Montesquieu en el Libro XI del *Espíritu de las Leyes*, se ve hoy cuestionado. El Modelo Neoliberal ha producido una concentración del poder en pocas manos, lo que les da a los detentadores del mismo un papel preponderante en la conformación de los discursos. Quizás pueda parecer aventurado hablar de los medios de comunicación masiva como *cuarto poder* incorporado formalmente a la estructura de los Estados de Derecho. Sin embargo si se considera que en la actualidad la “*televisión es un lugar público, decisivo para la formación del sentido común y del consenso,*”¹⁴ quizás sea necesario someterla a los principios liberales que tiene que ver con la forma de gobierno. Así como reconoce Ferrajoli, los mismos deben estar sometidos a dos reglas, a saber:¹⁵ en primer lugar, su sujeción a la ley de tal manera que se garantice la libertad de información entendida esta como sustancialmente diferente a la propiedad sobre los medios de comunicación; la segunda es la referida a la separación de poderes, la que debe garantizar la independencia de los medios no sólo del poder político, sino también del

¹² Art. 22 Constitución Nacional Argentina; Art. 23 Constitución Española.

¹³Gargarella Roberto, *Los Fundamentos de una Comunidad de Iguales y el Artículo 22* en: Gargarella, Roberto (Coord) *La Constitución 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria* 1º ed. Siglo XXI Editores. Bs. As. 2011pp. 226 y ss.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Edit. Trotta Madrid 2011 p. 62.

¹⁵ *Ibidem* p.102.

económico, para que su evolución sea acorde a la de la democracia abierta, participativa, inclusiva y deliberativa hoy imperante.

3. POPULISMO Y FORMACIÓN DE CONCIENCIA

a. La realidad como espectáculo

En lo que a la construcción de discursos respecta, y con ello al etiquetamiento de determinados sujetos como *otro*, se cree que los *medios de comunicación* masiva desempeñan un papel esencial en la legitimación de la punición. Como se ha insinuado, no se puede desconocer que se han erigido en la forma paradigmática de transferencia –y generación- de información desde finales del Siglo XX a la actualidad. Muchos son los teóricos que reconocen la gran influencia que los medios tienen en la conformación de la vida social. Así, en cuanto a la formación de discursos Ulrich Beck recuerda “*las gafas con las que las personas ven y valoran sus vidas, esperanzas, derrotas y situaciones diversas, están hechas desde el prisma de la vida posible que la televisión presenta y celebra de manera ininterrumpida*”¹⁶; en cuanto a la delimitación de la agenda política, Klaus Günter muestra como en la prensa puede encontrarse el cambio de paradigma de la comprensión a cerca de los motivos por los cuales se viola la ley a la defensa de la sociedad demostrando que “*la severidad frente al crimen se convirtió en uno de los aspectos centrales de la agenda política en todas las sociedades occidentales europeas y norteamericanas*,”¹⁷ o en Argentina, al decir de Kessler luego de reconocer que no hay consenso entre los investigadores sobre si las noticias sobre delitos incrementan el sentimiento de inseguridad, sostiene que “*si lo hay en que los medios contribuyen a conformar una agenda social sobre los delitos existentes y los riesgos que prevalecen*”¹⁸; Tampoco es menor su papel en la creación de necesidades, o mejor dicho en la transformación de éstas en objetos capaces de ser adquiridos en el mercado, así Ivan Illich es elocuente: “*Tener sed, [escribe], ¿es necesitar Coca Cola! Esta especie de conversión en objetos es el resultado de la manipulación de las necesidades humanas por parte de amplias organizaciones que han logrado dominar la imaginación de consumidores en potencia.*”¹⁹ En síntesis, el mérito o poder de los medios radica en la conversión de los hechos del mundo real en espectáculo, así Ruidíaz ilustra el proceso:

“la caverna mediática inventa una realidad en la que la comparecencia del jefe del ejecutivo, la manifestación sindical, la guerra lejana, la actividad parlamentaria o las declaraciones incendiarias del líder de la oposición no son otra

¹⁶ Beck, Ulrich, *Qué es la Globalización* (1998). 1º ed. 1º Reimp. Paidós Bs.As. 2008 p. 86.

¹⁷ Günter, Klaus *Acción Voluntaria y Responsabilidad Criminal* en Burkhardt, Björn - Günter, Klaus – Jakobs, Günther *El Problema de la Libertad de Acción en el Derecho Penal* 1º ed. Ad-Hoc Bs. As. 2007 p. 103.

¹⁸ Kessler, Gabriel, *El Sentimiento de Inseguridad: sociología del temor al delito*. 1º ed. S XXI edit. Bs. As 2009 1º Reimp. 2011 p.155.

¹⁹ Illich, Ivan, *Libérer l'avenir, en Oeuvres Complètes*, T. I p. 180 citado por Latouche, Serge *La Apuesta por el Decrecimiento: ¿Cómo salir del imaginario dominante?* Icaria editorial, s. a. Barcelona 2º ed. 2009 p.150.

*cosa que realidad virtual, la prensa no es sustituto de las instituciones. Es como el haz de un reflector que se mueve por todas partes, sacando a un episodio tras otro de la oscuridad y llevándolo a la visión*²⁰

Se propone entonces, una interpretación de la realidad, lo cual lleva tratar de desentrañar dos cuestiones de importancia. En primer lugar, la relativa a quiénes tienen acceso a los medios. La segunda, emparentada con el Teorema de Thomas²¹ referida a las consecuencias que la construcción en los medios tiene en la opinión pública.

b. El espacio en los medios

Se ha sostenido que la palabra, y sobre todo la palabra pública, entendida como aquella que puede ser expresada en los espacios públicos -donde sin lugar a dudas los medios de comunicación se erigen como el instrumento con mayor ámbito de proyección- está distribuida de acuerdo con el dinero que cada uno tiene.²² Así el acceso a ellos puede depender o bien de lo que uno se encuentre dispuesto a pagar por estar en él, o bien de la capacidad que uno tenga para seducir a los que pueden pagar por ello, o lo que es lo mismo la funcionalidad que uno presente a los propietarios de los medios de comunicación en razón de sus particulares intereses. Sea como fuere, es innegable que el acceso a los mismos es desigual,²³ hecho que plantea un inconveniente en sí mismo. Los medios tienen capacidad para influenciar a la opinión pública para formar consensos, pero sin embargo su acceso es restringido. La visión de los que tienen el poder de estar en ellos es percibida por todos como la visión global de la realidad. La estructura del relato informativo crea la realidad toda vez que remite a un cuerpo de creencias y opiniones que son las propias de los grupos emisores. Es falso que en los medios se cuente *lo que pasa*, debido a que la selección de los hechos a transmitir constituye un acontecimiento inseparable a la interpretación del mundo. No todo es visto en los medios, sino sólo aquello que quienes tiene acceso a ellos deciden mostrar. Sin embargo lo que en la pantalla se ve, se transforma en la realidad que a todos les toca vivir.

En otros términos, los medios y, con ellos, la libertad de prensa se han convertido en una variable dependiente del mercado donde, en la actual sociedad de seguridad, tienen lugar sólo las expresiones de aquellos que participan realmente en la vida económica, social y cultural del planeta.

²⁰ Ruidíaz García, Carmen *Justicia y Seguridad Ciudadana*, Instituto Criminológico de la UCM. Madrid edit. Derecho reunidos S. A. Madrid 1997.

²¹ “*Si los hombres definen las situaciones como reales, las consecuencias serán reales*” W. Thomas.

²² Dan cuenta de este fenómeno, en Argentina: Gargarella Roberto, *Carta Abierta sobre la Intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta social* 1º ed. Bs. As. Siglo XXI Editores 2006 p. 29; en Italia: Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Edit. Trotta Madrid 2011 p. 81.

²³ Held, David *La Democracia y el Orden Global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita* Edit. Paidós Ibérica Barcelona 1997 p. 159.

“Este segmento social menor en lo cuantitativo, impone al resto de la sociedad sus pautas morales, culturales, políticas y económicas, estableciendo su propia lógica de la realidad, reproduciéndola en las leyes y en los usos culturales.”²⁴ Se ha producido una sinergia entre el poder económico, el poder político y el poder mediático. La apropiación privada del último por los primeros hace que ellos mismos controlen la información y la formación de la opinión pública, toda vez que los medios son un terreno monopolizado por los sectores dominantes. En consecuencia la cuestión político-criminal no escapa a la hegemonía en ellos expresada. Los *excluidos* son el riesgo que amenaza con subvertir el orden mundial que conviene a la minoría dominante.

El ejemplo Blumberg (del año 2004) es paradigmático en lo hasta aquí comentado. Y ello en un triple sentido. En este caso se puede evidenciar perfectamente, por un lado, a) como los sectores integrados de poder pueden hacer ver sus aflicciones como comunes a todos los integrantes de la sociedad; b) cómo en función de dichas aflicciones se justifica la punición de aquellos que son vistos como un riesgo para la sociedad; y c) cómo el poder político se pliega a estos reclamos proponiendo o aceptando medidas populistas que le devuelvan la credibilidad perdida por no haber podido resolver el verdadero problema social. Así, se puede justificar la existencia de un estado de excepción material en el cual *la técnica de gobierno* consiste en admitir la existencia de medios excepcionales en manos del Estado para hacer frente a situaciones especialmente riesgosas.

a) En cuanto al primer punto, Blumberg se erigió como un *buen gerenciador*, sus expresiones: “*todos somos argentinos; somos la gente honrada y trabajadora amenazada por un mal; nuestros hijos están en peligro*”²⁵ hicieron que vastos sectores de la clase media se sientan identificados con los altos en función de un miedo compartido: el riesgo de ser víctima de un secuestro exprés.

b) Juan Carlos Blumberg con su *cruzada*, quizás por ser hombre, por su (supuesto) título de ingeniero o por el sector social al que pertenece, fue visto como el mesías eficiente y práctico que tenía respuestas y sobre todo una agenda que, en cuanto a seguridad, se correspondía con la de los sectores medios. No sólo profetizó una degradación futura si no se tomaban medidas urgentes, sino que consiguió que la comunidad apoye dichas mediadas *antes de que lo peor acontezca*. La incertidumbre sobre el futuro generada en esa situación, consiguió que amplios sectores sociales se encomienden a sus ideas. La *cruzada Blumberg* con su discurso punitivo selectivo, con respecto a la calidad

²⁴ Pueden leerse en: Elbert, Carlos A. -Balcarce, Fabián I Exclusión y Castigo en la Sociedad Global. B de F Editores Bs. As. 2009 p. 25.

²⁵ *Ibíd*em p. 33.

de algunas víctimas y de deslegitimación de organizaciones de derechos humanos, focalizó el *riesgo* en todos los no incluidos en ese prototipo pregonado de *víctimas decentes*.²⁶ Así, la sociedad no tardó en reclamar a los poderes públicos el control de ese peligro erigido como riesgo para el normal desenvolvimiento social.

c) Los poderes públicos respondieron rápidamente al reclamo, en poco tiempo y casi sin debate aprobaron las leyes 25.882, 25.886 y 25.89 las que, con una férrea voluntad represiva, se sancionaron para defender a la sociedad de los *nuevos riesgos*. Así, *el populismo penal* hizo su entrada con mayor fuerza, justificando la existencia de un estado de emergencia que concedía a los poderes del Estado mayores herramientas, las que eran vistas como necesarias para devolver rápida y pragmáticamente la seguridad que la sociedad clamaba.

La cruzada moral de Carlos Blumberg, no sólo caló en la opinión pública, punto que será analizado a continuación, sino también fue funcional a los poderes políticos para hacer ver a sus opositores, junto con quienes compartían el *perfil de riesgo*, como enemigos. Así, la demagogia populista confirió tal carácter a todo aquel que no se identifique con la voluntad popular expresada en las recientes medidas legislativas. Los garantistas y las tradicionales agrupaciones defensoras de derechos humanos fueron el blanco perfecto de dicho etiquetamiento.

c. La opinión pública como expresión de la *falsa conciencia*

Todavía queda un aspecto a dilucidar cuando se analiza la construcción de un sujeto *riesgoso* (*peligroso*) a través del discurso punitivo. Así, la *iniciativa moral* Blumberg muestra que, al igual que sostiene Becker sobre ellas en general, “*lo que se propone es la creación de un nuevo fragmento de la constitución moral de la sociedad, su código de lo que es correcto e incorrecto,*”²⁷ lo primero identificado con la defensa de la sociedad ante quienes compartían un determinado *perfil de riesgo*, y lo segundo en cuanto a las garantías y agrupaciones defensoras de Derechos Humanos. También, como caracteriza el mismo autor a las iniciativas morales, se intentó reunir el apoyo de grupos coordinados, y se utilizaron los medios de comunicación masivos disponibles para generar un clima favorable en la opinión pública.

Ahora bien ¿qué se entiende por opinión pública? Se la ha catalogado como una institución fundamental del sistema democrático de gobierno,²⁸ que tiene que ver con los estados de ánimo sobre

²⁶Kessler, Gabriel, *El Sentimiento de Inseguridad: sociología del temor al delito*. 1° ed. S XXI edit. Bs. As 2009 1° Reimp. 2011 p. 85.

²⁷ Becker, Howard. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación* 2005 Edit. Siglo XXI 1° ed. 2009 p. 165.

²⁸ Ruidíaz García, Carmen *Justicia y Seguridad Ciudadana*, Instituto Criminológico de la UCM. Madrid edit. Derecho reunidos S. A. Madrid 1997p. 24.

los problemas del momento. La opinión pública, en fin, es el termómetro de la comunidad política, lo que le da -en las sociedades democráticas- un papel esencial. Sin embargo, su uso como marketing político en la reintegración del ciudadano en la política a través de la dialéctica de la opinión y del consenso, pone en cuestión el papel que se le asigna. Así, como recuerda Baratta “*la opinión pública tiene muy poco de público, en realidad, es sólo el promedio estadístico de las opiniones privadas. Privadas porque son expresadas por los entrevistados no en el ejercicio de un papel público, sino en la función de espectador aislado, objeto de un sondeo de opinión*”²⁹ Sin embargo, este promedio de opiniones privadas -la mal llamada “opinión pública”-, ha tenido un papel fundamental en la legitimación del uso de las propuestas punitivas actuales. Los “medios” han logrado que se internalice en gran parte de la sociedad moderna, el error de considerar que el castigo penal es el recurso más eficiente para asegurar los intereses del hombre en sociedad.

No se interprete lo señalado como una negación a que la *opinión pública* deje de tener relevancia en la conformación de discursos, sino sólo que: en primer lugar, se hace pasar en un primer momento como opinión pública algo que no es. De hecho, podría considerarse como su opuesto. Las opiniones privadas son, por definición, aquellas que cada uno tiene a cerca de sus propios intereses privados. Por lo que la suma de opiniones que versan sobre múltiples y diversos intereses personales, no sólo no pueden llamarse opinión pública sino que, además la extinguen.³⁰ En este momento, las opiniones que aparecen en la pantalla de los medios son aquellas seleccionadas por sus propietarios o editores. Opiniones que, como se ha sostenido, tienen que ver con la exaltación de los intereses privados, con el riesgo hacia un enemigo y con el miedo, dando lugar de ese modo a conflictos de tipo identitario o racista en los que se manifiestan y movilizan de manera agresiva y rencorosa todos los egoísmos sociales.³¹ Así, el *otro*, identificado como el *no-decente* es, además del riesgo a combatir, el chivo expiatorio que cohesiona y purifica el cuerpo social.

La *opinión pública* - no ya aquel promedio estadístico de opiniones privadas- hace su entrada en un segundo momento en la construcción del discurso legitimante del uso de un mayor poder punitivo, sin embargo, lo hará condicionada por una *falsa conciencia*.

En primer lugar, se debe decir, que la opinión pública “*es la opinión que se forma sobre las < cuestiones públicas >, entendiendo con esta expresión las cuestiones que son de interés público porque tienen que ver con los intereses de todos,*”³² donde claramente, la seguridad, los riesgos y la criminalidad son parte de ellos. Segundo, aquellas opiniones privadas seleccionadas por los medios de comunicación -que serán de

²⁹ Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Edit. B de F 2004. p. 213.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Edit. Trotta Madrid 2011 p. 73.

³¹ *Ibídem* p. 75.

³² *Ibídem* p. 73.

víctimas de delitos, familiares de ellas, o simplemente de un circunscripto grupo poblacional cuyas opiniones se identifiquen con las del consejo editorial de los medios- serán transmitidas a todos los integrantes de la comunidad. Esta *técnica*, merece ser llamada *de intimidación* toda vez que, producirá dos efectos: en primer lugar, se encargará de impedir que el que tenga una opinión diferente se atreva a expresarla, para no convertirse en el enemigo que cuestiona la voluntad popular; segundo, las personas en sus mutuas interacciones y negociaciones interpersonales irán cartografiando y coordinando sus percepciones y sentimientos, construyendo de ese modo un orden social compartido.³³ Como resultado sus opiniones, no sustancialmente diferentes a la del primer grupo, podrán ser catalogadas como opinión pública toda vez que serán vertidas en función de un interés público. Sin embargo lo serán como resultado de una falsa conciencia.

La *falsa conciencia* fue conceptualizada por Marx como “*pensamiento alejado del verdadero ser social que se piensa*,”³⁴ o también como *conciencia reificadora*. Así, este segundo grupo poblacional reproduce lo que la televisión le muestra. No significa esto que las personas en sus interacciones diarias no puedan presentar opiniones alternativas. No obstante serán difíciles de encontrar por causa de la misma técnica de intimidación populista que hace que quien no comparte la opinión presentada como pública - y que además tiene eco en un amplio sector de la población y del poder político-, sea vista como enemigo. La negación del propio pensamiento como evitación del conflicto de rol puede ser entendida también como *mala fe* en el sentido que lo hace Sartre.³⁵ Las personas cuando se perciben como productores de opinión pública, internalizan objetivamente el rol que les corresponde, no sólo en cuanto a tales, sino también en cuanto a que es lo que se espera que expresen. En ese momento, se restringe la distancia existente entre las propias manifestaciones y las que le corresponden en función de su percepción como productores de opinión pública. Posteriormente, cuando nuevamente escuchan en los medios de comunicación las manifestaciones privadas que son identificadas como la opinión generalizada de la gente, se ven identificados con ellas. La opinión pública ha sido generada y ella, ahora, legitima las medidas punitivas necesarias para combatir los riesgos propios de la emergencia que impide vivir de manera segura.

³³Kessler, Gabriel, *El Sentimiento de Inseguridad: sociología del temor al delito*. 1° ed. S XXI edit. Bs. As 2009 1° Reimp. 2011 p. 44.

³⁴ Puede verse en: Berger, Peter L. – Luckmann Thomas *La Construcción Social de la Realidad (1967)* 1° ed. 22° reimp. Bs. As. Amorrortu 2011 p. 17.

³⁵ “*La mala fe tiene, pues, en apariencia, la estructura de la mentira. Sólo que – y esto lo cambia todo – en la mala fe yo mismo enmascaro la verdad. Así, la dualidad del engañador y del engañado no existe en este caso. La mala fe implica por esencia la unidad de una conciencia*” Sarte, Jean P *El Ser y la Nada: Ensayo de ontología y fenomenología* (1966) Bs. As. Losada p. 93 en Kennedy, Duncan *Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica* 1° ed. Bs. As. Siglo XXI editores 2010 p. 65.

Como resultado, la inseguridad y los riesgos de la vida cotidiana son vistos como fenómenos naturales, objetivos e inmodificables por los mismos hombres. A la reificación del propio rol se le suma la del mundo. Éste, tal como es presentado en los medios de comunicación queda fijado como facticidad inerte. La relación real entre el hombre y su mundo se invierte en la conciencia. El hombre considera a aquellos que poseen un determinado perfil de riesgo como productos del mundo y por tanto como cosas contra las que debe defenderse. Los significados humanos, es decir la respuesta punitiva que se pregona desde los poderes públicos y los sectores integrados de poder, a su vez, se entiende como natural para solucionar el problema que los aqueja. Los riesgos y la inseguridad adquieren un status ontológico independiente de los sujetos que la generan, lo que hace que se reclamen respuestas ante este mal con independencia de sus causas. Así, las personas, cuando expresan sus opiniones, las enfocan hacia la defensa de la sociedad de esos riesgos, olvidando las causas que le dieron origen. El *derecho penal del enemigo*, como derecho gestor de riesgos, como herramienta necesaria para que el Estado devuelva la seguridad que las personas reclaman en la situación de emergencia que los aqueja, ha encontrado en el consenso social su legitimación.