

¿POR QUÉ (NO) DEBERÍA INCLUIRSE EL DELITO DE "ASOCIACIÓN MAFIOSA" EN EL CÓDIGO PENAL NACIONAL?

E. RAÚL ZAFFARONI

WHY (NOT) SHOULD THE CRIME OF "MAFIA ASSOCIATION"
BE INCLUDED IN THE NATIONAL PENAL CODE?

PALABRAS CLAVES: mafia | penal | crimen
KEYWORDS: mafia | penal | crime

RECIBIDO: 13/9/23
ACEPTADO: 9/11/23

No sé si alguien tiene la intención de sancionar una ley "antimafia" en la Argentina, pero es posible. No creo necesario recordar aquí los efectos tan discutidos como contradictorios que una ley de esa naturaleza tuvo en Italia, sin perjuicio de observar, además, que somos y estamos en la Argentina.

Si bien la "mafia", la "onorata società" o la "'ndrangheta" son italianas y no desaparecieron por efecto de esa ley, no por eso ignoro que en nuestro país tenemos formas organizadas de delincuencia de mercado, es decir, de oferta de múltiples servicios ilícitos, como en todos los países del mundo. No empleo el término "delincuencia organizada" porque se trata de una categorización tan difundida como frustrada, pues abarca hipótesis tan diferentes que es criminológicamente inútil. Un pseudoconcepto que incluye al terrorismo junto a la quiniela ilegal, no sirve para programar ninguna prevención.

Sabemos que el poder punitivo es estructuralmente selectivo en todo el mundo y, en mayor medida, en nuestra América, marcada por una fuerte estratificación social. Lo verificamos con la composición de nuestras poblaciones penales, hoy internadas en campos de concentración llamados "prisiones". Se reparte conforme a la vulnerabilidad social, del mismo modo que las infecciones conforme a la vulnerabilidad biológica.

Las leyes "antimafia" y similares (como las "antiterroristas"), no hacen más que volver a tipificar lo que ya está tipificado, cuando no optan por tipificar conductas preparatorias equívocas, que podemos cometer todos sin la menor intención de incurrir en una participación mafiosa. Por lo general lo hacen con fórmulas generales, engorrosas, difusas y claramente lesivas del principio de estricta legalidad. La "legalidad penal" no es una formalidad, sino que su violación es lo que materialmente provoca que se aplique a cualquiera, con total arbitrariedad y lejos del objetivo declarado por la ley.

En otras palabras, no sólo facilitan al extremo la selectividad sobre los más vulnerables, comúnmente llamados "perejiles", sino que posibilitan su perversión y aplicación con fines que nada tienen que ver con el objetivo supuestamente preventivo o represor de la ley.

Creo que muchos se olvidan que la ley contra el juego ilícito de comienzos del siglo pasado, incluso defendida por Pellegrini, que habilitaba el allanamiento sin orden judicial, fue durante más de medio siglo usada para allanar y reprimir a todos los opositores políticos en cada momento de nuestra complicada historia. También se olvidan del uso perverso de la ley "Cané" o "ley de residencia", que habilitaba la expulsión de extranjeros mediante mera orden del ejecutivo.

Esta es la regla de toda habilitación de poder punitivo frente a "grandes males sociales", que viene desde el fondo de los tiempos. Lo mismo sucedió con la brujería, la herejía, la anarquía, la sífilis, la degeneración, el alcoholismo, el comunismo internacional, la droga y, en general, con todas las "guerras" emprendidas por medio del poder punitivo. Ninguno de esos reales o supuestos "grandes males sociales" fue resuelto en ninguna de estas "guerras perdidas", pues algunos dejaron de ser "males", otros los resolvieron otros medios y otros siguen causando estragos, pero en todos los casos cobraron miles y hasta millones de víctimas al emplearse perversamente con fines por completo ajenos a los manifiestos o declarados.

En los últimos años se sancionan lo que podemos llamar leyes penales "recaderas". Se trata de una destrucción acelerada de la legislación penal racional, mediante "recados" legislativos, o sea, mensajes que no tienen en cuenta para nada sus efectos reales sobre la prevención o represión de delitos, sino que los políticos (legisladores) envían para testimoniar que están preocupados por algún problema real o inventado por los medios de comunicación, pero frente al cual no tienen solución o la disponible no es suficiente para su propia promoción electoralista.

No se trata de la simple—y poco recomendable—función simbólica del derecho penal, sino de algo más grosero y peligroso. "Vean como yo también estoy preocupado y votenme, porque comparto su preocupación". Poco importa si esto

tiene efecto paradójico, no sirve para nada o es usado con fines perversos, lo único que importa es que llegue el recado y ganen o no pierdan votos.

Para eso se promueve mediáticamente un pensamiento mágico. Nuestro antepasado cavernícola practicaba un arte pictórico realista al dibujar los animales de caza en las paredes de las cavernas, porque en su pensamiento mágico identificaba la imagen con la presa. Ahora hace lo mismo, pero en lugar de dibujar en las paredes de las cavernas, se describe borrosamente—con menor precisión figurativa que el cromañón—en los boletines oficiales.

Este servicio de recadería legal se facilita cuando, en el Congreso se crean comisiones permanentes de legislación penal que, obviamente, para justificar su existencia—que en realidad responde al equilibrio del reparto de comisiones entre los bloques—no deben hacer otra cosa que proponer leyes penales. La legislación penal es de excepción, pero de este modo se la hace regla y el principio de última “ratio” se archiva ante la profusión de recados legales dirigidos a una opinión pública instigada al pensamiento mágico.

Votamos legisladores, pero no para que se ocupen seriamente de la prevención de la delincuencia, sino para que nos manden recados que testimonien que comparten nuestras preocupaciones o las que nos crean los medios, aunque en la realidad y práctica, en el mejor de los casos no sirvan para nada y, en el peor, para habilitar mayor arbitrariedad punitiva. Y esto no es atribuible sólo a la “derecha”, sino también a los gobiernos populares, que suelen participar de la mensajería legal, con leyes en virtud de las cuales sus signatarios, con la dinámica del poder, acaban siendo criminalizados.

Si con leyes que definen claramente los delitos de cohecho y otros contra la propiedad, se cometen las aberraciones del ahora llamado “lawfare”, no quiero ni siquiera imaginar las que podrían cometerse con una nebulosa ley “antimafia” en nuestro país.