

## CONSIDERACIONES BÁSICAS

## A) PRECISIONES CONCEPTUALES INDISPENSABLES.

4. *Concepto de "sistema penal".*— Entendemos por "sistema penal" al *control social punitivo institucionalizado*. Si bien la expresión "control social"<sup>2</sup> es difusa, esta idea que proponemos se circunscribe por medio de las adjetivaciones que apelan a la punición y a la institucionalización. La *punición* es el acto y el efecto de una conducta que pretende responder sancionatoriamente a otra y que importa infligir una cierta dosis de dolor, usualmente resultante de una privación que no responde a los objetivos resarcitorios ordinarios. Decimos que "pretende" responder sancionatoriamente a otra y no "que responde", porque en la realidad pueden darse fenómenos de "punición" sin la conducta previa que pretende sancionar<sup>3</sup> y porque el "filtro" del sistema penal frecuentemente da la impresión de que éste recae con preferencia sobre calidades personales y no sobre calidades de las acciones. Por *institucionalizado* entendemos que tiene lugar mediante formas o procedimientos establecidos<sup>4</sup>, aunque no sean los es-

<sup>2</sup> El origen de la expresión se remonta a Edward Ross. Sobre su alcance y los puntos de vista de otros autores, Lewis Cosery y Bernard Rosenberg, *Sociological theory: a book of readings*, New York, 1960, ps. 97 a 122. Se ha señalado que "desde que Ross publicó la primera edición de su libro sobre el control social, los sociólogos han usado este término para referirse a cualquier influencia ejercida por la sociedad sobre el individuo" (Don Martindale, *La sociedad norteamericana*, México, 1970, p. 299).

<sup>3</sup> Sobre estas alternativas: Howard S. Becker, *Outsiders; studies in the sociology of deviance*, New York, 1973, p. 20. Sobre el caso particular del error judicial, la antigua obra colectiva —de gran interés histórico— de Max Alsberg, *Justizirrtum und Wiederaufnahme*, Berlin, 1913.

<sup>4</sup> Para este efecto tomamos el concepto de "institución" de R.M. Mac Iver y Ch. Page, *Sociología*, Madrid, 1960, p. 16.

trictamente legales, sino que basta con que sean los característicos del grupo humano que integra el segmento correspondiente del sistema penal. De esta manera quedan abarcados los casos de "penas sin proceso". La voz "sistema" no se emplea en su acepción orgánica, sino en la de conjunto de cosas que sirven a un objetivo. Como veremos más adelante, la segmentación del sistema penal excluye cualquier similitud orgánica, en virtud de su compartimentalización y frecuente contradicción<sup>5</sup>.

La expresión *penal* la mantenemos, pues se trata de un sistema que se dirige a penar o punir a determinadas personas. Si bien a nivel de discurso jurídico se debe decir que se dirige a penar ciertas *acciones*, a nivel real no siempre pena acciones ni lo hace respecto de todos los que las realizan, lo que importaría la penalización de toda la población. Puede objetárenos que con "penal" dejamos fuera de su ámbito los otros aspectos que pueden surgir de la imputación de un delito, como las llamadas "medidas de seguridad, tratamiento y corrección o mejoramiento". No lo creemos así o, al menos, formulamos la pertinente aclaración: esas "medidas" —sea cual fuere su naturaleza—<sup>6</sup> también encierran un contenido penoso de privación o reducción del espacio social y son producto de la imputación de una conducta. Más aún: cabe echar un vistazo a la institución psiquiátrica, pues importa también una reducción terrible del espacio social que configura una "rama libre" del sistema penal. Dicho brevemente: mantenemos la voz *penal* y abarcamos la consideración de todas las reducciones del espacio social que cumplen una función punitiva o que sospechamos que pueden cumplirla, aunque el discurso justificativo sea terapéutico, educativo, asistencial, etc.<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> V. infra, párrafos 14 y 15.

<sup>6</sup> Sobre su origen y naturaleza ver los trabajos de Enzo Musco, el relato de la delegación italiana al Congreso de Caracas de 1974 y Francesco De Fazio, *Esiste una alternativa alla casa di lavoro come carcere?*, en "Rassegna di Criminologia", 1972, p. 189.

<sup>7</sup> V., por ej., Friedrich W. Stallberg, *Schule als Kontrollinstanz*, en "Kriminologisches Journal", 1977/3, p. 175; Malcom Spector, *Oltre il crimine: come controllare chi disturba la pace sociale*, en "La Questione Criminale", VII, 2, 1981, p. 183; Hans Haferkamp y Günter Meier, *Sozialarbeit als Instanz sozialer Kontrolle*, en "Kriminologisches Journal", 1972, 2, p. 100.

Como resultado de la investigación se verá si estaba justificada la sospecha, es decir, si desde el punto de vista real integran el sistema penal y, en caso afirmativo, en qué medida lo hacen. Estimamos que es la única vía que nos permitirá abarcar fenomenológicamente el sistema penal, sin que el discurso puramente jurídico nos obstaculice la visión del problema. Justamente, las consignas político-criminológicas del momento son "desjuridizar" (en el sentido de eliminar las ficciones jurídicas) y "desdramatizar" (en el sentido de encarar el fenómeno criminal con objetividad y racionalidad)<sup>8</sup>.

Adoptar otros conceptos, como el de "sistema de justicia criminal"<sup>9</sup>, por ejemplo, nos reduciría el análisis del discurso a un parámetro jurídico que siempre depende de una decisión del poder político que, en la realidad, hace que importantísimas y graves funciones del sistema penal queden fuera de la justicia criminal. Tal punto de partida positivista jurídico nos privaría de la mayor parte de la visión de la realidad penal de nuestros países. Esta visión "juridizante" sería particularmente nociva en nuestro contexto latinoamericano, donde existe una larga tradición de ficciones que es necesario dismantelar. Debemos estar muy atentos frente a las nuevas corrientes que propugnan la "diversión" para no caer en este juego de ilusiones y terminar extendiendo por esta vía el control penal, que es una tendencia que se ha denunciado en los Estados Unidos<sup>10</sup>. Por otra parte, la discusión acerca de la función del sistema penal en el control social, que para unos es más importante<sup>11</sup> que para otros<sup>12</sup>, quizá obedezca a la conceptualización material por parte de unos y formal por parte de otros.

La experiencia nos enseña que no puede saberse cómo opera un sistema penal prescindiendo de las facultades de deten-

<sup>8</sup> Cfr. Séverin-Carlos Versele, *Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal en América Latina*, San José, 1976, ps. 11 y 12.

<sup>9</sup> Así, la adoptada por Stuart S. Nagel, *Modeling the criminal justice system*, Beverly Hills, 1977.

<sup>10</sup> Michael Voss, *Einkerkerung statt Entkerkerung. Die Folgen der amerikanischen Diversionpolitik*, en "Kriminologisches Journal", 1981/4, p. 247; Norval Morris, *El futuro de las prisiones*, México, 1978, p. 27.

<sup>11</sup> Heinz Zipf, *Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973, p. 24.

<sup>12</sup> Coser y Rosenberg, op. cit., p. 97.

ción identificatoria de la policía de seguridad, de las sanciones contravencionales que suelen estar a cargo de funcionarios que no pertenecen a la justicia penal, de la forma en que se trata a los menores abandonados, del modo en que se implementa la institucionalización psiquiátrica, etc.

Cabe advertir que sólo tocamos tangencialmente en nuestra propuesta de investigación todo el andamiaje penal formado en algunos países en la órbita del poder ejecutivo, en virtud de facultades extraordinarias, cuando se trata de represión directamente política, porque es un capítulo de un tema que el Instituto encara globalmente en las investigaciones sobre Derechos Humanos y seguridad del Estado<sup>13</sup>. Queda, pues, aclarado que, salvo las indispensables referencias —inevitables, por ser aspectos de un mismo fenómeno— excluimos este tema, no porque lo consideremos ajeno al sistema penal ni mucho menos, sino por razones sistemáticas de planificación general de las investigaciones, es decir, para no superponer y malograr esfuerzos.

5. *Grupos humanos que configuran los distintos sectores del sistema penal.*— En cualquier sistema penal pueden distinguirse subsectores. Los sistemas penales contemporáneos se originan con el industrialismo y el surgimiento de una policía de seguridad e investigación especializada y de los funcionarios judiciales como “poder del Estado”. Sus subsegmentos actuales los constituyen, pues, el sector *policial*, el *judicial* y el *ejecutivo*. Se trata, en realidad, de *tres grupos humanos* —aunque no es del todo estricta esta caracterización, como veremos luego— que convergen en la actividad institucionalizada del sistema y que no actúan estrictamente por etapas, sino que *tienen una influencia predominante* en cada etapa de la cronología operativa del sistema, pero que pueden seguir actuando o interaccionando en las restantes. Así, el judicial puede controlar la ejecución y el ejecutivo tener a su cargo la custodia del preso no condenado, o la policía promover nuevas investigaciones en la etapa ejecutiva o informar acerca de la conducta después de la sentencia, etc.

<sup>13</sup> V. los trabajos del *Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, derechos humanos y derecho humanitario*, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja, San José, 27/9 al 1/10/1982.

Por supuesto que no puede excluirse del sistema penal a quienes hacen las leyes y al “público”, pues, en rigor, son dos protagonistas de primera línea, dado que los primeros son los que dan las pautas de configuración, en tanto que el “público” tiene la facultad de ponerlo en movimiento y, al menos teóricamente, de controlarlo. Sin embargo, estos sectores, desde el punto de vista de nuestra investigación —es decir, de los Derechos Humanos— sólo tendrían cabida tangencialmente. Respecto de los primeros nos ocuparemos del análisis de la legislación. La conformación y su institucionalización son temas que corresponden al Derecho Constitucional y a la política general, lo cual excedería en mucho nuestra tarea. Sin embargo, no podemos dejar de hacer un análisis de la legislación penal “de facto”, como alarmante fenómeno que corresponde investigar. En cuanto al “público”, además de la complejidad y cierta ficción del concepto, no está en nuestras posibilidades estudiar con investigación de campo sus actitudes respecto del sistema penal, viéndonos de este modo limitados a indagar únicamente las molestias o amenazas reales o potenciales de los sistemas y las posibilidades teóricas y prácticas de información y control, sin perjuicio de aprovechar las investigaciones que se han realizado en algunos países y a las que luego haremos referencia.

Respecto de los tres grupos que tomamos en consideración (policial, judicial y ejecutivo), cabe advertir que se trata de grupos profesionales estratificados, de modo que en cada uno de ellos puede distinguirse subgrupos, separados en jerarquías a veces infranqueables o poco permeables, y que en buena medida esas facciones grupales se nutren con personas que provienen de distintas clases sociales, especialmente en los sectores de policía y ejecución, aunque también en el judicial. Este aspecto será de gran utilidad para comprender el funcionamiento del sistema, que no es tan sencillo, puesto que no son homogéneos los grupos que en él convergen.

6. *Las ideologías del sistema penal y la práctica y efectos reales del mismo.*— En ningún sistema penal se opera una coincidencia entre los objetivos proclamados por la legislación y el discurso jurídico y lo que sucede en la realidad por efecto de su funcionamiento. No obstante, la experiencia nos enseña que la brecha entre lo que configura la “ideología” del sis-

tema penal y la realidad de éste se hace enorme en nuestro continente.

Un investigador norteamericano, indagando sobre la esclavitud en el Brasil, frente a un argumento histórico fundado en la legislación de la época, escribió: "Lo primero que le viene a la mente al que está familiarizado con la cultura latinoamericana es que las leyes allí no tienen la misma importancia que pueden tener en otra parte para indicar la práctica real. Allí las leyes se conciben como declaraciones de ideales. Los latinoamericanos condenan frecuentemente la tendencia anglosajona a evitar la aprobación de una ley simplemente porque no puede ser impuesta: 'no puede imponerse, pero, de cualquier manera es justo', dicen ellos"<sup>14</sup>. Este fenómeno es completamente válido respecto de la legislación que hace al sistema penal.

Sin embargo, no hay una "ideología" del sistema penal, sino una *pluralidad de ideologías del sistema penal*, que se expresan en el discurso de cada uno de los grupos humanos y facciones grupales que convergen en él. Estas ideologías fundan una *práctica del sistema penal* que produce ciertos *efectos sociales*. Sin una visión —aunque sea somera— de las ideologías y de la práctica y efectos, no sería posible determinar en qué medida un sistema penal respeta y realiza los Derechos Humanos.

Esta afirmación requiere varias precisiones: a) en principio, el alcance con que empleamos la palabra "ideología"; b) en segundo lugar, cómo creemos que deben individualizarse los discursos de los grupos y facciones.

a) Es bastante difícil tomar partido respecto del sentido de "ideología" y, por cierto, sería más cómodo usarla en una investigación sin preocuparnos de ello. No obstante, esa actitud "no comprometida" restaría precisión a lo que queremos encontrar en el curso de la investigación. Por ello preferimos puntualizar que adoptamos un sentido que pueda ser compartido al nivel del objetivo que nos proponemos, sin necesidad de caer en una definición sectaria.

Aparte del vulgar sentido peyorativo napoleónico, según el cual ideología es el discurso de intelectuales sin criterio po-

<sup>14</sup> Richard Graham, *Escravidao, reforma e imperialismo*, Sao Paulo, 1979, p. 32.

lítico ni vinculación con la realidad<sup>15</sup>, se destaca el sentido marxista, según el cual sería el discurso burgués que oculta los verdaderos intereses, es decir, las relaciones económicas<sup>16</sup>. En otro sentido, Pareto también la entiende funcionalmente, como un discurso persuasivo, fundado en la creencia, que no es lógico-experimental, como la ciencia<sup>17</sup>. Para Mannheim es la cosmovisión de un grupo humano que no se realiza (por oposición a la utopía que se realiza)<sup>18</sup>. En estas tres vertientes, la ideología conserva el sentido peyorativo que viene del bonapartismo: en Marx se opone a la verdadera ciencia, que es la que desentraña los determinantes que son las relaciones económicas, el sistema de producción; en Pareto se distingue de la ciencia y en Mannheim de la utopía.

Sin perjuicio de reconocer que *es absolutamente imposible estudiar y comprender un sistema penal sin tener en cuenta las relaciones económicas de producción*, lo cierto es que debemos cuidarnos del empleo que se hace del concepto marxista de ideología en Latinoamérica, puesto que, muy frecuentemente se aplican como categorías del pensamiento las observaciones sobre dinámica y conflictos de clases de Marx, lo cual suele caer en otra ideología<sup>19</sup>, sencillamente porque las relaciones económicas de nuestras sociedades no son las de Europa en el siglo XIX, ni nuestros conflictos tienen por qué seguir fatalmente el destino de aquéllos. Incluso gran parte de la literatura marxista sobre sistemas penales en los países centrales ha sido criticada por tener más de ideológico que de implementación adecuada de metodología<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. Émile Tersen, *Napoleón*, Buenos Aires, 1962, p. 368.

<sup>16</sup> Marx y Engels, *La ideología alemana*, Montevideo, 1971, ps. 16 y ss.

<sup>17</sup> Karl Mannheim, *Ideología y utopía*, Madrid, 1958.

<sup>18</sup> Cfr. F.H. Cardoso, *Las clases sociales y la crisis de Latinoamérica*, en "Poder y desarrollo, América Latina. Estudios sociológicos en homenaje a José Medina Echavarría", comp. por Aldo E. Solari, México, 1977, ps. 48 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. Massimo Pavarini, *Introduzione a... la criminologia*, Firenze, 1980, ps. 126 y ss.

<sup>20</sup> Sobre el juego de ideologías que condenan la violencia de los gobernados y las que condenan la violencia de los gobernantes, en Pareto, ver el *Extracto del Tratado de Sociología General*, con introd. de Giorgio Braga, trad. de Jesús López Pacheco, Madrid, 1980, ps. 124 y ss.

En lo que hace a la tentativa de oponer ideología a "ciencia", resulta hoy muy difícil sostener que las ciencias no son en cierto sentido "ideológicas". Son demasiadas las evidencias y los estudios que nos muestran que, invirtiendo el planteo positivista de cuño baconiano, el "saber" se vincula y depende mucho del "poder", que nuestro "saber" es funcional, al menos en enorme medida<sup>21</sup>, lo que cierra el camino a cualquier pretensión tecnocrática y a la tesis de la "muerte de las ideologías", que también es una "ideología"<sup>22</sup>. Sin embargo, parece ser indiscutible que sólo aceptando que puede haber una cierta metodología o estrategia que posea algún poder predictivo, es como la cuestión puede plantearse en términos intelectuales. Si no se acepta esta posibilidad, toda exposición será puramente ideológica y toda disputa será una competencia de propaganda partidaria<sup>23</sup>.

En cuanto a la oposición de "ideología" y "utopía", caracterizando a la primera como la cosmovisión que no se realiza cabe observarle que nos deja sin criterio crítico, pues únicamente *a posteriori* podríamos establecer cuándo un discurso es "ideológico"<sup>24</sup>.

Ante estas dificultades, nos limitamos a emplear el vocablo en el sentido propuesto por Abbagnano: "*toda creencia adoptada para el control de los comportamientos colectivos,*

<sup>21</sup> Son incuestionables los aportes de Michael Foucault, aunque no se comparta todo su planteo (*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980; las opiniones de distintos autores en "Kriminologische Bibliographie", Viena, 1978, ps. 19 y 20). La compenetración de esto en todas las áreas humanas es innegable. Uno de los mejores teólogos latinoamericanos, por ej., dice: "El saber posee una intencionalidad definida: el poder. Poder y saber coinciden para la modernidad burguesa. Por eso el proyecto científico y técnico del mundo en función del proceso productivo" (Leonardo Boff, *Sao Francisco de Assis: ternura e vigor*, Petrópolis, 1981, p. 20). V. también Lola Aniyar de Castro, *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Maracaibo, 1981, p. 9.

<sup>22</sup> Cfr. José Ferrater Mora, *La filosofía actual*, Madrid, 1973, ps. 115 a 117.

<sup>23</sup> Cfr. Austin T. Turk, *Analyzing official deviance. For Nonpartisan conflict Analyses in Criminology*, en "Criminology. An Interdisciplinary Journal, American Society of Criminology", vol. 16, n° 4, febrero de 1979, p. 474.

<sup>24</sup> Tal la crítica de Robert K. Merton, *Teoría y estructura sociales*, México, 1970, ps. 484 al 503.



entendiendo por 'creencia', una noción que vincula a la conducta y que puede o no tener validez objetiva"<sup>25</sup>. Este concepto no lleva ninguna carga peyorativa, pues "la ideología" así entendida puede estar fundada en elementos objetivos o ser infundada, realizarse o no realizarse, todo lo cual es materia que pertenece a la "crítica de la ideología".

b) Es falso creer que hay una única ideología del sistema penal. Hay —por cierto— una ideología que está dada por los poderes políticos al fundar los proyectos legislativos, los juristas al explicar el derecho, los "criminólogos" al tratar de explicar las "causas" del crimen. No obstante, tampoco aquí resulta del todo correcto hablar de "ideología" en singular, porque se trata de una pluralidad de discursos, frecuentemente contradictorios. La pluralidad de estos discursos y su disparidad en el área latinoamericana puede desconcertar a cualquiera. En general, puede afirmarse que las contradicciones —a veces pasadas por alto— obedecen a la importación de aportes intelectuales y de modelos de los países centrales, receptados en diferentes épocas y sin relación con las condiciones concretas y las estructuras sociales de nuestras sociedades.

Teóricamente, el discurso de los poderes políticos y de los juristas está dirigido a los jueces; sin embargo, ciertos desarrollos autoritarios y cierto grado de desconcierto político-criminológico, sumado al frecuente fenómeno de la legislación penal "de facto", hacen que el discurso político se vuelva más reducido, más hueco, o bien, que directamente no exista. El discurso jurídico puede diferir del político y tomar varios caminos, siendo frecuente el predominio de tendencias que combinan en forma poco clara elementos del idealismo retributivo y del peligrosismo positivista<sup>26</sup>. El discurso criminológico tradicional no se hace crítico del sistema, pues lo deja fuera de discusión, dándolo por aceptado<sup>27</sup>. Se supone que el discurso jurídico y el criminológico también tienen por principales destinatarios a los jueces. Sin embargo, tampoco dan de lleno en el blanco. El discurso judicial desarrolla su propia "cultu-

<sup>25</sup> Nicola Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1980, p. 460.

<sup>26</sup> Nos referimos a la tendencia más difundida y que mayor influencia ejerce aún (cfr. Rosa del Olmo, *América Latina y su criminología*, México, 1981).

<sup>27</sup> Este juicio no niega valor al importantísimo avance de la investigación del derecho penal en Latinoamérica, sino que indica una suerte

ra” pragmática, legalista, reglamentarista, exegetica. Las razones de este fenómeno deben ser investigadas. El peso de la burocracia judicial y su vinculación con la delegación de funciones y la falta de independencia de hecho que sufre buena parte de la magistratura latinoamericana, quizá puedan señalarse como hipótesis de trabajo. Tentativamente, al menos, puede afirmarse la existencia de cierto discurso judicial en que se repiten lugares comunes de “respeto a la ley” y elementos moralizantes heterogéneos. Más adelante insistiremos en este aspecto con mayor detalle.

En los otros segmentos del sistema penal —policial y ejecutivo— se desarrolla una “ideología” oficial o pública, favorecida por la jerarquización militarizada, que se expresa en forma más o menos solemne y formal, y que suele tener una tendencia moralizante en el discurso policial y “pedagógica” en el penitenciario, con consignas de “seguridad” en ambos. Es difícil hallar expresiones más o menos elaboradas de estas ideologías. Hay, sin embargo, una ideología que no suele hacerse pública, que sólo se comunica a los “iniciados” o “de confianza”, y que tiende a justificar la práctica no ortodoxa. El acceso a la misma es muy difícil en una investigación de este tipo, aunque no hay que escatimar esfuerzos, pues es una riquísima fuente de información acerca de la internalización de pautas contrarias a los Derechos Humanos y de cómo opera el sistema penal para imponer estas pautas y hacérselas internalizar al personal de estos grupos profesionales.

Estos discursos dispares no pueden ser coherentes ni mucho menos, porque su función es “poner distancia” con el fenómeno humano y “objetivar” al hombre (impedir que se lo perciba como persona), como también “centrifugar” responsabilidad sobre los otros segmentos. Más adelante insistiremos en la importancia de estos discursos, en cuanto a sus consecuencias para los defectos prácticos del sistema penal y para ocultar la crueldad de las propias acciones<sup>28</sup>.

Al margen de esta pluralidad incoherente de ideologías, es necesario averiguar *cuáles son los efectos reales del sistema penal, al menos en sus principales aspectos.*

de “diagnóstico” promedio de lo que se observa en monografías, artículos y obras generales. Puede señalarse trabajos muy claros, pero no dejan de ser aislados y ejercen poco peso sobre la “opinión jurídica”.

<sup>28</sup> Infra, párr. 15.

Nos ocuparemos más adelante de proponer los aspectos que consideramos básicos, pero, ahora se hace menester explicitar qué queremos decir con “efectos reales” del sistema penal. En verdad, la visión suele estar tan confundida y opacada por la pluralidad de discursos y de “culturas” e ideologías del sistema penal, que es necesario apelar al buen sentido para esclarecer sus “efectos” sociales. Algunos ejemplos nos aclararán un tanto el panorama.

a) A nivel de discurso político y jurídico tenemos tutelado el derecho a la vida mediante la incriminación del aborto. Pero, si el aborto no llega casi nunca a poner en funcionamiento el sistema penal, si media una relación inversa entre el nivel profesional del autor y la vulnerabilidad del mismo al sistema penal, si el acceso a los servicios de mayor nivel profesional sólo es posible a cierto sector de la población, en la realidad el sistema penal estará garantizando su propia invulnerabilidad a las personas del sector de mayores ingresos, al tiempo que se hallan más exentas de peligro las mujeres pertenecientes a ese sector que se hacen practicar abortos, dado el mayor nivel técnico-profesional de los “abortadores”. Por el contrario, la vulnerabilidad del sistema penal se reserva a los “abortadores” de bajo nivel y a las mujeres que acuden a ellos y, éstas últimas, a su vez, están más expuestas al peligro de su vida, salud y futura maternidad. En realidad, el sistema tiene alguna eficacia sobre los abortos “económicos” y ninguna sobre los que practican los sectores medios y altos para no descender el nivel de consumo y evitar la pérdida de *status*<sup>29</sup>. Tampoco esta legislación y el sistema persigue a quienes atentan contra la vida desde posiciones profesionales y con argumentos tecnocráticos, aunque sus actividades estén bordeando los crímenes contra la humanidad: sólo recientemente se conocen denuncias contra experimentación con fetos vivos de cuatro o cinco meses<sup>30</sup>.

b) El discurso criminológico tradicional, tanto como el penitenciario, el jurídico, el político y hasta el judicial, proclaman el fin preventivo del sistema penal. Sin embargo, en

<sup>29</sup> Sobre la cifra negra del aborto en Alemania, Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechen, Anzätze zu einer Praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Frankfurt am Main, 1973, p. 123.

<sup>30</sup> Cfr. denuncias formuladas en Lyon contra un equipo médico, AP, 20/3/1983.

los últimos decenios se ha puesto de manifiesto que los sistemas penales suelen operar en forma condicionante de "carreteras criminales" (criminalización).

Se ha descrito —por Becker<sup>31</sup> y otros autores— la forma en que opera el *labeling* o etiquetamiento, cómo opera la profecía que se autorealiza, cómo se amplía la violencia mediante el reforzamiento de la autoidentidad desviada, por medio de la segregación<sup>32</sup>, cómo se discrimina laboralmente al liberado<sup>33</sup>, y se ha sugerido que del estudio biográfico de los prisioneros resulta que su proceso de marginación se inicia mucho antes —en la infancia— y se proyecta hacia el futuro<sup>34</sup>, lo que genera la fundada sospecha de que en la práctica el sistema penal "filtra" personas y no conductas. En definitiva, si le trasmite al criminalizado que la selección es por su persona y no por su conducta, logrará condicionar su identidad en forma de asumir definitivamente el rol criminal<sup>35</sup>. En investigaciones latinoamericanas se ha comprobado que en opinión de los familiares de condenados, el primer "factor" de criminalización es la "persecución de las autoridades". "Fueron tan serios y constantes los reclamos en ese sentido —concluyen los investigadores— que se recomienda investigar cuál es la verdadera situación. De todas formas es urgente un proceso de información-educación a las autoridades para que sean los verdaderos controladores del delito y no, por el contrario, estimuladores del delito"<sup>36</sup>.

c) Tanto el discurso penitenciario como los restantes habían asumido la llamada "ideología del tratamiento", según la cual debía ser la pena un "tratamiento" resocializador en manos técnicas especialmente calificadas.

<sup>31</sup> Becker, *Outsiders*, cit.

<sup>32</sup> Stanley Cohen, *Recientes perspectivas sociológicas sobre la violencia juvenil*, en "Los rostros de la violencia", XXIII Curso Internacional de Criminología, Maracaibo, 1974, ps. 134 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Erwin Weissel, *Politische Ökonomie der Resozialisierung*, en "Kriminalsoziologische Bibliographie", 30, 1981, p. 41.

<sup>34</sup> Cfr. Bandini y Catti, *Il processo di esclusione e l'inserimento sociale degli exdetenuti*, en "Rassegna di Criminologia", 1974, p. 171.

<sup>35</sup> David Matza, *Come si diventa devianti*, Bologna, 1976, ps. 256 y 257.

<sup>36</sup> Rafael Ruano Mariño y Yolanda Mendoza H., *Rehabilitación del delincuente. Un estudio sobre actitudes y opiniones de familiares de internos*, San José, 1979, p. 79.

En los últimos años se ha estudiado el efecto de las instituciones totales —en nuestro caso la prisión— sobre la personalidad<sup>37</sup> y se ha insistido en el deterioro psíquico irreversible que acarrea una prolongada privación de libertad, discutiéndose su constitucionalidad en Alemania e Italia<sup>38</sup>. Esto ha contribuido a poner de manifiesto la mistificación de la ideología del tratamiento<sup>39</sup>, que se ha reforzado por la acción directa de los prisioneros<sup>40</sup> y la revelación de sus técnicas de supervivencia en regímenes de “máxima seguridad”<sup>41</sup>, lo que desemboca hoy en el llamado “fracaso de la prisión”<sup>42</sup>. De este modo, la “ideología del tratamiento” ha entrado en franca crisis<sup>43</sup>, incluso en Escandinavia<sup>44</sup> —donde había alcanzado su máxima expresión— aunque se insista en que su abandono no implica un retroceso al retribucionismo contractualista<sup>45</sup>.

No es mera coincidencia que la crisis de la “ideología del tratamiento” coincida con la crisis fiscal del estado de bienestar, pero de cualquier manera no puede negarse el papel que en su descrédito ha desempeñado “el fuerte movimiento actual en favor de los Derechos Humanos del individuo, que fun-

<sup>37</sup> La crítica actual se inicia con la obra de Goffman, *Asylum* (t. portuguesa, *Manicômios, prisoes e conventos*, Sao Paulo, 1974). V. también su trabajo: *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, Rio de Janeiro, 1978.

<sup>38</sup> En realidad, lo que más se discute es la posibilidad de pena perpetua: Carlo Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchie e nuovi*, en “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, abril-junio de 1978, ps. 736 y ss.; Hans Heinrich Jescheck y Otto Triffterer, *Ist die Lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, Baden-Baden, 1978. Por nuestra parte, sostenemos que es inconstitucional por otras razones (v. Zaffaroni, t. V del *Tratado de Derecho Penal*).

<sup>39</sup> Gaetano De Leo, *Devianza, personalità e risposta penale: una proposta di riconcettualizzazione*, en “La Questione Criminale”, VII, 2, 1981, p. 219.

<sup>40</sup> Mike Fitzgerald, *Prisoners in revolt*, Harmondsworth, 1977.

<sup>41</sup> Dennis D. Dorin y Robert Johnson, *Violence and survival in prison: the case of George Jackson*, en Inciardi-Potttieger, “Violent Crime. Historical and Contemporary Issues”, Beverly Hills, 1978, p. 132.

<sup>42</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Criminología*, México, 1979, p. 506.

<sup>43</sup> Sobre la “ideología del tratamiento” y su crisis, ver la *Diskussion* en “Kriminologisches Journal”, 1973/1, ps. 52 a 69.

<sup>44</sup> Karsten Brodersen, *Die neuere Strafvollzugsdiskussion in Skandinavien*, en “Kriminalsoziologische Bibliographie”, 9/10/1976, p. 20.

<sup>45</sup> Sobre el particular, también Inkeri Antilla, *Discussion on the rehabilitation model in Scandinavia*, en “Rev. Int. de Droit Pénal”, año 53, 3er. y 4to. trimestres de 1982, p. 819.

da su crítica en que la modificación del comportamiento afecta los derechos fundamentales de ser lo que se quiere ser y de ser protegido en su vida privada, y que el deber del infractor consiste en soportar la pena, cuya cantidad y duración no puede ser decidida administrativamente”<sup>46</sup>.

Es indiscutible que la “ideología del tratamiento” está vinculada al concepto de delito como fenómeno anormal<sup>47</sup>, lo cual se vincula también con las formulaciones garofalianas, que pueden definirse como un manual de racionalizaciones para negar Derechos Humanos. No obstante, en Latinoamérica no se trata de discutir cuál es el límite del tratamiento —como sucede en los países centrales<sup>48</sup>— sino que aquí el debate central se reproduce en una versión mucho más cruda y casi brutal: la disyuntiva —sin atenuante alguno— se da entre pena o represión indeterminada con pretexto de tratamiento.

La criminología tradicional fue expresión de una política criminal que fue a dar en un callejón sin salida: la disyuntiva entre un tratamiento eficaz y la expresión de groseros sentimientos de venganza<sup>49</sup>, pero en los países periféricos la disyuntiva es entre los groseros sentimientos de venganza descarados —lo que tendría la ventaja de moderarlos al hacerlos conscientes— o esos mismos sentimientos encubiertos con una verbalización terapéutica, la cual tiene la ventaja para los grupos dominantes latinoamericanos —y la consiguiente desventaja para los Derechos Humanos— de que el “tratamiento” parece dar por supuesto que nada debe hacerse con la sociedad, cuando en realidad el único “tratamiento” válido sería el que se extendiese a la sociedad<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Peter Lejins, *El estado actual de la criminología en los Estados Unidos*, en “Actas del XXIX Curso Internacional de Criminología”, Pamplona, 1980, p. 206. V. también: Giuseppe Bettiol, *¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?*, en “Doctrina Penal”, 1980, p. 1; Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Relaciones del derecho penal con el derecho político*, en “Doctrina Penal”, 1980, p. 601.

<sup>47</sup> Ya rechazada por Durkheim en *Les regles de la méthode sociologique*.

<sup>48</sup> V. Hilde Kaufmann, *Criminología. Ejecución penal y terapia social*, trad. de Juan Bustos Ramírez, Buenos Aires, 1979, p. 326; T. Honderich, *Punishment. The supposed justifications*, Londen, 1976, p. 103.

<sup>49</sup> V. el planteo de la disyuntiva moral en Jacques Verin, *La recherche conduirait-elle a abandonner la politique criminelle de reinsercion sociale?*, en “La criminologie. Bilan et perspectives. Mélanges offerts à Jean Pinatel”, Paris, 1980, p. 61.

<sup>50</sup> Cfr. Howard Jones, *Crime in a changing society*, 1965, p. 90.

Parece claro que el efecto real del sistema penal, tal como surge del análisis de estos tres ejemplos que muestran la selección, la criminalización y la destrucción de la personalidad, al menos en un respetable número de casos, sería el de seleccionar algunas personas de sectores desfavorecidos, criminalizarlos aprovechando ciertas características de labilidad (quizá fomentadas desde la niñez) que les inclinan a asumir el rol desviado, al tiempo que como resultado de sucesivas segregaciones, se las va deteriorando psíquicamente. El objetivo pareciera ser el de mostrarlas al resto de la población en forma que, funcionalmente vendría a reemplazar a las ejecuciones en las plazas públicas<sup>51</sup>.

De cualquier manera, nos queda claro que al confrontar las ideologías de los discursos con la realidad, ineludiblemente debemos formular una crítica ideológica.

*7. Métodos de aproximación a los efectos sociales reales de los sistemas penales.*— No nos proponemos desarrollar una teoría del método, sino una propuesta de los caminos que pueden utilizarse para la aproximación a las ideologías y a los efectos reales de los sistemas penales latinoamericanos.

En general, la presente propuesta de investigación abarca un nivel *jurídico* y uno *fáctico*. No nos detendremos en la metodología aplicable a nivel jurídico, porque no puede ser otra que la de las ciencias jurídicas, valiéndose de la comparación, de la doctrina y de la jurisprudencia de los países en particular.

La investigación del aspecto fáctico resulta mucho más compleja, puesto que de los medios de que se dispone son limitados y una investigación completa de los puntos que señalaremos luego como fundamentales, requeriría largos años de trabajo. Ante ambas dificultades, y teniendo en cuenta el objetivo que perseguimos, es decir, el marco de los Derechos Humanos, la recolección de datos fácticos no puede ser más que orientadora y, en cierto sentido, dirigida a la integración de un cuadro de situación que sirva de referencia general para futuras investigaciones con metodología depurada sobre as-

<sup>51</sup> Nos estamos manejando con hipótesis. Es posible que la similitud no sea tan extrema. No es dable afirmar que en la actualidad la criminalización tienda a intimidar ni que logre intimidar. No puede descartarse la hipótesis de que en muchos casos se limite a proporcionar una "sensación" de seguridad y eficacia en ciertos sectores.

pectos particulares. Obviamente, en esta etapa la metodología sociológica y criminológica sería la aplicable<sup>52</sup>.

En la presente investigación sólo en limitada medida podremos hacer aplicación de ella en forma ortodoxa. Sin embargo, pueden utilizarse los trabajos de campo que ya se han realizado, que si bien no son muchos, al menos existen en algunas áreas. En cuanto al marco socio-económico, hay un enorme caudal de material que es accesible en las publicaciones y en las bibliografías de la CEPAL en Santiago de Chile. Por lo demás, será necesario recabar informaciones a las entidades que nuclean abogados, a las organizaciones locales de Derechos Humanos, entrevistar a magistrados y funcionarios, visitar cárceles, entrevistar presos, parientes de presos, profesores, estudiantes, etc.

En cada caso, a fin de no restar seriedad a la investigación y como resultado de la dispar confiabilidad de las fuentes, será necesario consignar cómo se obtiene la información. Sin lugar a dudas, los colaboradores de cada país desempeñarán en esto un papel fundamental.

La metodología estadística<sup>53</sup> nos será indispensable, pese a que en Latinoamérica no disponemos de estadísticas muy depuradas<sup>54</sup>, lo que no debe impedirnos hacer un uso prudente de las disponibles.

<sup>52</sup> Sobre ella: Teresa Miralles, *Métodos y técnicas de la criminología*, México, 1982. En sociología los trabajos panorámicos y de críticas metodológicas son muchísimos. A título informativo, Jay Rumney e I. Maier, *Sociología: la ciencia de la sociedad*, Buenos Aires, 1963; Gino Germani, *La sociología científica; apuntes para su fundamentación*, México, 1962; Hubert Blalock, *Introducción a la investigación social*, Buenos Aires, 1971.

<sup>53</sup> V. la clásica obra de Thomas C. McCormick, *Técnica de la estadística social*, México, 1954; también Oscar Uribe Villegas, *Técnicas estadísticas para investigadores sociales*, México, 1958; Feres Gatti-Lima, *Estadística básica para ciencias humanas*, Sao Paulo, 1978.

<sup>54</sup> En general, no contamos en Latinoamérica con trabajos del tipo de VV. Stanciu, *La criminalité à Paris*, Paris, 1968, o el llevado a cabo por encargo de la autoridad edilicia de Viena por el *Ludwig-Boltzmann Institut für Kriminalsoziologie*, dirigida por Mechthild Tumpel y Arno Pilgram, *Kriminalität in Wien* (multicopiador, s.f., 1976?). No obstante puede verse: Alfonso Quiroz Cuarón, *La criminalidad en la República Mexicana*, México, 1958; Plácido A. Horas, *La criminalidad en la región de Cuyo (Mendoza, San Juan y San Luis)*, en "Doctrina Penal", 1982, p. 33; Secretaría de Estado de Justicia de la Nación, *Estadística general e integral de la criminalidad del país* (Buenos Aires, a partir de 1969 y hasta 1982); ILANUD, *Compendio de estadísticas criminales en Latino-*



Si bien en los últimos lustros se ha perdido la fe en la estadística criminal<sup>55</sup>, ello es válido siempre que con ella se pretenda alcanzar lo que se denomina "criminalidad real", que es un dato completamente inasible. Piénsese en que no tiene sentido tratar de abarcar una cifra de "criminalidad real" cuando se calcula que en una ciudad de 500.000 habitantes de los Estados Unidos se cometen anualmente entre 150.000 y 165.000 hurtos en tiendas<sup>56</sup>. En vez, si tomamos esos datos como aproximación a la cuantificación de la *criminalización*, nos serán sumamente útiles.

Es obvio que las estadísticas no reflejan la fantasmal "criminalidad real", sino los datos de funcionamiento del sistema penal<sup>57</sup>. Resulta claro que el mero cambio de algunos miembros de la policía determina que aumente el número de casos<sup>58</sup>, como que la cifra realmente proporcionada no depende tanto del número de infracciones como de la política y de los métodos de la organización que se ocupa de la delincuencia<sup>59</sup>, o, lo que es lo mismo, que lo único que regis-

---

*américa y el Caribe, 1950-1977*, San José, 1979; Luis Lachner y Vaino Kannisto, *Análisis comparativo de las estadísticas criminales latinoamericanas y del Caribe*, San José, 1981; Policía Nacional de Colombia, *Estadística de criminalidad*, Bogotá, 1977; Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Distribución, tendencia y ritmo de la criminalidad en la República Mexicana, período 1940-1977*, México, 1982.

<sup>55</sup> V., por ej., la posición tradicional en Stephan Hurwits, *Criminología*, Barcelona, 1956, ps. 34 y ss.; mucho más cauto Günther Kaiser, *Criminología*, Madrid, 1978, ps. 122 y ss., en sentido crítico: Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982, p. 68; Lola Aniyar de Castro, *Criminología de la reacción social*, Maracaibo, 1977.

<sup>56</sup> Francisco Canestri, *Estudio criminológico de los delitos de contenido violento*, en "Los rostros de la violencia", XXIII Curso Internacional de Criminología", Maracaibo, 1, 1974, ps. 270 y ss.; ver también Harold E. Pepinsky, *The room of despotism in the quest for valid crime statistics, American crime measurement in historical and comparative perspective*, en Robert F. Meier, *Theory in criminology. Contemporary Views*, London, 1977, p. 69.

<sup>57</sup> Cfr. Arno Pilgram, *Kriminalität in Österreich, Studien zur Soziologie der Kriminalitätsentwicklung*, Viena, 1980; Robert, Toiser y Aubusson de Cavarlay, *Investigación previsional en criminología*, Maracaibo, 1973, p. 9; Albert Cohen, *Controllo sociale e comportamento deviante*, Bologna, 1969, p. 55.

<sup>58</sup> Aaron Cicourel, *The social organization of juvenile justice*, New York, 1968, p. 329.

<sup>59</sup> V.: Peter Lejins, *Le probleme de la delinquance juvenile aux Etats-Unies*, en "26 Curso Int. de Crim.", San Sebastián, 1977, p. 143.

tran las condenas judiciales es el funcionamiento del sistema judicial<sup>60</sup>.

Ya ni siquiera al nivel de la más clásica criminología actual se sostiene que por las estadísticas se puedan conocer causas, admitiéndose únicamente la posibilidad de conocer fenómenos de "correlación" e "interdependencia"<sup>61</sup>. Afirma con toda razón Cicourel que "el carácter negociado del fenómeno de delincuencia etiquetada por la comunidad y los agentes de la coerción legal no puede mostrarse sólo examinando la información estadística sobre informes, producidos administrativamente, a menos que el investigador pueda utilizar una teoría de la organización social que genere tanto los materiales estadísticos como las actividades que tales materiales truncan y trasforman"<sup>62</sup>.

En este sentido, siempre debe tenerse presente que hay una ideología de la estadística. En la medida en que se pretenda tomar a ésta como indicadora de "criminalidad real", se estará haciendo criminología positivista, es decir, minimizando o despreciando el aspecto selectivo del sistema penal.

Uno de los ejemplos más demostrativos de esta ideología lo proporciona una interpretación que puede leerse en el "Anuario" argentino, cuando el funcionario que lo presenta señala que los números indican que a partir de 1976 (año de la interrupción del sistema constitucional) disminuyen los delitos y aumenta el número de hechos esclarecidos. Se basó para ello en que disminuía el número de hechos denunciados y aumentaba el de condenas. En realidad, los mismos datos contenidos en el "Anuario" aclaran que el número de denuncias judiciales disminuyó a partir de ese año, lo que permite suponer que también disminuyó el número de denuncias policiales. Si tenemos en cuenta la información que nos proporcionan otras investigaciones realizadas en la región, veremos que el número de denuncias disminuye cuando aumenta el temor a las dificultades policiales<sup>63</sup>, y pocas dudas caben acerca de que, cuan-

<sup>60</sup> Denis Szabo, *Criminología comparada. Significación y tareas*, Maracaibo, (s.d.).

<sup>61</sup> Armand Mergen, *Die Kriminologie. Eine systematische Darstellung*, München, 1978. En sentido análogo, Hilde Kaufmann, *Kriminologie. Entstehungszusammenhänge des Verbrechens*, I, Stuttgart, 1971, p. 15.

<sup>62</sup> Aaron V. Cicourel, op. cit., p. 336.

<sup>63</sup> En San Pablo, el 62% de los hechos no eran denunciados por te-

do el sistema se hace más represivo —lo que se evidencia con el mayor número de condenas— mayor es la vulnerabilidad de la población a las “dificultades” y, por ende, el temor a denunciar hechos, que se tiende a no hacerlo o a resolverlos por canales no institucionalizados.

Hay una tesis insostenible, según la cual la estadística criminal refleja la actitud general del público y de la voluntad pública predominante<sup>64</sup>. En realidad, reflejaría la voluntad de los grupos de poder predominantes. Por otra parte, en Latinoamérica no puede tomarse siempre la estadística de condenas como dato cierto de criminalización, porque la distorsión del proceso penal provoca una criminalización por vía de la prisión provisional que, en la práctica, opera como pena.

8. *Crítica de los sistemas penales desde el ángulo de los Derechos Humanos.*— La valoración general de los sistemas penales del continente desde el ángulo de los Derechos Humanos habrá de implicar una crítica a sus estructuras jurídicas y fácticas. Toda vez que la investigación que proponemos no persigue un propósito meramente descriptivo, es necesario precisar el alcance de esta crítica.

No se trata en esta propuesta de alcanzar como resultado la denuncia de violaciones a Derechos Humanos, que no es tarea que nos compete en forma específica, sino comprobar el grado en que los sistemas penales latinoamericanos realizan tales derechos y las tendencias que se advierten en ellos. La información jurídica, el contenido de los múltiples discursos y los efectos reales nos mostrarán, sin lugar a dudas, en qué medida los sistemas penales son realizadores de Derechos Humanos y qué peligros y lesiones se perfilan en ellos para tales derechos.

Como resultado inevitable de esta crítica surgirá la señalización de los ámbitos en las cuales será necesario insistir con ulteriores y más detalladas investigaciones, como también comenzará a perfilarse una línea político-criminológica orientada a la realización de los Derechos Humanos en los sistemas penales. Aun cuando no sea éste el contenido que quiera asig-

---

mor a las dificultades, según el Instituto Gallup de opinión pública, *A violência em Sao Paulo. Pesquisa*, en “Ciencia Penal”, 1, 1980, ps. 3 y ss.

<sup>64</sup> V. la crítica de Taylor, Walton y Young, *Criminología crítica*, México, 1977, p. 66.

nársele a la investigación propuesta, caben pocas dudas acerca de que es inevitable resultado de la misma. Dado que siempre que un objetivo queda tácito o inconsciente perturba la objetividad del investigador, creemos necesario que sea expuesto con claridad y, en tal sentido, nos pronunciamos desde la propuesta misma. Si bien es cierto que esto no es suficiente como garantía de objetividad —como alguna vez se ha pretendido— no es menos cierto que contribuye a ello en respetable medida.

No vemos en esto ningún inconveniente, pues creemos que la opinión especializada latinoamericana es perfectamente consciente de que la realización de los Derechos Humanos en los sistemas penales es notoriamente deficiente, no siendo ésta una afirmación apriorística gratuita, sino un resultado de experiencias y vivencias individuales. No se necesita mayor penetración ni investigación para formular una valoración crítica global, pero sí se necesita comenzar a precisar las fallas en particular y percibir si la brecha entre la realidad y el parámetro de los Derechos Humanos tiende a aumentar o a disminuir, en qué sectores éstos se producen y cuáles son las tendencias que es menester propugnar, acelerar o favorecer, y cuáles las que se deben revertir.

No obstante, esta labor se puede ver seriamente dificultada, entre otros factores, por influencia de limitaciones a nuestro conocimiento, provenientes de condicionamientos ideológicos muy diversos. Esto es lo que justifica un brevísimo repaso o visión de los esquemas ideológicos que más se hayan agitado en torno de nuestros sistemas penales y un necesario encuadramiento teórico *mínimo* acerca de la realización de los Derechos Humanos en los sistemas penales, que es el que pasamos a exponer.

## B) ENCUADRAMIENTO TEÓRICO MÍNIMO A NIVEL JURÍDICO Y SU CRÍTICA IDEOLÓGICA.

9. *Requisitos de los sistemas penales exigidos por la Convención Americana.*— La ideología americana de los Derechos Humanos, tal cual surge del texto de la Convención, importa la colocación del hombre —considerado siempre como persona (art. 1, nº2)— en posición prioritaria como titular de los objetos de tutela jurídica. La condición de persona —que la

Convención asigna a todo ser humano— requiere que se asegure al hombre un ámbito de espacio social que le permita desenvolverse con cierta amplitud sus potencialidades y decidir acerca de su existencia.

En tal sentido, un sistema penal que forme parte de una estructura jurídica realizadora de Derechos Humanos, debe ser la coronación normativa de un ordenamiento que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia. Conforme a ello, un sistema penal puede ser defectuoso, desde el ángulo de los Derechos Humanos, cuando no provea una tutela suficiente a tales bienes fundamentales. Cuando nos ocupemos de señalar los principales aspectos que proponemos para ser abarcados por la investigación, mencionaremos los bienes que suelen hallarse generalmente más desprotegidos o insuficientemente protegidos en nuestra área. El defecto de los sistemas penales en este orden, es decir, la falta de tutela de bienes, impuesta por la realización de los Derechos Humanos, es lo que caracterizaremos como *ineficacia del sistema penal*. Siempre que hagamos referencia a ineficacia del sistema, pues, y dado que “ineficacia” es un término relativo, porque demanda otro término de relación, debe quedar entendido que nos referimos a *ineficacia del sistema penal en cuanto a realización de Derechos Humanos*.

Sin embargo, la necesidad de tutelar tales bienes jurídicos puede servir de pretexto para lesionarlos. En el fondo, hay una aparente contradicción o paradoja, que es la de proteger derechos limitando derechos. De allí que el sistema penal deba rodearse de requisitos mínimos, tanto formales como materiales, que constituyen los límites al poder punitivo, pasados los cuales tal poder se torna *represivo*<sup>65</sup>.

1) Algunos de estos requisitos de contenido material se derivan directamente del carácter de persona de todo ser humano. El *nullum crimen sine conducta*, en el sentido de que no puede fundar ninguna pena una característica del hombre, sino únicamente una acción, conducta o acto del mismo, es

<sup>65</sup> El argumento de que todo derecho penal es represivo, es un argumento formal que no merece ser considerado. Para quienes gusten de tales preciosismos, cuando hablamos de “represividad” pueden leer “represividad excedente”.

un requisito que se deriva *a contratio sensu* de la prohibición de discriminación del art. 1.

2) El *nullum crimen sine lege*, el *nulla poena sine lege* y la retroactividad de la ley penal más benigna se demandan claramente en el art. 9.

3) De la legalidad y de la necesaria calidad de persona del ser humano surge el *nullum crimen sine culpa* en todas sus manifestaciones: *a*) no es posible penar en función de resultados que no podían preverse (requerimiento de dolo o culpa); *b*) no se puede penar al que no pudo comprender la prohibición; *c*) no se puede penar en forma que no guarde una racional relación con el grado de reproche que puede formularse al autor en función del ámbito de autonomía de que dispuso. Este ámbito lo configura tanto el espacio social como la particular circunstancia subjetiva del autor.

4) En cuanto a la pena, se consagran los principios de *racionalidad* y *humanidad* (art. 5, n<sup>os</sup> 1 y 2). Parece resultar sumamente claro que la ideología americana de los Derechos Humanos considera la llamada "pena de muerte" como contraria al principio de humanidad, lo cual surge de la muy condicionada admisión del art. 4 de la Convención. Surge de las disposiciones de los números 2 y 3 de este artículo que su ámbito se va limitando por la Convención en forma de fomentar abiertamente su supresión, aunque la admita sólo como un expediente político insalvable y coyuntural.

5) El principio de *personalidad* o de *intrascendencia* de la pena se establece en el número 3 del art. 5 de la Convención.

6) La Convención excluye de su ideología cualquier interpretación vindicativa o irracional de las penas, mediante la consagración de la funcionalidad de las mismas: "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (art. 5, n<sup>o</sup> 6).

7) Como lógica consecuencia de la funcionalidad y humanidad de las penas privativas de libertad, se establece que el trabajo penitenciario obligatorio sólo puede imponerse por sentencia o resolución judicial y no pueden ser puestos los penados a disposición de particulares (n<sup>os</sup> 2 y 3 del art. 6).

8) El art. 7 consagra el *derecho a la libertad personal* en forma harto clara: sólo puede restringirse en función de una ley; la restricción no puede ser arbitraria, sólo puede tener lugar en función de cargos que deben ser informados al deteni-

do sin demora, el detenido debe ser conducido sin demora ante un juez, en cualquier caso debe tener expedito el camino para un recurso judicial.

9) El mismo art. 7 establece la *racionalidad y judicialidad* de la detención preventiva. El texto es claro al establecer que la persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo *razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso (nº5). La aclaración de que la libertad puede quedar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia en el juicio, pone de manifiesto que la detención preventiva cumple una función meramente cautelar y que en modo alguno puede ser medida o condicionada a criterios que correspondan a la pena<sup>66</sup>.

10) El art. 10, al establecer el derecho a indemnización para cualquiera que fuera condenado por sentencia firme en razón de un error judicial, aun cuando no obedeciese a culpa o negligencia (puesto que no la requiere), está exigiendo al Estado el máximo de diligencia en la acción del sistema penal.

11) El art. 8 consagra las *garantías judiciales*, que abarcan el principio del *juez natural*, el principio de *inocencia*, el principio de *publicidad*, el *non bis in idem*, la *revisabilidad*, apelabilidad o posibilidad de control superior, y las *garantías de defensa*. La disposición del número 4 del art. 5 también es una consecuencia del principio de inocencia.

10. *La ideología americana de los Derechos Humanos como aspiración y como realidad, en los sistemas penales latinoamericanos: la desfiguración del Estado de Derecho.*— La plena realización de los Derechos Humanos es un ideal al que debemos tender permanentemente, pero esto no significa que resignadamente nos conformemos con señalar este carácter frente a las falencias concretas. La ideología americana de los Derechos Humanos en los sistemas penales latinoamericanos no se realiza satisfactoriamente, ni siquiera a nivel legislativo. Veremos luego cómo se desenvuelve el discurso a nivel jurídico para ocultar o enmascarar esta realidad, bajo apariencias racionales y hasta científicas<sup>67</sup>. Sin embargo, no entendería-

<sup>66</sup> Sobre ello ver: Thomas Burgenthal, *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y Justicia Penal*, en "ILANUD al día", 3, 7, 1980, p. 49.

<sup>67</sup> V. infra, párr. 13.

mos qué es lo que encubren estos discursos si no conociésemos las causas reales del fenómeno y, menos aún, si antes no percibiésemos la esencia del mismo que, para nosotros, es la de una *desfiguración más o menos grosera del Estado de Derecho*.

El Estado de Derecho requiere, entre otras condiciones básicas, el sometimiento de todos a la ley, al derecho, es decir, el absoluto sometimiento de todos los habitantes al Derecho cualquiera sea la posición social que se ocupe y la función que se desempeñe. De este modo, el Estado de Derecho demanda de todos conductas que no afecten ciertos bienes jurídicos en cierta forma. Sin embargo, se argumenta que esto es, en cualquier lugar, una ficción, porque siempre hay grupos de poder que imponen su hegemonía sobre los restantes grupos. Si lo que sucede en la realidad es que un grupo se muestra como hegemónico, ello por sí mismo no niega el Estado de Derecho, porque siempre se requiere una decisión que importa la elección de ciertos valores, es decir, la selección de los bienes que deben tutelarse<sup>68</sup>. Si el grupo hegemónico representa la voluntad de una mayoría, en realidad, y siempre que se respeten las garantías de todos, el Estado de Derecho no se alteraría.

Pero el fenómeno latinoamericano, referido al sistema penal, suele inclinarse a desfigurar el Estado de Derecho de modo muy grave: cuando el conflicto entre grupos lleva a una posición hegemónica a ciertos grupos de poder, surge una tendencia a imponer ciertas pautas de conducta a los otros grupos, pero a eludir esas mismas pautas por parte de los integrantes del propio sector hegemónico. De este modo se produce un esquema de valores en un discurso que tiende a imponerse a los grupos sometidos, en tanto que el grupo hegemónico se maneja con otros valores diferentes y se margina del sistema penal. En la medida en que tiene lugar este fenómeno se anula el Estado de Derecho: hay un grupo que está marginado del sistema penal, que no es vulnerable a él.

Dicho más brevemente: una cosa es que el grupo dominante pretenda imponer sus pautas a todos y otra, bastante diferente, que el grupo dominante pretenda controlar la conducta

<sup>68</sup> Cfr. Hans Welzel, *Derecho y ética*, en "Rev. Arg. de Ciencias penales", enero-abril de 1977.



del resto con un sistema que se expresa en un discurso con valoraciones jurídicas que no comparte ni observa, quedando al margen del sistema penal. Por supuesto que, si en un extremo ideal está el Estado de Derecho, con el sometimiento de todos al Derecho, y en el otro hay una estratificación social por castas, con los brahmanes fuera del sistema penal (por ser reencarnación de todos los buenos que murieron), en el medio se encuentran casi todos los sistemas penales concretos<sup>68 bis</sup>, pero, en Latinoamérica el péndulo se inclina muy frecuentemente hacia el campo más próximo a lo segundo que hacia el más vecino al ideal.

Esta *desfiguración del Estado de Derecho* se obtiene, en el plano social, mediante la creación de un estereotipo criminal que señala los sujetos a criminalizar, incluyendo a los sujetos de estratos inferiores y excluyendo a los sectores hegemónicos. En el plano jurídico se la procura mediante una minimización de la lesión al bien jurídico o, lo que es lo mismo, mediante una verdadera estatización o expropiación de todos los bienes jurídicos. Analizaremos ambos planos por separado.

a) En general, las élites o grupos hegemónicos latinoamericanos —que los hay dinásticos y de clase media<sup>69</sup>— tratan de valerse de la “nueva clase media” (trabajadores no manuales sin propiedad) para imponer su control social<sup>70</sup>. Las nuevas clases medias latinoamericanas han sido seriamente sospechadas de “arribistas” en sentido un tanto pirático (obtención de ganancias influyendo en actos de gobierno, sin asumir las responsabilidades por dichos actos), algo análogo a los “especuladores” de Pareto (por oposición a los terratenientes)<sup>71</sup>.

<sup>68 bis</sup> El fenómeno ha sido observado por Sack, al incorporar el etiquetamiento a un enfoque global de la sociedad, destacando que si un grupo tiene poder para crear las normas, también lo tiene para escapar a ellas, reflejándose el poder de los grupos tanto en la creación (*Normsetzung*) como en la aplicación (*Normanwendung*). (Sobre ello, Roberto Bergalli en Bergalli, Bustos y Miralles, *El pensamiento criminológico*, Barcelona, 1983, p. 153).

<sup>69</sup> Cfr. T. B. Bottomore, *Elites and society*, London, 1979, p. 97.

<sup>70</sup> En cierto sentido, también en las sociedades industrializadas, en uno de sus períodos, fue dable distinguir entre “antigua clase media” —la pequeña burguesía tradicional— y “nueva clase media” o trabajadores no manuales sin propiedad o “cuello blanco”. V. Anthony Giddens, *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Madrid, 1979, p. 207.

<sup>71</sup> Cfr. José Medina Echavarría, *Consideraciones sociológicas sobre el desarrollo económico en América Latina*, San José, 1976, p. 114.

Estas clases medias latinoamericanas, que se forman al amparo de procesos de acumulación de capitales defectuosos e interrumpidos, pugnan por un poder que no tienen (o que tienen en mucha menor medida de lo que pretenden), no llegan a constituir "burguesías nacionales"<sup>72</sup>, pues se debaten en alucinantes contradicciones.

Es fundamentalmente a estos sectores a los que se dirige la publicidad hegemónica mediante los medios masivos, que les infunden sentimientos de inseguridad frente al delito<sup>73</sup>, les venden su estereotipo del criminal<sup>74</sup>, naturalmente integrado sobre la imagen de las clases más pobres y de la criminalidad convencional<sup>75</sup>, que por diferentes vías oculta o disimula los crímenes del *white collar*<sup>76</sup>.

Los ilícitos que muestran los *mass-media* son, por lo general, los homicidios, en tanto que se oculta la criminalidad contra la propiedad, que es donde se manifiestan las diferencias de clase. Se destacan de este modo los hechos que afectan a todos, tratando de dar una imagen de igualdad en la protección de intereses<sup>77</sup>. Esto coincide con la forma en que se es-

<sup>72</sup> Sobre la carencia de una "burguesía nacional" ver Alain Touraine, *Introducción al estudio de las clases sociales en una sociedad dependiente*, en "Poder y desarrollo. América Latina. Estudios Sociológicos en homenaje a José Medina Echavarría", comp. por Aldo E. Solari, México, 1977, ps. 357 y ss.

<sup>73</sup> Cfr. *Reponses a la violence, rapport du comité présidé par Allain Peyrefitte*, I, 50-2.

<sup>74</sup> Giancarlo Baronti, *La funzione dello stereotipo del criminale nell'ambito dei processi di controllo sociale*, en "La Questione Criminale", 1978, II, 253; autores varios en "Kriminalsoziologische Bibliographie", 1976, cuad. 11/13; Denis Chapman, *Lo stereotipo del criminale. Componenti ideologiche e di classe nella definizione del crimine*, Torino, 1971, p. 217; Cipolli y De Fazio, *Stereotipo del delinquente e fonti di informazioni*, en "Rassegna di criminologia", 1976, p. 99; Escuela de periodismo de la Universidad del Zulia, *Los medios de comunicación de masas en una sociedad capitalista. El caso venezolano*, en "Los rostros de la violencia", cit., I, ps. 188 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. Lola Aniyar de Castro y Tamara Santos Alves, *Prisión y clase social*, en "Capítulo Criminológico", 2, 1974, p. 22.

<sup>76</sup> Cfr. Emperatriz Arreaza Camero de Marquez, *El caso de la página roja*, en "Capítulo Criminológico", n°6, 1978, p. 23.

<sup>77</sup> Cfr. Inés Valderrama de Patiño e Irma Patiño Angarita, *Violencia en los medios de comunicación social*, en "Derecho penal y criminología", Bogotá, 2, 6, ps. 43 y ss.; Gerlinda Smaus, *L'immagine della criminalità nei mass-media. Contenuti e significati simbolici*, en "La Questione Criminale", 2, 1978, p. 351.

estructura la represión penal de la criminalidad económica, que siempre excluye la criminalización, es decir, no condiciona “carreras criminales”<sup>78</sup>.

El juego es bastante simplista: hay delitos cuya función no parece discutirse —como el homicidio— y, por ende su represión y prevención aparece como legítima, en tanto que hay otros cuya punición es discutible y su criminalización puede aparecer como políticamente necesaria, pero no como legítima<sup>79</sup>. El estereotipo se forma como inclinado a la comisión de los primeros y con las características de los sectores más marginados.

En descargo de nuestras “nuevas clases medias arribistas”, digamos que en todo el mundo los *mass-media* tienen un poder temible<sup>80</sup> y que, en cualquier parte, dada la inmensa complejidad tecnológica, la moderna tecnocracia que caracteriza a nuestra civilización hace que el hombre sea incapaz de formarse una imagen coherente y racional del todo, de modo que, “en tales circunstancias, todos aceptan y se ven obligados a aceptar un buen número de cosas de pura fe”<sup>81</sup>. Cabe recordar la famosa experiencia de Schwarz y Skolnick, que comprobaron que de cien dadores de trabajo, uno de cada veinticinco se avino a contratar a un liberado, notando la extraordinaria reticencia con que se manejaban incluso frente a un certificado judicial en que se aseguraba la absolución y la inocencia. En cambio, interrogaron a cincuenta y ocho médicos que tuvieron problemas penales por terapias equivocadas y a ninguno de ellos les había afectado su carrera<sup>82</sup>.

En Latinoamérica el estereotipo suele integrarse con características de sectores marginales, haciéndose sumamente

<sup>78</sup> Massimo Pavarini, *Ricerca in tema di criminalità economica*, en “La Questione Criminale”, 3, 1975, p. 539.

<sup>79</sup> W. Naucke en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Mario Romano e Federico Stella, Bologna, 1980, ps. 67 y 68.

<sup>80</sup> V. Claudio Martelli, *Informazione e potere*, autores varios, edit. por..., Milano, 1979; sobre las características del cinematógrafo, Edgar Morin, *El cine o el hombre imaginario*, Barcelona, 1972; sobre la implementación política del cinematógrafo, Furhammar e Isaksson, *Cinema e política*, Sao Paulo, 1976.

<sup>81</sup> Langdon Winner, *Tecnología autónoma. La técnica incontrolada como objeto del pensamiento político*, Barcelona, 1979, p. 279.

<sup>82</sup> R. D. Schwarz y Jerome H. Skolnick, *Two studies of legal stigma*, en H. S. Becker, *The other side*, London, 1964, ps. 103 a 117.

problemática la concepción misma de la “marginación”: “Marginados son los que se encuentran excluidos de ciertos derechos que, según una definición aceptada por ellos o por otros grupos de la sociedad, son considerados ‘legítimos’ en el conjunto de los roles que les competen (el término *legítimo* va entre comillas, puesto que en la sociedad moderna, qué es lo legítimo es a su vez materia de conflicto, dado que no existe un único sistema de valores, como en la sociedad tradicional)”<sup>83</sup>.

Sin perjuicio de considerar legítimos los reclamos de los grupos marginados en los países centrales<sup>84</sup> y observar que los mismos grupos son también injustamente marginados en Latincamérica, incluso con mayor grado de lesión a los Derechos Humanos, es necesario advertir que aquí la marginación adquiere dimensiones mucho más amplias, pues se extiende a todos los sectores que el interrumpido o irregular proceso de acumulación de capital impide incorporar al sistema industrial, en forma tal que no resulta del todo correcta la advertencia que se formula en los países centrales, en el sentido de que no se caiga en “el romanticismo de mostrar a las formas de vida marginales como portadoras de una autenticidad superior a la cultura convencional”<sup>85</sup>, pues en Latinoamérica tales sectores suelen tener una autenticidad superior a la que proclaman las “nuevas clases medias”. Esto tiene el efecto de que el estereotipo del criminal se forme en los sectores medios con elementos tradicionales y autóctonos de pautas de vida populares y más auténticas, las que resultan incomprensibles a las clases medias, las cuales les asignan su propia intencionalidad, que reemplaza a la real, aunque de modo mucho más pobre, como en cualquier “intencionalismo”<sup>86</sup>.

De este modo es como se explica que nuestras clases medias tiendan a ver el crimen como producto de circunstancias

<sup>83</sup> Gino Germani, *La marginalità come esclusione dai diritti*, en Bianchi, Granto y Zingarelli, *Marginalità e lotte dei marginali*, Milano, 1979. p. 25.

<sup>84</sup> V., por ej., autores varios, *Los marginados en España (gitanos, homosexuales, toxicómanos, enfermos mentales)*, coordinado por Francisco Torres González, Madrid, 1968.

<sup>85</sup> Cfr. Taylor, Walton y Young, *Criminología crítica*, México, 1977, p. 35.

<sup>86</sup> Sobre intencionalismo, Etienne De Greef, *Les instincts de défense et de sympathie*, Paris, 1949, p. 87.

sociales (la pobreza, la ignorancia, en una palabra, “circunstancias sociales” entendidas en sentido de “inferioridad”) y que al mismo tiempo propugnen la pena de muerte, definiéndose a sí mismas como pacíficas en extremo y a los marginados como sumamente violentos<sup>87</sup>.

b) En el plano jurídico hay un mecanismo de desfiguración del Estado de Derecho bastante difundido en el mundo, pero mucho más aun en Latinoamérica: se trata de la *minimización de la lesión al bien jurídico*. Cuando se respeta este presupuesto de la existencia de cualquier delito se lo reduce a una mera condición de la reacción penal, la cual se desentiende del bien jurídico concreto, dejando fuera de su ámbito toda forma de reparación, que es la única tutela efectiva del bien concretamente afectado. De este modo, el bien concretamente afectado se sacrifica a la imposición de pautas de conducta, es decir, al control de la conducta de los otros grupos, que parece ser su exclusiva preocupación. Este fenómeno hace que, *en función del interés público de la pena —o mejor, del sistema penal, porque el concepto de “pena” configura tras de sí la total ideología del sistema penal— se produce la expropiación sin resarcimiento de los bienes jurídicos de las personas concretamente afectadas.*

Algunos ejemplos nos aclararán lo que planteamos: si un sujeto lesiona a su mujer, ésta por lo general tratará de ocultarlo, porque el sistema penal se preocupará de privar de libertad al marido, pero se desentenderá de la situación de la mujer, que se verá aún más perjudicada porque al dolor físico y moral de la lesión sumará la privación del salario con que el marido contribuye al hogar, y el problema moral frente a los hijos de haber enviado al marido a la cárcel<sup>88</sup>. Cuando los medios tradicionales de reparación no tienen andamio, por la insolvencia del infractor, los damnificados tratarán de acordar la reparación al margen del sistema penal, porque en cuanto entre en funcionamiento el sistema penal no percibirán nada.

Esto es resultado de que, jurídicamente, el sistema penal importa una expropiación sin resarcimiento alguno de todos

<sup>87</sup> Cfr. los resultados del Inst. Gallup de Opinión Pública, cit. en “Ciencia Penal”, 1, 1980, ps. 3 y ss.

<sup>88</sup> El ejemplo lo tomamos de la exposición de Louk Hulsman en el

los bienes jurídicos afectados por los delitos que entran en su mecanismo, que tiene lugar en función de la utilidad pública de la pena. En última instancia, en el fondo se repite el dilema histórico planteado por la disyuntiva entre el derecho penal romano imperial y el derecho penal germánico: el primero era un derecho penal cuya función era el apuntalamiento del Estado<sup>89</sup>, en tanto que el germánico era primariamente compositivo, individualista, procurando la paz social mediante la reparación del bien afectado concretamente.

11. *Principales factores reales de desfiguración del Estado de Derecho a través de los sistemas penales en Latinoamérica.*— Hasta aquí nos hemos limitado a caracterizar al apartamiento de los sistemas penales concretos de la ideología americana de los Derechos Humanos como un fenómeno de desfiguración del Estado de Derecho, en la medida en que un sector privilegiado se vale del sistema penal para imponer un control de conducta sobre los otros sectores, al tiempo que preserva a sus propios miembros de la acción de la máquina de control que echa a andar. Hemos visto que esta máquina de control opera selectivamente, a efectos de no caer sobre los sectores privilegiados que la montan o controlan y de los otros que son útiles a sus objetivos, y que so pretexto de la utilidad pública de la misma procede a una expropiación de los bienes jurídicos afectados por las conductas que caen bajo su acción, sin resarcimiento alguno.

Con estos elementos comprendemos la forma de la desfiguración del Estado de Derecho, pero no habremos comprendido por qué se produce este fenómeno en nuestro continente. Los modelos explicativos que recibimos de los países centrales pueden ser útiles para brindarnos algunas explicaciones, pero, lamentablemente, no son suficientes para nosotros, pues no abarcan nuestras realidades. Hace un año formulamos una crítica a una obra norteamericana en la cual se pretendía simplificar y universalizar un planteo acerca de la "criminalidad", partiendo de una visión lineal del "desarrollo" y pretendiendo un paralelismo casi fatal entre los países periféricos y las

---

Seminario Internacional sobre Filosofía de la Justicia Penal, Siracusa, enero de 1981.

<sup>89</sup> Enrico Pessina, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1871, p. 39.

etapas pretéritas de los países centrales<sup>90</sup>. Dado que no tenemos fundamentales argumentos para agregar a aquéllas consideraciones y que el citado trabajo permanece inédito, lo incorporamos como apéndice de este párrafo, con la advertencia de su próxima aparición en "ILANUD al día" (San José) y de su versión portuguesa en "Ciencia Penal" (Río de Janeiro) - *Apéndice I*.

Por supuesto que con esto no pretendemos "agotar" la criminología latinoamericana y pasar por alto la riqueza cultural de nuestro continente, que tiene sus incuestionables consecuencias en el ámbito que nos ocupa, sumamente interesantes y que deben ser materia de detenido estudio. Simplemente, queremos señalar cómo hay una estructura económica problemática y el "embudo" que lleva a la desfiguración del Estado de Derecho y a veces a que se lo "barra" sin ningún género de miramientos formales. Sin embargo, debemos advertir que tampoco hemos de caer en el error de señalar falsos paralelos: no es nuestra situación exactamente igual que la de Europa de los siglos xvii o xviii, porque, aparte de ser aquellos fenómenos originarios y los nuestros derivados, la universalización de la ideología que acompaña a la "civilización" industrial impide que pongamos en vigencia la "Novísima Recopilación" o las "Ordenações Filipinas", y fue lo que determinó que el discurso jurídico-penal de nuestro continente no respondiese desde casi nuestra independencia a las necesidades de los grupos dominantes, sino que éstos tuviesen que encubrir sus objetivos con discursos jurídicos importados y disimular su carácter o instrumentarlos artificialmente.

Fue así que surgieron tensiones —a veces muy positivas— entre las personas imbuídas del discurso jurídico y quienes debían defender sus intereses hegemónicos. Se ha generado una tensión dialéctica con capítulos interesantes. No podía ser de otra manera, pues nadie puede explicarse, por razones estructurales, que Bolivia adopte el código liberal español de 1822, que Paraguay adopte el código imperial alemán de 1871, que en México revolucionario, Cuba y Colombia triunfara el positivismo italiano, que la República Dominicana y Haití corrieran hacia el código bonapartista, que Ecuador adoptase el

<sup>90</sup> Parece compartir una tesis semejante Joachim Hellmer, *Jugend-kriminalität*, Darmstadt, 1978, p. 53.

modelo belga, que Perú apelase al modelo proyectado para Suiza, que la Argentina siguiese el modelo de Baviera o que Venezuela lo hiciese con el primer código de la unidad italiana, y que en Centroamérica y Brasil pesase el modelo proyectado para Louisiana, y esto sigue hasta hoy, cuando vemos cundir un modelo en el que es fácil reconocer su vinculación con el proyecto federal alemán de 1958<sup>91</sup>.

Las tensiones generadas por la arbitraria incorporación de estos discursos a realidades que nada tenían que ver con el control social al que servían en sus cunas, no son desdeñables, y la medida en que han actuado sobre la realidad debe ser materia de cuidadoso análisis e investigaciones.

De igual modo, el sistema penal no puede entenderse en Latinoamérica si se prescinde del complicado mosaico cultural de nuestro continente, incluyendo la misma heterogénea cosmovisión de sus grupos, que frecuentemente puede ser usada o aprovechada para el control social, pero que también puede constituir un serio obstáculo contra la desfiguración del Estado de Derecho<sup>92</sup>.

Todas estas circunstancias reales deben tenerse en cuenta para poder visualizar claramente el fenómeno que describimos. Sin embargo, sin despreciarlas, seguimos entendiendo que la clave se halla en nuestro "subdesarrollo" y en la estructura económica periférica, particularmente en el momento actual. Si algún dato más alarmante cabe agregar al ensayo que escribimos hace un año, son las cifras económicas del año transcurrido, las crisis en casi todos los países y las desesperadas gestiones referentes a la sideral deuda externa en México, Brasil y Argentina, como el aumento de las dificultades en los paí-

<sup>91</sup> José M. Rico, *Crimen y justicia en América Latina*, México, 1977, p. 301, dice que los códigos latinoamericanos han sido elaborados "por correspondencia". Sobre la tecnocracia legislativa en Latinoamérica, Manuel López-Rey y Arrojo, *Teoría y práctica en las disciplinas penales*, San José, 1977, p. 25.

<sup>92</sup> Pueden verse las distintas interpretaciones sobre la religiosidad popular. En el caso particular de Brasil, valgan como ejemplo las disparas interpretaciones y enfoques: Roger Bastide, *As religioes africanas do Brasil. Contribuição a uma sociologia das interpenetrações das civilizações*, Sao Paulo, 1971; del mismo autor, *O camndomblé da Bahia*, Sao Paulo, 1978; Marco Aurélio Luz y Georges Lapassade, *O segredo da macumba*, Rio de Janeiro, 1972; Isadora Durval Peixoto, *Superstiçao e crime no Brasil*, Sao Paulo, 1980; Marina Marigo Cardoso de Oliverra, *A religiao nos presídios*, Sao Paulo, 1978.



ses centrales, que han desbaratado totalmente las perspectivas de plena ocupación que señalaba Myrdal hace dos décadas<sup>93</sup>.

12. *Principales argumentos ideológicos que encubren la desfiguración del Estado de Derecho mediante sus sistemas penales.*— En una conferencia que sostuvimos hace dos años tratamos de dar una imagen a grandes trazos de cierta dinámica ideológica de los discursos penales latinoamericanos. Creemos que como tal conserva vigencia. No obstante, esas páginas no pasan de señalar una imagen a grandes trazos de cierta dinámica ideológica. Aquí, en que la relación más directa debe establecerse con los Derechos Humanos en la forma en que los consagra la Convención Americana, es útil que sistematizemos en forma “estática” los principales pretextos ideológicos con que se suele topar en el discurso justificador de los sistemas penales<sup>94</sup>.

La *dignidad de persona* que es inherente a cualquier ser humano se viola cuando se lo considera un “inferior” como ser humano, sea por “peligroso”, por “enfermo”, por “criminal”, etc. La idea de la “peligrosidad” de un ser humano tiñe en el fondo cualquier actitud que lleve a tratar a una persona como “inferior”. Una persona es “peligrosa” para el sistema penal, cuando se sospecha que puede infringir una norma. Esta ideología lleva a que se la considere como una “cosa” contra la que es necesario precaverse y, por ende, neutralizarla. En último extremo, esta idea lleva a violar el *nullum crimen sine conducta* (no se impone pena —“medida”— por lo que el sujeto hace, sino por lo que es, por su “estado peligroso sin delito”)<sup>95</sup>. No son tampoco totalmente ajenas a este discurso algunas consideraciones sobre “peligrosidad presunta” con que se pretende fundamentar la agravación penal por reincidencia<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> V. Gunnar Myrdal, *El reto a la sociedad opulenta*, México, 1964, p. 76.

<sup>94</sup> El desarrollo detallado de estas ideologías, su filiación filosófica y su crítica lo llevamos a cabo en el segundo volumen de nuestro *Tratado de Derecho Penal*.

<sup>95</sup> Una de las mejores críticas latinoamericanas, en el apogeo de esta ideología, es la de Sebastián Soler, *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, 1929.

<sup>96</sup> La tesis se repite en autores latinoamericanos. Se remonta a Enrico Ferri, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 666.

En el ámbito de la ideología peligrosista se llega a considerar que hay "razas" y "culturas" peligrosas, lo que abre el camino para considerar a los indígenas como inimputables y someterlos a "medidas" con pretexto de tutela<sup>97</sup> o a ignorar las pautas de su cultura, con lo que puede caerse en una violación del *non bis in idem*, pues son penados por la ley y por las normas de su comunidad<sup>98</sup>. El desconocimiento de la relevancia penal de la cultura autóctona<sup>99</sup> es una gravísima violación al principio de culpabilidad.

Desgraciadamente el "etnocidio" es una lamentable realidad latinoamericana, como lo demuestran las frecuentes denuncias<sup>100</sup> y la deplorable literatura etnocentrista<sup>101</sup>, que entronca con toda una publicidad orientada hacia una deformación total de nuestras raíces culturales a nivel transnacional, que persigue, por un lado, el objetivo de reafirmar la opinión de que la única civilización posible y el único sentido del conocimiento que de ella se deriva es el que nos proporcionan los países del industrialismo avanzado y, por otro, el de restar cualquier importancia histórica y antropológica a nuestras civilizaciones latinoamericanas preeuropeas. A tal efecto se difunden con técnica de *best-seller* aberraciones científicas según las cuales estas civilizaciones únicamente se explican por vía extraterrestre (patraña que lleva a una mitología tecnocrática) o por vía de una injerencia directa de los vikingos (lo que importa la reafirmación del mito de la superioridad de las razas nórdicas, desarrollado delirantemente por Rosenberg)<sup>102-103</sup>.

<sup>97</sup> Luis Fernando Vélez Vélez, *El problema de la inimputabilidad del indígena en el nuevo código penal*, en "Nuevo Foro Penal", 11, 1981, p. 357.

<sup>98</sup> Cfr. Lola Aniyar de Castro y Tamara Santos Alves, *Prisión y clase social*, en "Capítulo Criminológico", 2, 1974, p. 23.

<sup>99</sup> V. la aguda crítica de Gladys Irureta, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981.

<sup>100</sup> En Brasil se denunció un genocidio contra indígenas del que resultaba culpable el "servicio para la protección de los indios" (cfr. Manuel López-Rey y Arrojo, *Crímenes contra la humanidad*, en "Revista Mexicana de Ciencias Penales". "Estudios en homenaje al Dr. Alfonso Quiroz Cuarón", III, julio de 1979 - junio de 1980, p. 229.

<sup>101</sup> V. la indicada por Manuel López-Rey, *Criminología*, Madrid, II, 1978, p. 280.

<sup>102</sup> V. Alfred Rosenberg, *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de las formas en nuestro tiempo*, primera

El *nullum crimen sine conducta* puede violarse tipificando lo que no es conducta, sino exteriorizaciones que dan lugar a presunciones o sospechas de conductas o de estados: son los delitos de "sospecha", generalmente en la forma de tenencia (drogas, armas, ganzúas, etc.).

El *nullum crimen sine lege* se viola tipificando en forma difusa, ambigua, no extremando los recursos semánticos para elaborar la ley, abusando de la interpretación extensiva hasta hacerla caer en la integración analógica. En este sentido se orientan todos los discursos que pretenden una completividad del sistema penal, afirmando que es imposible que el mismo prevea todas las probables conductas delictivas, lo que lleva a propugnar la inclusión abusiva de tipicidades abiertas o de leyes penales en blanco que encubran delegaciones de facultades legislativas.

Una forma más sutil de violar la legalidad es la "culpabilidad por la conducción de la vida", que hace que, al menos para cuantificar la pena, se le reprochen al autor acciones atípicas. En el ámbito de la legislación de menores los discursos que propugnan el carácter tutelar de esa legislación y, en consecuencia, una tabulación difusa y enunciativa de los supuestos que pueden dar lugar a la institucionalización del menor, constituyen una abierta violación a la legalidad.

Para violar el *nulla poena sine lege* se recurre a la artimaña de llamar "medidas" a algunas penas y, por ende, entender que las mismas no se hallan sometidas a las limitaciones penales, debiendo regir la ley vigente al tiempo de la sentencia. Otro recurso es el de consagrar la retroactividad de la ley penal ejecutiva, pretendiendo que a su respecto no rige la garantía básica, olvidando que una pena que se ejecuta de otro modo es otra pena.

Para violar el *nullum crimen sine culpa* se esgrimen los dis-

---

traducción castellana aparecida en Buenos Aires, en noviembre de 1976, con una "nota" de "Ediciones Odal" en que, entre otras cosas, se dice que hace "conocer a los pueblos de habla hispana esta obra maestra de la filosofía racial, que ha de suministrar los fundamentos para el nuevo orden, que deberá imponerse indefectiblemente en el mundo, si nuestra civilización quiere salvarse de la eterna noche del caos racial".

103 Una crítica científica a estos "best-sellers", con bibliografía, información y agudo sentido crítico, Juan Schobinger, *¿Vikingos o extraterrestres? Estudio crítico de algunas teorías recientes sobre el origen y desarrollo de las culturas precolombinas*, Buenos Aires, 1982.

cursos que defienden la “responsabilidad objetiva” (particularmente oculta bajo el disfraz de los llamados “delitos calificados por el resultado”, cuando no se los considera dolosos o preterintencionales). Otras formas argumentales son el *versari in re illicita* (“el que quiso la causa quiso el resultado”, lo que, obviamente, es falso) y la ficción de que el derecho se presume conocido por todos (*error juris nocet*). Por supuesto que también configuran tentativas ideológicas que llevan en último análisis al debilitamiento o aniquilamiento de este principio, el discurso que quiere eliminar el concepto mismo de culpabilidad, reemplazándolo por un contenido descriptivo que no tenga nada de valorativo o por la peligrosidad.

Una forma de afectar Derechos Humanos a través del sistema penal, particularmente grave en nuestras estratificadas sociedades latinoamericanas, es el discurso idealista que apela a la retribución sin tomar en cuenta la “co-culpabilidad”, es decir, la parte del reproche con que debe cargar la estructura social en razón de haberle negado oportunidades al autor. Cualquier estructura política democrática debe reconocer el derecho de todos a la igualdad de oportunidades. Esta idea está en la base de la ideología de la igualdad de los Derechos Humanos y parte de la Revolución Francesa, donde cristalizan anteriores ideas cristianas, estoicas y jusnaturalistas. “A partir de esta época, todos los hombres fueron vistos no sólo como *creados iguales*, sino como introducidos iguales en el mundo desigual de la sociedad; a partir de esta época no se debiera permitir que las diferencias sociales afecten la libertad de oportunidad prometida a todos”<sup>104</sup>. Justamente esta diferencia de oportunidades es lo que se reconoce con la co-culpabilidad.

En cuanto a la pena, *la dignidad de la persona y los principios de humanidad y funcionalidad* entran en crisis bajo el argumento de que es de la naturaleza de las cosas el deterioro psíquico inherente a la institucionalización prolongada. La misma apelación a la “naturaleza de las cosas” encubre la violación al *principio de personalidad* o de intrascendencia de la pena, cuando no se tienen en cuenta sus efectos para su familia, para los dependientes, para el cónyuge en cuanto al aspec-

<sup>104</sup> Cfr. Ralf Dahrendorf, *Ensaio de teoria da sociedade*, Rio de Janeiro, 1974, ps. 219 y 220.

to sexual, etc. En realidad, en el momento actual es la individualización penal —el *sentencing*— el campo de mayor arbitrariedad del sistema penal<sup>105</sup>.

Las *garantías a la libertad personal* se conculcan bajo la cobertura del discurso que, so pretexto de su carácter administrativo, concede facultades arbitrarias de detención a la policía o a autoridades no judiciales. Pretextar necesidad de investigación, argumentos de seguridad pública y análogos, es lo habitual. El descuido de la materia por parte de los especialistas se obtiene mediante la asignación de esta legislación al derecho administrativo.

La *racionalidad de la detención preventiva* se viola con argumentos que dejan de lado la naturaleza precautoria de la misma, llevándola a desempeñar la función de una pena. Tales argumentos son los que abogan por las restricciones a la excarcelación en caso de “alarma social”, de “peligrosidad”, etc. y los que para nada toman en cuenta la extensión temporal de los procesos penales latinoamericanos. Con esto se viola el *principio de inocencia*, violación que resulta perfeccionada en cuanto, por “razones prácticas”, se admite el trabajo de los procesados que, en la realidad, puede volverse obligatorio.

La *garantía del juez natural* se anula con los discursos que justifican la competencia de tribunales especiales, jueces militares para civiles en tiempo de paz, organismos administrativos y policiales, etc. Un recurso muy utilizado para burlar este principio es la supuesta naturaleza administrativa de las contravenciones penales.

La *publicidad* —al igual que la garantía de defensa— se lesiona apelando a discursos que justifican la incomunicación del individuo, los procedimientos secretos, la intervención restringida de la defensa y, en general, el sistema de plenario escrito.

Pese a que no puede afirmárselo rotundamente, el instituto de la reincidencia —y más aun el de la llamada “habitualidad”— no deja de estar enfrentado con el principio *non bis in idem*, tal como en su momento lo destacaron los penalistas antiguos.

<sup>105</sup> Sobre las terribles disparidades en el “*sentencing*”: Leon Radzinowicz y Joan King, *The growth of crime. The international experience*, London, 1979, p. 224; José M. Rico, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, México, 1979, p. 51.

Si procurásemos sistematizar en un nivel un poco más alto de abstracción, los caminos que se siguen para construir los discursos que desfiguran nuestros Estados de Derecho mediante los sistemas penales, podemos afirmar que pueden recogerse argumentos de corrientes bien dispares. Si se extreman los caracteres del retribucionismo kantiano o neokantiano, la pena se hace necesaria por sí misma, lo que acaba restándole toda racionalidad social funcional, dado que su utilidad se establece con una respuesta dogmática. Apelando al hegelianismo se permiten exceder los límites de racionalidad y humanidad respecto de los que "son" diferentes o pertenecen a otras culturas. Allí la élite se libera de la medida de la retribución para quienes son sus enemigos, por pensar o actuar en otra forma. Luego, esta diferencia etnocentrista puede llevarse hasta niveles biológicos o de un determinismo fatal, lo que tiene lugar con el positivismo penal, cuya tesis más extremada es que los "factores sociales" no son determinantes del delito. El positivismo, como es lógico, llevado al extremo con la tesis de la selección natural, llega al racismo<sup>106</sup>.

13. *Dinámica de los discursos jurídicos frente a los Derechos Humanos.*— En el aspecto jurídico de un sistema penal hallamos las leyes, los discursos jurídicos y doctrinarios (tratados, monografías, artículos) y los discursos jurisprudenciales. Si bien los segundos procuran actuar sobre los terceros, no siempre lo consiguen, por lo cual, no necesariamente hay una coincidencia entre ambos. *Depende del nivel de desarrollo de la investigación jurídica de cada país su peso crítico sobre la jurisprudencia.* El fomento de la investigación jurídica es, en cierta forma, un indicador de la disposición democrática de un régimen, al menos en nuestro continente. En este sentido puede ensayarse una clasificación simplista de las actitudes de los regímenes políticos, del siguiente tipo:

a) La enseñanza de las disciplinas jurídico-penales en manos de los abogados y jueces sin especialización universitaria, con carencia de información comparada, con escasa o nula investigación científica y con crítica intuitiva o empírica. Es el nivel que podemos llamar de subdesarrollo, que, justo es

106 Cfr. supra, párr. 15.

señalar, tiende a reducirse en esos países, aunque son varios los que aún podríamos ubicar en esta situación.

b) Van aumentando los niveles de especialización universitaria en la enseñanza de las disciplinas jurídico-penales, se incrementa la información comparada y la investigación, al tiempo que la crítica pasa a ser más racional y sistemática. Es el nivel que llamaríamos de "vía de desarrollo". Un ejemplo sería el Brasil.

c) Se tiende a dejar la enseñanza de las disciplinas jurídico-penales en manos pragmáticas —jueces y abogados—, a segregarse al especializado y a deformar la especialización en práctica, se retacea la información comparada o se le resta importancia, se limita o desalienta la investigación, se sofoca la crítica. Es el nivel que puede identificarse como de desarrollo autoritariamente detenido. Un ejemplo sería la actitud universitaria oficial argentina en los últimos años.

Los tres son, por supuesto, tipos "puros", pudiéndose indicar que la inclinación pragmática y el desprecio por la elaboración teórica coincide con la consideración de la eficacia y la seguridad como valores fundamentales de la "tecnocracia autoritaria"<sup>107</sup>. Del mismo modo, conspira seriamente contra los Derechos Humanos cierta asimilación del idealismo neokantiano —particularmente kelseniano— que niega toda conexión entre el "ser" y el "deber ser". "Lo que los juristas fijaron con la mejor buena voluntad —sin duda por una interpretación apresurada— fue la afirmación de un abismo intransitable entre estos dos universos"<sup>108</sup>.

Pues bien: teniendo en cuenta esta dinámica interna para regular los discursos jurídicos, es necesario reparar en sus resultados respecto del sistema penal, los cuales, desde el ángulo de los Derechos Humanos, deben valorarse percibiendo el fenómeno legislativo y la reacción que frente a éste tiene el discurso doctrinario y el discurso jurisprudencial. (Obsérvese que aquí, en cuanto al último, nos limitamos al "discurso jurisprudencial", porque son cuestiones diferentes las actitudes arbitrarias de los jueces, que serán materia de referencia más adelante.)

<sup>107</sup> Cfr. Miguel Reale (Jr.), *O atual direito penal brasileiro: autoritarismo e tecnoburocracia*, en "Ciencia Penal", 1, 1979, p. 82.

<sup>108</sup> Jean Carbonnier, *Sociología jurídica*, Coimbra, 1979, p. 432.

Conforme a esto, en el análisis jurídico de los sistemas penales desde el ángulo de los Derechos Humanos, consideramos que pueden presentarse las situaciones que señalamos en el siguiente cuadro:

*Hallar normas:*

a) respetuosas de los Derechos Humanos;

b) represivas {  $\alpha$ ) abiertamente violatorias de Derechos Humanos o  
 $\beta$ ) que dejan resquicios para violaciones a Derechos Humanos;

c) ineficaces {  $\alpha$ ) que dejan desprotegidos Derechos Humanos o  
 $\beta$ ) que los protegen en forma deficiente.

*Propugnar interpretaciones que:*

respecto de las normas *a* { 1) extremen su ámbito,  
 2) limiten su ámbito\*,  
 3) descarten su vigencia,  
 4) no las tomen en cuenta;

respecto de las normas *b*  $\alpha$  { 5) sostengan su vigencia literal,  
 6) limiten su ámbito\*,  
 7) descarten su vigencia,  
 8) no las tomen en cuenta;

respecto de las normas *b*  $\beta$  { 9) suplan sus defectos tapando sus resquicios\*,  
 10) aprovechen los resquicios\*,  
 11) no observe los resquicios;

\*  $\alpha$ ) en forma selectiva;  $\beta$ ) en forma no selectiva.



- |                                   |   |  |
|-----------------------------------|---|--|
| respecto de las normas $c \alpha$ | { | 12) se desentiende de la desprotección,<br>13) procure suplirla*;  |
| respecto de las normas $c \beta$  | { | 14) limite su ámbito; aumentando la insuficiencia,<br>15) se desentiende de la insuficiencia,<br>16) procure suplir la insuficiencia*. |

Obviamente nos hallamos con grados de realización y de violación muy diferentes. El discurso doctrinario puede echar mano de la ideología de los Derechos Humanos o de alguno de los elementos ideológicos con que se justifican sus violaciones. El discurso jurisprudencial puede seguirlo o entrar en conflicto (crítica). Se requiere un alto grado de sagacidad para percibir lo que estos discursos suelen ocultar, frecuentemente a sus mismos autores, y desentrañar su sentido para los Derechos Humanos. Un análisis jurídico del tipo del que proponemos exige *pensar en Derechos Humanos*, lo cual no es hábito muy frecuente. Suponemos que un ejemplo nos aclarará un tanto el planteo.

*Legislación positiva:* a) Una norma constitucional prescribe que no puede haber delito sin afectación de bien jurídico.

b  $\alpha$ ) Un decreto del ejecutivo introduce en la lista de estupefacientes de la ley penal en blanco respectiva, una sustancia que no es estupefaciente. Obviamente, el ejecutivo usa una ley penal en blanco para asumir funciones de legislador penal.

b  $\beta$ ) Una disposición de la ley de estupefacientes sanciona la simple tenencia de cualquier sustancia incluida en la lista por el ejecutivo, aunque se destine al propio consumo. Surge el problema de que la tenencia no es una conducta y de que, sin precisar cantidades o formas de tenencia, da la impresión de que se debe penar aunque no se afecte la salud pública o de terceros.

c  $\alpha$ ) La misma ley no establece ningún precepto respecto del médico que prescribe innecesariamente estupefacientes.

c  $\beta$ ) La misma ley dispone que la prescripción médica debe hacerse con recetarios que guarden ciertas formas.

*Discursos judiciales y doctrinarios:*

1) Discurso que defiende la vigencia absoluta del requisito constitucional de afectación del bien jurídico y que asigna al bien jurídico el sentido de una garantía de realización de la persona.

2  $\alpha$ ) Discursos que inventan bienes jurídicos que no corresponden al tipo penal, como la "seguridad nacional", afirmando que un menor de 17 años que tenga restos de marihuana en el bolsillo afecta la seguridad nacional, porque el estupefaciente es una forma de penetración marxista socavante de la sociedad occidental y cristiana.

2  $\beta$ ) Discursos que afirman que no hay delito cuando no se afecta un bien jurídico, siempre que la conducta no sea contraria a la moral.

3) Discursos que pretenden que el principio de reserva (lo que no está prohibido está permitido) invalida la garantía material de afectación del bien jurídico (aunque no haya afectación, no está permitido porque está prohibido).

4) Discursos que afirman que la autolesión puede ser delito, ejemplificando con la autolesión para sustraerse al servicio militar que, por supuesto, compromete otro bien jurídico diferente.

5) Discurso que afirma que el juez no puede tocar la ley y que si el ejecutivo introduce el café en la lista de estupefacientes, beber café será un delito.

6  $\alpha$ ) Discursos que afirman que el ejecutivo puede introducir en la lista la materia prima de cualquier estupefaciente que requiera refinamiento, en caso de que a la policía le resulte difícil distinguir cuándo se destinará a consumo en bruto o a refinamiento ilícito. En la práctica implica criminalizar a todos por las dudas, es decir, poner a la población al servicio de la policía.

6  $\beta$ ) Discursos que afirman que en cualquier caso el ejecutivo puede incluir la materia prima en tales listas. En la práctica la solución es igual a 5.

7) Discursos que sostienen la inconstitucionalidad de la norma, por violar el principio de división de los poderes, desde que el ejecutivo no respeta la naturaleza de las cosas.

8) Discursos sobre *desuetudo* o, en lo doctrinario, omisión de tratamiento del problema, incluso en trabajos monográficos o en artículos sobre el mismo tema.

9  $\alpha$ ) Discursos que afirman que no hay bien jurídico afectado cuando el que tiene una escasa cantidad no es consumidor o no se trata de un "tipo de autor" de la ley, es decir, cuando no es el adolescente que quiere probar sensaciones, sino la señora que quiere adelgazar y se auto-medica.

9  $\beta$ ) Discursos que afirman que la tenencia es punible cuando por la cantidad y forma pone en peligro o puede poner en peligro la salud de terceros, pero no en los restantes casos.

10  $\alpha$ ) Discursos que sostienen que el consumidor debe ser punible, porque sin consumidores no habría traficantes o porque todo consumidor es un traficante potencial (tipo de autor meta-legal).

10  $\beta$ ) Discurso que afirma que cualquier tenedor de cualquier cantidad, consumidor o no, debe ser punible, porque la ley no distingue y el juez no está autorizado a distinguir.

11) Discursos doctrinarios que no reparan en los resquicios, limitándose a una exégesis mediocre.

12) Discursos que sostienen la atipicidad de la conducta del médico.

13  $\alpha$ ) Discursos que ponen en peligro el principio de legalidad, considerando al médico cómplice únicamente cuando la prescripción obedece al tratamiento de ciertas toxicofrenias.

13  $\beta$ ) Discursos que ponen en peligro el principio de legalidad, considerando que en cualquier caso de prescripción no indispensable el médico puede ser instigador o cómplice partícipe en otro grado o forma.

14  $\alpha$ ) Discursos que sostienen la atipicidad penal del médico, que incurriría en una mera infracción administrativa, cuando comete alguna irregularidad respecto de personas que no son consumidores habituales.

14  $\beta$ ) Discursos que pretenden que en ambos casos el médico actúa sin dolo.

15) Discursos que entienden que el médico es el único que puede determinar cuándo es necesario prescribir una sustancia de la lista.

16  $\alpha$ ) Discursos que pretenden que el médico puede actuar culposamente sólo cuando se trata de consumidores habituales.

16  $\beta$ ) Discursos que sostienen que en cualquier caso la violación de formas es culposa y punible.

Estimamos que este ejemplo, *que en buena parte no es imaginario*, es suficiente para poner de manifiesto la complejidad

dad del problema. Si pensásemos “en clave de Derechos Humanos”, con una clasificación de los discursos y leyes en niveles —para los Derechos Humanos— distinguiendo como tales “bueno”, “regular” y “malo”, podríamos considerar de nivel “bueno” la ley  $a$ , “regular” las leyes  $b \beta$  y  $c \beta$  y “malas” la  $b \alpha$  y la  $c \alpha$ . En cuanto a los discursos, podría considerarse “bueno” el 1, 7 y 9  $\beta$ ; “regulares” los 2  $\beta$ , 6  $\beta$ , 8, 12 y 16  $\beta$ ; como “malos” los 2  $\alpha$ , 4, 5, 6  $\alpha$ , 9  $\alpha$ , 10  $\beta$ , 11, 13  $\beta$ , 14  $\beta$ , 15 y 16  $\alpha$ . Como francamente pésimos los 3, 10  $\alpha$ , 13  $\alpha$  y 14  $\alpha$ .

### C) LIMITACIONES AL CONOCIMIENTO DE LOS DEFECTOS PRÁCTICOS.

14. *Principales caracteres negativos.*— Al señalar los defectos al nivel del análisis legal y de los discursos doctrinario y jurisprudencial —y aun antes— habíamos advertido que la experiencia y la intuición nos señalan como caracteres de los sistemas penales latinoamericanos su ineficacia y su excesiva represividad. Como es obvio, estas características no se agotan con las fallas en la estructura normativa y jurídica, sino que a éstas se agregan las que produce la concreta forma en que operan los grupos humanos que integran sus segmentos. A estas características que contribuyen a la ineficacia y represividad del sistema las llamamos *caracteres negativos prácticos* del sistema penal o *defectos prácticos* del sistema penal.

En general, podemos afirmar que nuestros sistemas penales son ineficaces y represivos como resultado, por un lado, de leyes que no tutelan adecuada o suficientemente los Derechos Humanos y que tienen un contenido represivo innecesario para tal tutela. Por ende, estas leyes persiguen otro objeto que el declamado o, al menos, debe suponerse que lo persiguen. Por otro lado, la represividad e ineficacia también es resultado de las pautas de conducta de los grupos humanos que forman los distintos sectores o segmentos del sistema penal, que también ensayan sus propias ideologías de justificación públicas y privadas, y que, en distinta medida, se caracterizan negativamente como *violentas*, *sectorizadas*, *burocratizadas* y *corruptas*. Éstos serían, pues, a nuestro juicio, los cuatro caracteres negativos prácticos que proponemos investigar: *violencia*, *sectorización*, *burocratización* y *corrupción*.

De una investigación que nos permita evaluar estos defec-

tos prácticos en cada sistema penal, se deducirá el cuadro completo de la situación en el área.

Corresponde aquí que, en pocas palabras, digamos qué es lo que entendemos por cada uno de los defectos prácticos que señalamos, toda vez que su mero enunciado puede ser equívoco.

a) Por *violencia* entendemos la violencia abierta, que se traduce en lesiones, homicidios, sevicias, tormentos, torturas, castigos físicos, trato groseramente degradante, violencias sexuales, etc. Puede objetarse que hacemos un uso muy limitado de la expresión, pero, si bien no ignoramos ni disintimos con el uso amplio de ella, que abarca la violencia institucional, tampoco pasamos por alto las enormes dificultades que existen para definir este sentido amplio<sup>109</sup> que, en definitiva, parece identificarse con todas o con casi todas las violaciones de los Derechos Humanos.

De cualquier manera, no cuestionamos el uso amplio, sino que, por el contrario, usaremos de él cuando corresponda, pero aquí utilizaremos el sentido más restringido para definir uno de los peores caracteres negativos de nuestros sistemas penales.

b) Por *sectorización* entendemos la compartimentalización de la acción del sistema penal, es decir, el funcionamiento independiente, no coordinado, incoherente, de los distintos segmentos del sistema penal.

c) Por *burocratización* entendemos el cumplimiento formal de la actividad propia de cada uno de los segmentos, con prescindencia de cualquier empeño para captar la realidad y llegar al drama humano del hombre criminalizado o en vías de criminalización. El cumplimiento burocrático de la función dentro del sistema penal es el antónimo del desempeño que "procura" por el otro, por lo humano. En el sentido en que empleamos la expresión, "burocratización" es sinónimo de deshumanización. Valgan como ejemplo en tal sentido las

<sup>109</sup> Dalto Caram, *Violência na sociedade contemporânea*, Petrópolis, 1978; ver también las actas del seminario *Perspectivas sobre el futuro de la violencia*, diciembre de 1978, en Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, "Quaderni", *Rassegna di Studi*, año II, vol. II, mayo de 1979; Séverin Carlos Versele, *La violencia institucionalizada*, en *Los rostros de la violencia*, cit., ps. 55 y ss.; la arquitectura urbana como forma de violencia institucional: Herbert Grymer, *Städtische Umwelt und Jugenddelinquenz*, en "Kriminologisches Journal", 1/1981, p. 4.

actitudes del agente del ministerio público que, ante denuncia probada por peritaje médico de tortura con paso de corriente eléctrica, sufrida por un detenido en una dependencia administrativa o policial, y ante la manifestación de la víctima en el sentido de que no podría reconocer al autor material por haber actuado enmascarado, se limita a solicitar al juez el sobreseimiento, o la del juez a cargo de la investigación que, en el mismo supuesto, hace lugar al sobreseimiento solicitado.

La *violencia*, la *sectorización* y la *burocratización* son caracteres negativos que suelen ir unidos y que pueden llegar a dar los resultados más aberrantes. Las acciones crueles se ven facilitadas —y hasta posibilitadas— por la distancia (física y psicológica) con la víctima y por la “objetivación” de la misma: la víctima es un “objeto” (etiquetado “criminal”, “delincuente”, etc.); la sectorización permite la disolución de la responsabilidad por medio de una división del trabajo que crea la autojustificación de que nadie es responsable de la totalidad de la acción; el conformismo lleva a la convicción de que nada puede cambiarse; la burocracia que impera dando la impresión de una máquina todopoderosa y autónoma lleva a confundir las pulsiones con los actos (la “emigración interior”); etc.

Todo esto fomenta una esquizofrenización o distanciamiento en el personal interviniente, que es lo que explica —contra lo que habitualmente se cree— que los hombres de la “Geheimnis Staatspolizei” o los inquisidores, individualmente considerados, no hayan sido monstruos ni sádicos y que incluso los casos patológicos de esta naturaleza hayan sido raleados de tales organizaciones, pese a lo cual, éstas han realizado las acciones más brutales y horribles<sup>110</sup>.

Los discursos de justificación —que siempre son sectoriales— precisamente cumplen la función de racionalizar y ocultar a la conciencia el horror de ciertas acciones y, justamente por eso son sectoriales, porque permiten esparcir la responsabilidad. “Cuando un hombre quiere matar a un tigre, llama a eso deporte; cuando un tigre lo quiere matar, llama a eso fe-

<sup>110</sup> Entre los miembros de las fuerzas de seguridad colaboracionistas, con crímenes contra la humanidad, del invasor nazi y los no colaboracionistas, no se notaron diferencias individuales apreciables. Cfr. Nils Christie, *Definición del comportamiento violento*, en *Los rostros de la violencia*, cit., ps. 27 y ss.

rocidad". "Este exabrupto de Bernard Shaw resume jocosamente una noción esencial para comprender cómo un individuo naturalmente no agresivo puede obrar de modo cruel, sin verificar suficientemente el horror de su acción"<sup>111</sup>.

Cabe insistir en que estos discursos tienen la función de impedir el diálogo, la comunicación con la víctima. Es sabido que la democracia se funda en el diálogo, pues toda opresión se funda en una actitud contraria al diálogo y toda liberación debe basarse en el diálogo<sup>112</sup>, lo que hace de la violencia una fractura que no acepta las reglas del juego democrático<sup>113</sup>. No es esto una mera deducción especulativa, sino que tiene una seria base empírica: en una experiencia en la Universidad de Yale se comprobó que lo que obstaba a que la mayoría de las personas provocase dolor a terceros desconocidos era oír sus quejidos<sup>114</sup>.

Por tal motivo, resulta imprescindible reparar en estos caracteres con sumo cuidado, pues son los que explican que personas con sentimientos humanitarios o más o menos corrientes hayan cometido acciones horribles en la órbita de organizaciones estatales. Piénsese en el desarrollo de la legislación y organizaciones protectoras de animales en metrópolis de imperios como Inglaterra, que practicaban el colonialismo con métodos groseramente inhumanos, o en la legislación de protección a los animales del nacional-socialismo alemán<sup>115</sup>, y surgirán con toda evidencia las aberraciones de estos procesos.

En nuestro contexto, la compartimentalización, la burocratización y la violencia suelen desembocar en el fenómeno de la *ejecución sin proceso*, que si bien existe en los países centrales<sup>116</sup>, cobra una dimensión gravísima entre nosotros.

<sup>111</sup> Jacques van Rillaer, *Psychologie de la légitimation d'actions cruelles*, en "Xe. Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin; legalité et références aux valeurs; notes et documents", 2 y 3 de octubre de 1980, Lovaina la Nueva, ps. 57 y ss.

<sup>112</sup> Cfr. Paulo Freire, *Pedagogía do oprimido*, Rio de Janeiro, 1981.

<sup>113</sup> Franco Ferrarotti, *Alle radici della violenza*, Milano, 1979, p. 21.

<sup>114</sup> Cfr. Nils Christie, ob. cit.

<sup>115</sup> V. la "Ley de protección de la naturaleza del Reich" del 26 de junio de 1935 (Dalcke, *Strafrecht und Strafverfahren, Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen*, Berlin, 1938, ps. 1012 y ss.).

<sup>116</sup> V. Skolnick, *Justice without trial*, New York, 1966; Manuel López-Rey y Arrojo, *Criminalidad y Derechos Humanos*, en "Cuadernos de Política Criminal", 6, 1978, p. 119; sobre el mismo fenómeno, Am-

En verdad, no estamos muy seguros de que sea cierto lo afirmado en la "Declaración de Estocolmo": "La pena de muerte está convirtiéndose cada vez más, en desapariciones inexplicables de individuos, ejecuciones extrajudiciales y asesinatos políticos"<sup>117</sup>. Al menos en Latinoamérica, creemos que la "pena de muerte sin proceso" no es un fenómeno nuevo ni mucho menos y, en cuanto al aumento de su frecuencia, sería bueno indagar si lo que ha aumentado en los últimos años es su frecuencia o la alarma que ella produce, como resultado de que al practicársela con motivación política fue recayendo sobre sectores sociales que antes no eran vulnerables al fenómeno.

Todo el fenómeno de la "pena sin proceso" se genera en una actitud policial que se extiende al resto del sistema penal, lo cual en el ámbito latinoamericano es particularmente grave, debido al carácter cuasi-militar de nuestros servicios policiales<sup>118</sup>. Si bien en los países centrales "el policía tiende a ser una personalidad convencional, y su medio ambiente laboral general conservadorismo, puesto que las fuerzas policiales existen para defender el *statu quo*"<sup>119</sup>, en Latinoamérica esto se agrava por la militarización, lo que hace que "pocas organizaciones provoquen una evaluación negativa tan consensual como la policía"<sup>120</sup>.

En definitiva, dentro de los sistemas penales latinoamericanos se ha gestado una "ideología de la seguridad nacional"

---

nistia Internacional, *La pena de muerte. Informe de...*, Londres, 1979, p. 32.

<sup>117</sup> "ILANUD al día", 1, 1, 1978, p. 13.

<sup>118</sup> Cfr. José M. Rico, *Crimen y justicia en América Latina*, p. 312.

<sup>119</sup> Tom Bowden, *Beyond the limit of the law. A comparative study of the police in crisis politics*, London, 1978, p. 80; la versión policial de la criminalidad en un país central suele ser mucho menos aberrante que en los nuestros. Para la crítica de una de tales versiones, Torsten Schwinhammer, *BKA-Präsident Horst Herold*, en "Kriminologisches Journal", 1980/4, p. 241. Obviamente, también en los países centrales surgen ideologías internas de seguridad nacional, pero parecen no ser de momento discursos oficiales. Ver al respecto, Tony Platt y Paul Takagi, *Los intelectuales del derecho y del orden: una crítica a los nuevos "realistas"*, en "Capítulo Criminológico", n° 6, 1978, p. 165. El patólogo Jack Kevorkian, de California, propone abiertamente la experimentación con condenados a muerte (E.F.E., 25/3/83).

<sup>120</sup> Cfr. Antonio Luiz Paixao, *A organização policial numa área metropolitana*, en "Dados - Revista de Ciências Sociais", Rio de Janeiro, 25, 1982, p. 63.



que adelantó el simplismo de la que luego habría de exponerse en el ámbito político general<sup>121</sup>: siguiendo a Garófalo, el criminal es un enemigo interno del Estado, al que hay que combatir. Pues bien: si la criminalidad aumenta, la "seguridad" impone dejar de lado ciertas "formalidades" y enfrentarla con sus mismos métodos, para ejemplarizar y prevenir por el miedo. Toda objeción fundada en los Derechos Humanos se percibe como una lesión a la "seguridad".

Esta *teoría interna de la seguridad nacional* la sufrieron antes los sectores marginados —y quizá por ello nadie intentó reconstruirla críticamente, como sucedió luego con la política general— pero la alarma cunde ahora, cuando en otra versión afecta a las clases medias, es decir, a los mismos sectores que compartían sus planteamientos.

Cabe aclarar que los efectos de estas prácticas son altísimamente potencializadores y multiplicadores de la violencia: lo que comienza siendo violencia unilateral ("ley fuga", simulación de enfrentamientos armados, de resistencia armada, etc.) termina siendo una real reacción violenta por parte de los criminalizados, que saben que deben matar si no quieren morir ("me la juego").

Reproducimos un párrafo de un discurso policial latinoamericano, porque creemos que sintetiza varios elementos ilustrativos de la ideología policial:

"Se ha tomado un enfoque social general, desde el punto de vista operacional y del individuo, para demostrar la necesidad de conocer en mayor parte la criminalidad real, lo cual facilitaría el logro de la función judicial que debe ir precedida por mecanismos policiales técnicos, con el fin de descubrir los autores del ilícito, para que luego los organismos administrativos se encarguen de aplicar las medidas correctivas. Es por esto que la investigación debe ser adelantada mediante métodos científicos que acrediten su efectividad y que las medidas tomadas por el sistema judicial *estén basadas en la realidad* y se apliquen las normas requeridas en cada caso, evitando así que la sociedad siga siendo perjudicada por elementos destructores que además, pueden ser un 'virus' para la comunidad"<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> V. Joseph Comblin, *Le pouvoir militaire en Amérique Latine. L'idéologie de la sécurité nationale*, Paris, 1977.

<sup>122</sup> Policía Nacional de Colombia, *Estadística de Criminalidad*, 1977, p. 47.

En el párrafo transcrito se puede notar: a) descuenta que es posible conocer la criminalidad "real", entendiendo sin lugar a discusión que es tal la que ellos detectan; b) destaca que la labor policial es más importante que la judicial; c) minimiza las "medidas correctivas", a cargo de "organismos administrativos"; d) critica casi abiertamente los criterios judiciales, reclamándoles mayores penas para los delitos más frecuentes; e) apela al criterio organicista biologista como explicación significativamente metafórica; f) conforme al organicismo denigra la condición de persona del infractor; g) le señala pautas a la justicia, a la que considera fuera de la realidad.

En el ámbito penitenciario, si bien "se observa a menudo un profundo desacuerdo entre el personal de vigilancia, de tratamiento y administrativo"<sup>123</sup>, es frecuente que también tienda a prevalecer la militarización, aunque se genere una subcultura violenta que exterioriza un discurso terapéutico, contradicción que resulta explicable porque en ella desempeña un papel decisivo el desarrollo de la autoimagen ocupacional que describieron Simpson y Simpson respecto del personal de establecimientos psiquiátricos, según el cual el personal de una ocupación subordinada acoge para construir su autoimagen los aspectos socialmente más valorados —o más valorados en la subcultura profesional—, que en el caso del personal psiquiátrico era la asistencia al enfermo. Así, conforme a la experiencia de los Simpson, el personal entrevistado, a medida que más tiempo permanecía en funciones, iba tendiendo a considerar que esa permanencia obedecía más a razones "intrínsecas" a la función que "extrínsecas" (sueño, pensión, etc.)<sup>124</sup>.

d) Por último, señalamos como uno de los principales caracteres negativos de la práctica de los sistemas penales a la *corrupción*. También aquí entendemos la expresión en sentido limitado, como cualquier conducta, dentro de uno de los segmentos del sistema penal, que se aparta de las pautas normativas motivada conscientemente por el afán de lucro o de

<sup>123</sup> José Rico, *Crimen y justicia en América Latina*, p. 371.

<sup>124</sup> R.C. Simpson y I.H. Simpson, *The psychiatric attendant: development of an occupational self-image in a low-status occupation*, en "American Sociological Review", 1957, ps. 217 a 220, cit. por Lazarsfeld, en Piaget, Meckenzie y Lazarsfeld, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, 1973, p. 419.

poder. No es únicamente el afán de lucro lo que motiva una acción corrupta, sino también el afán de agrandar al poderoso para compartir el poder, avanzar en la "carrera", etc. En distinta medida nuestros sistemas penales conocen estas prácticas en sus diferentes sectores y subsectores. Una de las objeciones más serias que se pueden formular a quienes pretenden valerse de las estadísticas criminales latinoamericanas como indicadores de "criminalidad real", es el papel que en el mecanismo selectivo de criminalización cumple la corrupción que, a su vez, constituye en buena medida una forma de "criminalidad dorada" que escapa a la estadística de criminalización.

15. *Obstáculos al conocimiento.*— Es incuestionable que en la práctica del sistema penal —como en cualquier fenómeno social de gran complejidad— hay una infinidad de aspectos que quedarán en la sombra como resultado de limitaciones a nuestro conocimiento que son invencibles. No obstante, hay al menos ciertas dificultades que obstaculizan nuestra aproximación a la realidad que hoy estamos en condiciones de vencer o, al menos, de precavernos de forma que nuestra distorsión de la realidad no resulte aberrante.

a) Una de esas dificultades yace en algo a lo que ya nos hemos referido: la *pluralidad de discursos* de los sectores y subsectores del sistema penal, que encubren acciones que, vistas fuera del contexto de tales discursos internalizados en cierta medida por los protagonistas, son injustificadas. No insistiremos en esto, porque creemos que con lo dicho es de momento suficiente para señalar la dificultad y la necesidad de neutralizarla.

b) Otra de las dificultades que en diferente medida es común a casi todos los países periféricos, es la *carencia o marcada pobreza de investigación empírica*, referida a la práctica del sistema penal. Sabemos por experiencia y por investigaciones de los últimos años que media una estrecha relación entre saber y poder, en que el segundo condiciona al primero. En el área que nos ocupa, los sistemas penales, como forma del control social institucionalizado, son, naturalmente, una expresión del poder político de los países periféricos. En algunos países latinoamericanos, la carencia de investigación empírica obedece en parte a la antipatía con que el poder mira este tipo de investigaciones, pero en mayor medida a la es-

casez de recursos y de desenvolvimiento de las ciencias de la conducta. En otros, las causas se invierten o equilibran, y, en algunos, particularmente en los que domina la llamada "ideología de la seguridad nacional" u otros autoritarismos, este género de investigaciones se tiene por subversivo o, al menos, por seriamente sospechoso. No dudamos de que en buena parte no es nada positivo para un investigador realizar indagaciones que en los países centrales son comunes, debido al grado de intolerancia ideológica que impera y a la consigna de que toda crítica es "traición a la patria". Imaginemos el estruendo que causarían en varios de nuestros países investigaciones sobre extracción social de los magistrados penales, actitudes de los jueces, actitudes de la policía, corrupción en el sistema, violencia en las prisiones, ejecuciones sin proceso, etc.<sup>125</sup>

Es sabido que en algunos de nuestros países se ha tornado sospechosa la sociología y se la tolera casi exclusivamente como un entrenamiento para las investigaciones de mercado, al tiempo que se cierran las posibilidades para cualquier actividad profesional orientada en el sentido de una aproximación a la realidad de las estructuras de poder, lo que impulsa a emigrar a los pocos investigadores interesados en la materia.

En todos lados los sistemas penales cuentan con "trabajadores sucios", cuya situación social los hace vulnerables al escándalo, razón por la cual no pueden ver con buenos ojos investigaciones académicas que puedan amenazar su precaria situación laboral<sup>126</sup>, pero en Latinoamérica puede alcanzarse niveles de corrupción y autoritarismo en que directamente se intente quebrar todo vínculo con la sociedad real o con cualquier visión de ella que pueda ser alternativa con la del poder.

Cabe agregar que otro factor importante de resistencia a

<sup>125</sup> La mayoría de las investigaciones sobre la policía se ha realizado en los países centrales (cfr. José M. Rico, ob. cit., p. 310). La resistencia a la investigación por parte de quienes abusan del poder en el sector de la justicia penal y sus subsectores ha sido destacada en el último Congreso de la ONU, *Delito y abuso de poder: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley. Documento de trabajo preparado por la Secretaría*, Caracas, 1980, p. 59; aunque en menor medida también hay dificultades en los países centrales: ver Manfred Brusten y otros, *Konflikte durch Forschung. Eine Untersuchung über rechtliche und burokratische Behinderungen empirischer Forschung*, en "Kriminologisches Journal", 1977/1, p. 10.

<sup>126</sup> Cfr. Tony Platt, *Proposiciones para una criminología crítica en los Estados Unidos*, en "Capítulo Criminológico", 3, 1975, p. 111.

la investigación lo configura la sospecha de que de ella puedan resultar innovaciones prácticas. En casi todos los sectores del sistema penal pesa el hábito de la rutina, aunque cuando se habla con los *líderes* de los distintos grupos parece haber una tendencia al "cambio". Si observamos de cerca el fenómeno, veremos que no debemos engañarnos con el sentido de ese cambio deseado por los líderes. Creemos que el siguiente párrafo de William Foote Whyte nos alerta al respecto: "El líder no necesita ser el mejor jugador de *baseball*, boliche o luchador, pero debe tener alguna habilidad que sea de particular interés para el grupo. Es natural para él promover las actividades en que triunfa y es habilidoso; y, en la medida en que es capaz de influir sobre el grupo, su record de competencia es una consecuencia natural de su posición. Al mismo tiempo, su récord sostiene su posición"<sup>127</sup>.

En efecto: por regla general, la dinámica que nos proponen los líderes de los sectores del sistema es la que favorece aquellas actividades para las cuales tienen habilidad, lo cual les reforzaría su condición de líderes, pero rechazan la investigación llevada a cabo por extraños, porque pueden proponer otros cambios que les impongan tareas en las cuales no son habilidosos, lo que lesionaría sus posiciones de líderes. *De allí que las reformas político-criminológicas propuestas por personas de los grupos que integran los sectores del propio sistema deban ser analizadas con mucho cuidado.* La militarización policial y penitenciaria, por regla general, se logra nombrando militares como jefes de esos servicios, lo que en algunos países está establecido como requisito legal.

c) Una tercera dificultad para el conocimiento de los defectos prácticos del sistema penal es una crítica irracional y apresurada al mismo, que, por ser política y ocasional, se agota en una *crítica a personas o subsectores del sistema*, sin percibir las fallas estructurales. En definitiva, se trata de una manifestación bien conocida que responde al viejo adagio que reza "el hilo se corta por lo más delgado". Estas críticas tienden a personalizar las fallas en los sectores que tienen a su cargo la práctica de la violencia abierta, en tanto que van quedando en la sombra los sectores físicamente más alejados de tal violencia y nunca se llega al legislador ni a la estructura de poder.

127 William Foote Whyte, *Street Corner Society*, p. 259.

En definitiva, un debate cuyos ecos aún suenan en el campo criminológico, tiene su origen en esta falla. La crítica a las instituciones totales comenzó con obras como *Asylum* de Goffman, a quien se le censuró luego, desde una posición más crítica, interrumpir el análisis de la violencia institucional en el nivel del personal encargado de la institución<sup>128</sup>. Becker, que como vimos explicó con claridad el mecanismo de ciertos procesos de criminalización, fue censurado por promover “una crítica de las organizaciones de vigilancia en particular, de los funcionarios de bajo nivel que las administran”, eludiendo “la crítica de las instituciones sociales que engendran sufrimiento o de los funcionarios de alto nivel que modelan el carácter de los establecimientos de vigilancia”<sup>129</sup>. En esta diferencia quiso sentarse el mojón que delimitaría la llamada “criminología liberal” respecto de la “criminología crítica”. En definitiva, la diferencia a este respecto no parece ser tan grande, pues de lo que se trata es de no caer en la trampa de interrumpir el análisis, pero ello no niega los importantes aportes de quienes comenzaron formulando críticas limitadas que aún conservan su total vigencia, particularmente para nuestras realidades.

Sin embargo, es bueno advertir que las críticas que nos preocupan en Latinoamérica en cuanto a la dificultad para el conocimiento, son mucho más simplistas que las que se debaten en los países centrales. Frecuentemente, ni siquiera se llega a la crítica institucional limitada, sino que todo se reduce a sectores del personal, perdiéndose de vista la institución misma. Este género “crítico” superficial y “aquietante”, que nada cambia, se ve favorecido por la escasa estabilidad política de nuestros países, en que los grupos que se turnan en el poder suelen valerse de la crítica anecdótica al sólo efecto de desplazar personal.

d) Una dificultad bien seria en nuestros países es la extraordinaria difusión de la criminología positivista o “aproximación factorial” (etiológica). En algunos de nuestros países, los niveles tan tremendos de represión ideológica —que han llega-

<sup>128</sup> V. Capecchi y G. Jervis, nota introductoria a la versión italiana de *Sociology and the stereotype of the criminal* de Denis Chapman, Torino, 1971, p. IX.

<sup>129</sup> Alvin W. Gouldner, *La sociología actual: renovación y crítica*, Madrid, 1979, p. 48.

do a límites increíbles en cuanto a aberración— casi han impedido que se difunda cualquier aporte posterior a la primera mitad de nuestro siglo. Más aún, la notoria reducción de la sociología en lo universitario ha hecho que la criminología tome un sentido marcadamente “clínico”, por lo general en manos de psiquiatras con formación positivista. Todas las voces que tímidamente pretendieron alzarse con alguna crítica fueron opacadas o sufrieron ellas mismas el fenómeno del etiquetamiento.

Si bien los países centrales conocieron fenómenos de parecida magnitud o aun peores hace menos de medio siglo, en la actualidad parece increíble la descripción de la represión ideológica en algunos países del área y particularmente en el campo de la política criminológica. Cabe señalar que el autoritarismo, en nuestros países, es mucho más incoherente que el totalitarismo europeo de entre-guerras, porque no responde a un esquema teórico que, aunque delirante, conservaba cierta coherencia interna. En función del autoritarismo, que es aquí producto de la situación periférica y del consiguiente proceso defectuoso de acumulación de capital productivo<sup>130</sup>, agravado ahora con la detención del desarrollo y con la incapacidad de las versiones autóctonas de las tesis económicas monetaristas<sup>131</sup> para afrontar las elevadísimas deudas externas, pueden explicarse *en general* los sistemas penales y la represión ideológica, pero no pueden pretenderse las explicaciones de detalle en función de tales fenómenos generales, al menos en forma directa o simplista.

Así, caería en un grosero error quien pretendiese justificar nuestra “criminología clínica”<sup>132</sup> en razón de que las tesis sociológicas de los países centrales no sirven para explicar los fenómenos de nuestras sociedades. En un error de igual magnitud caería quien pretendiese que los grupos de poder de los diferentes países tomaron modelos legislativos europeos de tal o cual corte, porque su ideología les resultaba adecuada a los intereses concretos del momento. Una y otra afirmación

<sup>130</sup> V. *Apéndice*.

<sup>131</sup> Los datos que sobre detención del crecimiento del producto bruto se consignan para 1982 en el *Apéndice* parecen haberse agudizado.

<sup>132</sup> Cabe aclarar que el concepto de “criminología clínica” no es unitario (cfr. Hans Göppinger, *Kriminologie. Eine Einführung*, München, 1971, p. 28).

serían totalmente falsas. Sólo eventualmente la segunda puede ser cierta (y parcialmente) referida casi exclusivamente al positivismo peligrosista. Esto sería algo así como la aplicación de la teoría de la "intención artística" (*Kunstwollen*) de Riegl a la política criminal latinoamericana: es decir, sería análoga a la afirmación que pretende ver en la simplificación y escasa imitación del arte cristiano primitivo siempre una expresión intencional de la superioridad del alma sobre la realidad material, cuando muchas veces no es más que rudimentarismo que responde a carencia de medios técnicos<sup>133</sup>. En lo nuestro sucede algo semejante: se insistió en una criminología "clínica" de corte positivista, psiquiátrico tradicional<sup>134</sup>, sin llegar siquiera a difundir los trabajos de los autores que en los países centrales se identifican hoy como de la "aproximación factorial", que sólo fueron estudiados por algunos notorios investigadores, pero que no han pesado en la enseñanza oficial ni en los "eventos", donde siempre dominaron numéricamente los médicos y abogados anclados en el lenguaje sociológico casi ferriano<sup>135</sup>. Esto excluye en el área latinoamericana cualquier tentativa de convergencia teórica entre el grueso de la criminología oficial o semioficial y las nuevas corrientes<sup>136</sup>, porque los elementos que manejan los primeros son prácticamente de arqueología criminológica.

La criminología más difundida a nivel de manuales, parece llenar un capítulo sociológico a título de compromiso, en tanto que se detiene largamente en la "clínica". Son frecuentes las referencias a la "endocrinología criminal", a las "somatologías" de Kretschmer y Sheldon, a la "herencia" y a la infaltable teoría del cromosoma atípico e investigaciones con mellizos univitelinos, al psicoanálisis criminal en versión de Alexander y Staub o continuadores y divulgadores. En el ámbito penitenciario no es raro que aún se empleen las clasi-

<sup>133</sup> Arnold Hauser, *Historia social de la literatura y el arte*, I, Madrid, 1969, p. 172.

<sup>134</sup> No se han desarrollado tampoco trabajos más o menos finos de otra vertiente, como por ejemplo los de corte psicoanalítico contemporáneo (Herren y Rüdiger, *Freud und die Kriminologie, Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973).

<sup>135</sup> Sobre este fenómeno, ver el citado estudio de Rosa del Olmo.

<sup>136</sup> No es posible un tipo de aproximación teórica de la propuesta por Sigfried Lamnek, *Teorías de la criminalidad*, México, 1980.



ficaciones positivistas de los delincuentes, especialmente de Ferri. Es evidente que esto tiene poco que ver con las aproximaciones etiológicas de Sutherland o de Merton, que son las “aproximaciones etiológicas” que hoy se critican en los países centrales.

En realidad, la criminología contemporánea en los países centrales tiende a convertirse en una “criminología del sistema penal”, en el sentido de que enfila sus cañones, con argumentos sociológicos, sobre el sistema penal. De allí que se la llama “criminología de la reacción penal”, aunque el término pueda ser incorrecto, pues toda reacción supone un estímulo y el sistema penal puede operar sin estímulo o no ser éste lo determinante de su puesta en marcha<sup>137</sup>. Esta criminología nos abre un nuevo panorama, que permite visualizar el fenómeno con una aproximación más cercana a la realidad, particularmente en nuestros países. Nos ocuparemos de inmediato de su alcance y posibilidades, pero ahora insistiremos en la “criminología clínica”, que aún prevalece en nuestros medios y que es una seria limitación al conocimiento de nuestros sistemas penales.

No compartimos el criterio según el cual toda “clínica criminológica” es sospechada de “ideológica” —en sentido peyorativo—<sup>138</sup>, porque estimamos que la clínica criminológica tiene una importante función que cumplir, aunque sea bastante diferente de la que se había propuesto. Si se nos permite la expresión, entendemos que, respecto de ciertas personas criminalizadas deberá pasar a ser una técnica para enseñarles a no poner la mano en la prensa del sistema penal, y para señalar las formas en que puede ayudárseles a paliar las marcas orgánicas y psicológicas dejadas por la desventaja y la marginación, en tanto que, respecto de otras personas —criminalidad de “cuello blanco” y dorada— la psicología tiene mucho que enseñarnos. Sin embargo, la criminología clínica que se defiende en nuestros países, sin duda que tiene una carga política bien deformante de la realidad: al limitarse al estudio de

<sup>137</sup> Philippe Robert, *La criminologie de la réaction sociale*, en “Actas del XXIX Curso Internacional de Criminología”, Pamplona, 1980, ps. 347 y ss.

<sup>138</sup> Así, Arbeitskreis Junger Kriminologen, *Kritische Kriminologie*, München, 1974, p. 7.

los hombres ya criminalizados, de lo que Carnelutti llamó “el hombre en la jaula”<sup>139</sup>, esta criminología deja fuera de su ámbito al sistema penal, como si éste nada tuviese de selectivo, como si fuese totalmente aséptico a cualquier peso del poder, como si no ejerciese ningún efecto generador de “carreras criminales”, como si no usase “chivos expiatorios”, como si no se tratase muchas veces de una realidad lo de la “profecía que se autorealiza”.

Pocas deformaciones tan enormes puede haber en el orden de los conocimientos, como la que nos proporciona la “criminología clínica” de nuestros países. Es una “criminología” llevada a cabo por personas “superiores”, que diagnostican lo que les pasa a otras que, por su reducción a “objetos” pierden su condición de personas a los ojos del investigador, que de este modo se distancia de ellas. Su principal misión es “medir” la “peligrosidad” de esos objetos. Partiendo del punto de vista de que los “factores” son individuales, no cabe duda de que la conclusión será que el hombre enjaulado, por sus tendencias antisociales, es en general inferior al “hombre libre”, que no las presenta. Que esta consecuencia no se explicita o verbalice tiene poca importancia, porque lo principal es que se trata de un presupuesto necesario de la actitud asumida. Tampoco tiene importancia que se mencionen los “factores sociales”, porque eso no pasa de ser una declamación, dado que si se analizasen a fondo los “factores sociales” se vería que el propio sistema es agente de la criminalización, y con ello todo el planteamiento caería por tierra. No puede ser de otro modo, porque cualquier sociología que se quite las anteojeras positivistas deberá preguntarse cómo puede la sociedad justificar la punición de un criminal que ella misma ayudó a construir<sup>140</sup>, y a este respecto pocas dudas caben acerca del condicionamiento social de estados agresivos<sup>141</sup>, de la influencia del urbanismo —20% de la población en el 1% del terri-

<sup>139</sup> Francesco Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, Torino, 1957, p. 19.

<sup>140</sup> Zinalda Castelo Branco Puty, Cláudio Fleury Barcellos y Eudaldo Daniel, *Violência urbana*, Rio de Janeiro, 1982, p. 98.

<sup>141</sup> Cfr. Helmut Ostermeyer, *Die bestrafte Gesellschaft. Ursachen und Folgen eines falschen Rechts*, Darmstadt, 1975, p. 217.

torio en México<sup>142</sup>— y de la migración, generadores de condiciones infrahumanas reconocidas oficialmente<sup>143</sup>.

La criminología clínica latinoamericana, en definitiva, no es más que el positivismo lombrosiano-ferriano, con componentes garofalianos impulsados por las ideologías internas de seguridad y en menor medida por la de la “seguridad nacional” y con incoherentes incrustaciones de aislados elementos provenientes de etapas posteriores, en un singular fenómeno de “coetaneidad de los no coetáneos”, que aquí no produce fricciones, porque se ignoran<sup>144</sup>.

Ya nos hemos referido a la función que cumplió el positivismo penal<sup>145</sup>, que en definitiva fue la consagración científica de la “superioridad biológica” de la burguesía ya instalada en el poder y la consiguiente minimización del papel del sistema penal y político en el fenómeno criminal.

Agreguemos que en Latinoamérica se marca claramente a través de los grupos que participaron de esa ideología, como por ejemplo los grupúsculos racistas brasileños que ridiculiza genialmente Jorge Amado<sup>146</sup> y el denominado “grupo de los científicos” de la dictadura porfirista mexicana. No en vano fueron las teorías de la herencia, la degeneración y la selección natural, las bases del racismo jurídico nacional-socialista alemán<sup>147</sup> y de su correspondiente versión inglesa<sup>148</sup>.

Pero esta ideología no sólo es biologista y en definitiva racista, sino que también, como consecuencia de ello, no puede ser menos que etnocentrista, lo que en el campo político-criminológico se puso claramente de manifiesto con Garófalo,

142 Elena Azaola de Hinojosa, *Conducta antisocial en una unidad habitacional*, México, 1978.

143 Cfr. ILANUD, *Primera reunión de ministros de justicia de Centroamérica, Panamá y México*, San José, 1976, p. 15.

144 La expresión pertenece a Pinder y la adopta Karl Mannheim, *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, Buenos Aires, 1958, p. 24.

145 Supra, párr. 12.

146 Jorge Amado, *Tenda dos milagres*, Sao Paulo, 1969.

147 Helmut Nicolai, *Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge e nazionalsozialist. Rechtsphilosophie*, München, 1932.

148 Karl Pearson, Richard Dugdale, Henry Goddard, David Starr Jordan, etc., culminando con la obra de Lothrop Stoddard, *The revolt against civilization*, New York, 1922.

quien hablaba de la “*recta ratio* de los pueblos civilizados, de las razas superiores de la humanidad, excepción hecha de esas tribus degeneradas que representan en la especie humana una anomalía semejante a la que representan los malhechores en la sociedad”<sup>149</sup>. Es la versión biologizada del etnocentrismo idealista de Hegel, escrita con indescriptible crueldad. Imaginemos ahora lo que este fondo ideológico representa en la interpretación del fenómeno criminal en Latinoamérica: las culturas diferentes del grupo de poder —generalmente constituídas por indígenas, negros, inmigrantes o población sometida a formas de explotación preindustrial— son inferiores; sus características culturales son defectos debidos a la degeneración, al alcoholismo o a la coca; su cosmovisión es fanatismo, ignorancia o superchería; “indios” y “negros” son un lastre social que delinque por su inferioridad biológica que no les permite competir con los hombres del grupo de poder.

Si por esta ideología fuese, la riqueza cultural latinoamericana habría tocado a su fin, el genocidio sería una necesidad, la esterilización masiva un imperativo humano. Aunque nadie en su sano juicio desarrolle hoy semejantes teorías —aunque tácitamente se las repite en voz baja—, nuestra “criminología clínica”, que quiere situar al criminólogo más alto que al juez, porque pretende que formula juicios científicos objetivos —en tanto que el juez “valora”— no puede ocultar este tronco genealógico. Pese al desordenado agregado de jirones de ajenos atuendos, no logra ocultar que el núcleo originario de su ideología se halla en la más radical negación de los Derechos Humanos que produjo nuestra civilización industrial en uno de sus momentos de acumulación aún insuficiente de capital productivo.

Esta criminología “clínica” tiene el general sentido de destacar la superioridad “biológica” del no delincuente (por lo general blanco, inteligente, bien alimentado, respetuoso de las pautas sexuales y de clase media) y la correlativa inferioridad del delincuente (por lo general indio, negro, mestizo o mulato, poco inteligente, mal alimentado o alcohólico, no proclive a respetar pautas sexuales y de clase inferior). No podemos olvidarnos que la misma ciencia antropológica nació vincula-

<sup>149</sup> Garófalo, *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Madrid, (s.f.), p. 77.

da a la gestión imperialista en África<sup>150</sup>. Es sabido que las conquistas de la edad moderna se justificaron con el etnocentrismo cristiano (la superioridad sobre los herejes y la necesidad de "cristianizarlos"), por lo que no fue necesaria una "ciencia antropológica", que recién surge en el siglo XIX, cuando ya no podía justificarse el avance colonialista con argumentos teológicos y, por ende, se estableció una ciencia que partía del presupuesto, admitido "sin discusión alguna, y como una simple evidencia lógica, que los salvajes actuales constituían muestras testimoniales de etapas anteriores de la civilización humana, supervivencias de dichas etapas"<sup>151</sup>.

Se impone una urgente revisión de la visión que nos ha dado la "criminología clínica" latinoamericana, pues a veces los fenómenos de automarginación —deserción escolar, por ejemplo— que suelen entenderse como "causas" del crimen, pueden no ser tan autónomos, sino obedecer a actitudes semiconscientes de protesta mediante las cuales se rechaza la opresión, particularmente si se percibe a la instrucción como una forma de agresión cultural de la clase media que tiende a despersonalizar a los estratos inferiores, en forma análoga al colonialismo<sup>152</sup>.

16. *La investigación de la reacción penal y los Derechos Humanos.*— Hemos dicho que la criminología contemporánea tiende a ser una criminología del sistema penal, aunque la denominación no sea correcta ni exacta<sup>153</sup>. Creemos que es co-

<sup>150</sup> Cfr. Gérard Leclerc, *Crítica da antropologia, Ensaio acerca da história do africanismo*, Lisboa, 1973, p. 35.

<sup>151</sup> Isidoro Moreno, *Cultura y modos de producción*, Bilbao, 1976, p. 50.

<sup>152</sup> Cfr. Robert Staples, *Colonialismo interno y violencia negra. Un análisis del carácter político del fratricidio negro*, en *Los rostros de la violencia*, cit., ps. 95 y ss.

<sup>153</sup> No lo es porque, en general, tiende a poner en cuestión la existencia misma de la criminología. Pasando por alto las diferencias entre los autores, cabe advertir que esto es un peligro en Latinoamérica si se lo interpreta mal, porque puede servir de apoyo a teorías idealistas y retributivas, que han negado la criminología en favor de un idealismo penal desconectado de cualquier realidad social. El sentido crítico contemporáneo, apunta a la negación de la "criminología positivista". Si negada ésta queda "la criminología" o si sus conocimientos son de otras disciplinas o si hay un único saber científico, es cuestión muy discutida, que no tratamos aquí.

recto el análisis que distingue entre las teorías criminológicas que pretenden mostrar a la sociedad como una cierta unidad cultural (Merton, por ejemplo), las que reconocen en la sociedad una pluralidad cultural, pero con un básico acuerdo sobre la forma de resolver los conflictos entre los grupos (el interaccionismo) y las que entienden que en la sociedad hay una pluralidad cultural que responde a una pluralidad de grupos en conflicto<sup>154</sup>.

En verdad, ante nuestra realidad latinoamericana, la única clave para nuestras sociedades parece estar en el tercer grupo. Tenemos dilatados territorios, migraciones internas e internacionales, concentración urbana con clara pluralidad cultural, regiones sumamente diferenciadas, marcada estratificación social, pautas de consumo en sectores más o menos extensos (pero siempre minoritarios) que contrastan con otros grupos que llegan a veces hasta el límite de subsistencia, etc. Ante este panorama sería bastante difícil pretender tomar de los países centrales teorías que conciben a la sociedad como una unidad cultural —con variables o no— o como una pluralidad grupal que coincide en el método de zanjar diferencias.

No obstante, la elección del camino de las teorías del conflicto no nos resuelve mucho, porque hay una multiplicidad de teorías del conflicto y ninguna se adapta totalmente a nuestra realidad periférica. Aun cuando coincidamos en que cabe desechar las teorías del conflicto en que el poder se separa de la propiedad<sup>155</sup>, pues la función del sistema penal debe interpretarse dentro de un contexto socio-económico y de una forma de Estado<sup>156</sup>, no estamos convencidos de la idoneidad absoluta de las restantes para explicar la realidad de nuestras reacciones penales latinoamericanas en forma satisfactoria.

No podemos olvidar que no parece posible que haya criminología sin su correspondiente política criminal<sup>157</sup> y que,

<sup>154</sup> Massimo Pavarini, op. cit.

<sup>155</sup> Cfr. Alessandro Baratta, *Conflicto social e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, en "La Questione Criminale", 1, 1977, p. 9.

<sup>156</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Mallari, *Pena y estado*, en "Papers", Revista de Sociología publicada por la Universidad Autónoma de Barcelona, nº 13, 1980, p. 99; en el mismo, p. 165, ver Darío Melossi, *Las estrategias del control social en el capitalismo*.

<sup>157</sup> Cfr. Wolfgang Naucke, *Las relaciones entre la criminología y la*

por desgracia, es rigurosamente cierta la afirmación de Rosa del Olmo: "En América Latina no existe teoría criminológica, y mucho menos que corresponda a su realidad social y que pretenda explicarla. Lo que existe es un consumo mal digerido de teorías ajenas a nuestro medio, que sólo sirven al aplicarlas para distorsionar nuestra realidad"<sup>158</sup>.

Es verdad que en la actualidad tenemos un buen grupo de criminólogos que marchan en el continente por el sendero de las teorías del conflicto<sup>159</sup>, siguiendo los cauces de la "criminología crítica" de los países centrales y procurando senderos críticos propios.

Una buena parte de esta criminología reproduce en el campo que nos incumbe un debate más amplio que se desarrolla en el terreno de la sociología general, donde un sector insiste en la sociología como crítica social<sup>160</sup>, lo cual se extiende también a la antropología. Esta crítica sociológica no puede menos que orientarse con cierta imagen del hombre y, como bien sabemos, a cada imagen del hombre corresponde una idea del derecho, o sea, en términos un poco equívocos, un cierto "derecho natural"<sup>161</sup>. En el campo filosófico gene-

---

*política criminal*, trad. de Enrique Bacigalupo, en "Cuadernos de política criminal", Madrid, 1978, ps. 95 y ss.

<sup>158</sup> Rosa del Olmo, *Limitaciones para la prevención de la violencia. La realidad latinoamericana y la teoría criminológica*, en *Los rostros de la violencia*, cit., 1, ps. 295 y ss. (304).

<sup>159</sup> V., por ej., Lola Aniyar de Castro, ob. cit., y la importante bibliografía original y traducciones llevadas a cabo en la Universidad del Zulia; Rosa del Olmo, *Ruptura criminológica*, Caracas, 1979; Roberto Bergalli, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980; del mismo autor, *Crítica a la criminología; hacia una teoría crítica del control social en América Latina*, Bogotá, 1982; Juarez Cirino dos Santos, *A criminologia da repressão; uma crítica ao positivismo em criminologia*, Rio de Janeiro, 1979; del mismo autor, *A criminologia radical*, Rio de Janeiro, 1981.

<sup>160</sup> V. Bernhard Schäfers, *Crítica de la sociología*, Caracas, 1969; T. B. Bottomore, *La sociología como crítica social*, Barcelona, 1976; Norman Birnbaum, *Hacia una sociología crítica*, Barcelona, 1974; Istituto per la ricerca sociale di Francoforte, *Lezioni di sociologia, a cura di Max Horkheimer e Theodor W. Adorno*, Torino, 1966; Alvin W. Gouldner, *La sociología actual: renovación y crítica*, Madrid, 1979; Max Horkheimer, *Teoría crítica. Scritti 1932-1941*, Torino, 1974; H.C.F. Mansilla, *Introducción a la teoría crítica de la sociedad*, Barcelona, 1970; Wolf Lepenies y Helmut Nolte, *Crítica dell'antropologia*, Milano, 1978; Gérard Leclerc, *Crítica da antropologia. Ensaio acerca da história do africanismo*, Lisboa, 1973.

<sup>161</sup> Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1972.

ral se ha señalado que hay una cierta coincidencia metodológica entre la crítica que orienta a un sector de esta sociología y la de algunos "derechos naturales"<sup>162</sup>. Es difícil tomar posición en estas cuestiones y no creemos necesario hacerlo aquí, aunque algo debe haber de cierto, pues en nuestro campo nos parece que surge con suma claridad: si se critica al sistema penal, la lógica nos indica que eso debe traducirse en un derecho penal mejor —como decía Radbruch— o en algo mejor que el derecho penal (como dice ahora Baratta)<sup>163</sup>.

En este contexto general de crítica social surge la criminología crítica de los países centrales y también otros movimientos político-criminales importantes. Esta criminología ya no concibe al saber criminológico como una asistencia a la decisión práctica para la estrategia del control social<sup>164</sup>, con lo cual sus relaciones con el derecho penal se vuelven problemáticas, pues le cuestiona los límites a los cuales éste quería reducirla<sup>165</sup>, pero hace que hasta los más moderados admitan hoy que "todo derecho penal es relativo y toda sanción penal

<sup>162</sup> V. Johann Baptiste Metz, *Antropocentrismo cristiano*, Salamanca, 1972.

<sup>163</sup> Alessandro Baratta, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di Scienza Penalistica*, en "La Questione Criminale", año V, n.º 2, mayo-agosto de 1979, ps. 147 y ss.

<sup>164</sup> Cfr. Arbeitskreis Jungen Kriminologen, *Kritische Kriminologie, Positionen, Kontroversen und Perspektiven*, München, 1974, p. 15. Que la criminología actual es una criminología del sistema penal, puede verse, por ej., en los trabajos del seminario sobre conducta desviada editados por Lüderssen y Sack (*Seminar: Abweichendes Verhalten*, Nördlingen, 1982). Es indiscutible que esta visión debe tener sus consecuencias político-criminales. V., por ej., Lothar Kuhlen, *Normative Konsequenzen selectiver Strafverfolgung?*, en Lüderssen-Sack, op. cit., IV, ps. 26 y ss.; Wolfgang Naucke, *Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik, erörtert an neueren kriminologischen Schulrichtungen*, en el mismo, ps. 68 y ss. Un panorama de las distintas visiones contemporáneas en Hans Haferkamp, *Kriminalität ist normal*, Stuttgart, 1972, ps. 38 y ss.; Roberto Bergalli, *Crítica a la criminología*, cit., ps. 105 y ss.; Slawomir Redo, *The new criminology: the problem of etiology of crime*, en "Acta Universitatis Nicolai Copernici", 1979, p. 109; Wolfgang Keckeisen, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, München, 1976. Quizá la obra más difundida en Latinoamérica sea Taylor, Walton y Young, *La nueva criminología; contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, 1977.

<sup>165</sup> Aunque desde entonces la situación ha variado en cierta medida, es interesante el planteamiento en forma de corto-circuito de Ulrich Baumann, Th. Weigend y Ulrike Weintraud, *Kriminologie und Strafrecht-*



estigmatiza”<sup>166</sup>. La diferencia entre ambas criminologías se sitúa en la superación del paradigma etiológico<sup>167</sup>, aunque ha habido algunas discusiones al respecto<sup>168</sup>.

Sin embargo, por grandes que sean las ventajas de estas tesis críticas, no podemos olvidarnos que surgen en el contexto de los países centrales, como había surgido la teoría de Merton<sup>169</sup>, y dentro de una cierta estructura de poder. En estos países, la “vieja oligarquía”, integrada casi exclusivamente por los propietarios de los medios de producción y en la cual los técnicos, administradores y políticos cumplían un papel subordinado —análogo al que cumplía el burgués en la nobleza— fue reemplazada en la tecnodemocracia que se desarrolla a partir de la Segunda Guerra Mundial, por una nueva oligarquía, en que los técnicos y científicos tienen un lugar importante. Es discutible que los capitalistas mismos formen parte de esta nueva oligarquía, ya que las empresas son en buena parte manejadas por tecnócratas. Esta nueva oligarquía de los países centrales perfecciona sus vínculos con el Estado y sus medios de control sobre los ciudadanos<sup>170</sup>. La nueva oligarquía de los países centrales está mucho más vinculada al Estado que la anterior, pues “el neocapitalismo exige un Estado fuerte y

---

*Kooperation, Koexistenz oder Konflikt?*, en “Kriminologisches Journal”, 1972/2, p. 94.

<sup>166</sup> Documento de trabajo preparado por la Secretaría del Quinto Congreso de las Naciones Unidas, en: Antonio Beristain, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, 1977, p. 62.

<sup>167</sup> Roberto Bergalli, *La ideología del control social tradicional*, en “Doctrina Penal”, 1980, p. 805. Por supuesto que la afirmación no puede entenderse en el sentido de que ya no se pregunta “por qué”, sino en el de que el “por qué” va dirigido de otra manera: ¿por qué se criminaliza a unos y no a otros?, ¿por qué algunos son impulsados a realizar ciertas conductas para criminalizarlos?, etc.

<sup>168</sup> Sobre la cuestión acerca de si aún es válida la pregunta ideológica, pese al *labeling*, ha suscitado la polémica alemana entre Karl-Dieter Opp y Fritz Sack (cfr. los trabajos de ambos y los aportes de Kaiser, Kaupen, Haag, Engelhard, Goeschel, Kanleyss, Wetter, Feest, Endruweit, Haferkamp y Lautmann, en “Kriminologisches Journal”, 1972, cuaderno 1; sobre ello: Roberto Bergalli, *La recaída en el delito*, cit., p. 294.

<sup>169</sup> La explicación mertoniana se reelabora ahora, vinculándola con la alienación marxista, considerando el fenómeno como una forma de alienación cultural (así, Adam Schaff, *La alienación como fenómeno social*, Barcelona, 1979, p. 236.

<sup>170</sup> Maurice Duverger, *As modernas tecnodemocracias*, Rio de Janeiro, 1975, p. 139.

activo, capaz de regular el funcionamiento de la economía y mantener las relaciones necesarias para el crecimiento”<sup>171</sup>.

Juntamente con el fenómeno del surgimiento y consolidación de estas “nuevas oligarquías” se produce, por un lado, la crisis fiscal del Estado de bienestar y, por otro, una creciente criminalización de jóvenes de clase media<sup>172</sup> y una creciente intolerancia del cuerpo social<sup>173</sup>. Inmediatamente tiene lugar una crítica al sistema penal: “La administración de la justicia se está dando a conocer, en muchos países ‘desarrollados’, como una administración de la injusticia, que estigmatiza a las clases más pobres e impone valores de clase media o alta a grupos de ingresos más bajos. La corrupción y la discriminación se han puesto de manifiesto, y el interés por salvar los Derechos Humanos contra el poder arbitrario del Estado, ha hecho que se sospeche de servicios que antes se consideraban como confiables”<sup>174</sup>.

Comienza denunciándose como un instrumento de legitimación del control social impuesto por la clase media<sup>175</sup>. La pregunta sobre qué clase de penas son mejores se ha desplazado y en buen número de casos se pregunta si la pena misma es solución, o si es preferible diversificar las reacciones jurídicas atendiendo a la particular naturaleza de cada uno de los problemas tan heterogéneos que se pretende resolver con la pena<sup>176</sup>. Surgen las corrientes legislativas que pugnan por la descriminalización, la desinstitucionalización y la “diversión”<sup>177</sup>.

171 Íd., p. 145.

172 Cfr. Taylor, Walton y Young, op. cit., p. 294.

173 Philippe Robert y Pierre Lascoumes, *Les bandes d'adolescents. Une théorie de la ségrégation*, Paris, 1974, p. 436.

174 W. Clifford, *Sistemas penales de países “en vías de desarrollo”*, en “ILANUD al día”, 2, 4, 1979, p. 13.

175 Hans Haferkamp, *Mittelschichtinterne Sozialkontrolle und Legitimation von Unterschichtkriminalisierung, Zur Funktion der Erziehungsberatung in der BRD*, en “Kriminologisches Journal”, 1977/3, p. 161.

176 Louk Hulsman, *Penal reform in the Netherlands*, en “The Howard Journal of Penology and Crime Prevention”, XX, 1981, p. 150.

177 Sobre descriminalización, Council of Europe, *Report on Decriminalisation*, Strasbourg, 1980; Pio Marconi, *Decriminalizzazione e crisi dello Stato del Benessere*, en “La Questione Criminale”, 1981, p. 391; Enzo Musco, *Política criminal en Europa*, en “Doctrina Penal”, 1982, p. 99. Sobre desinstitucionalización en los países centrales: National

No se puede negar que todas estas coincidencias llaman la atención: la desinstitucionalización y la crisis y desprestigio de la "ideología del tratamiento" surge cuando tiene lugar una incapacidad o dificultad financiera para hacer frente a esos enormes costos; la descriminalización tiene lugar cuando los segmentos del sistema penal se vuelven peligrosamente criminalizantes para los mismos estratos en que se recluta a los tecnócratas del poder, al pretender realizar más efectivamente el Estado de Derecho; la crítica del sistema la impulsan intelectuales marginados del poder de decisión, pero que provienen de los mismos estratos en que el sistema recluta a los tecnócratas con poder de decisión.

Si bien es cierto que "del conocimiento de la posición social de un pensador no puede deducirse la verdad o falsedad de su afirmación"<sup>178</sup>, no es menos cierto que esa "posición social" debe, al menos, alertarnos, y que, en nuestro campo, tanto la criminalización como la descriminalización tienen sus ideologías y son caras de un mismo proceso<sup>179</sup>.

Es indiscutible que nuestros países periféricos no viven un proceso análogo al de los países centrales, pues sufrimos una interrupción o embotellamiento del proceso acumulativo, es decir, una superación sólo parcial de formas precapitalistas, fenómeno que no percibieron incluso destacados pensadores latinoamericanos<sup>180</sup>.

---

Institute of Corrections, *De-Instituzionalization of corrections and its implications for residual prisoners, United States discussion paper*, 6to. Congreso de las Naciones Unidas, 1980; National Prison and Probation Administration, *Measures of de-institutionalization in Sweden, an information paper prepared by the...*, 6to. Congreso de las Naciones Unidas, 1980; *United Kingdom Background Note on Agenda Item 6*, 6to. Congreso, 1980; National Statement of Japan, *Crime prevention and quality of life*, Tokyo, 1980, ps. 62 a 79; etc. Las alternativas a las formas clásicas: *Diversión. Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, edit. por Helmut Kury y Hedwig Lerchenmüller, Bochum, 1981; Gerhard Hanak, *Diversión und Konfliktregelung*, en "Kriminalsoziologische Bibliographie", 35, 1982, p. 1. Sobre alternativas al proceso penal, ver los trabajos de Hanak, Balog, Probst, Breitbach, en "Kriminalsoziologische Bibliographie", Wien, 1980, ps. 28 y 29.

<sup>178</sup> C. Wright Mills, en Mannheim, Merton y Mills, *Sociologia do conhecimento, organizado por Bertelli, Palmeira, Velho*, Rio de Janeiro, 1974, p. 127.

<sup>179</sup> Lola Aniyar de Castro, *Sistema penal y sistema social: la criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso*, en "Cuadernos de política criminal", n°14, 1981, ps. 345 y ss.

<sup>180</sup> Por ejemplo a Gilberto Freire, quien no logra explicar satisfac-

Hemos visto que esta característica determina que la marginación latinoamericana sea poco comparable con la de los países centrales, hasta el punto de que se altera el concepto mismo de marginación. Así, no sin cierto criterio atinado se dijo al respecto: "Partiendo de generalizaciones teóricas los grupos marginados fueron concebidos como aquellos que, no obstante ser miembros de la sociedad de un país, no llegan a penetrar la intimidad de sus estructuras. Como tales podría clasificarse a los pobladores periféricos de las grandes urbes, a los campesinos, a los indígenas. Desde un punto de vista económico, serían marginados todos aquellos grupos que, en lo urbano o en lo rural, se encuentran en ínfima situación ocupacional y de salarios y que, considerados en una estratificación socio-ocupacional, bien podrían calificarse de subproletarios"<sup>181</sup>.

En cierta parte, la marginación en los países centrales puede considerarse una "opción" —por cierto que legítima— pero en América Latina "es difícil aceptar que el 40% de la población de Brasil, casi el 90% de Haití, el 60% de Bolivia, cerca del 40% del Perú, más del 30% de México y Venezuela y alrededor del 70% de Guatemala hayan hecho la trágica opción de su propia marginación por analfabetos. Si la marginalidad no es una opción, el hombre marginado habrá sido excluido del sistema social y mantenido fuera de él, lo que quiere decir, que habría sido objeto de violencia"<sup>182</sup>.

No cabe duda de que aquí cualquier medida que tienda a reducir los márgenes de violencia tiene que modificar en cierto grado el modelo económico<sup>183</sup>.

Creemos que estas consideraciones bastan para alertarnos acerca del peligro de adoptar la crítica central sin discriminación, lo que podría reeditar la tradición de copiar políticas criminales que poco o nada tienen que ver con nuestra realidad.

---

toriamente la abolición de la esclavitud en el Brasil (cfr. Octavio Ianni, *Esclavitud y capitalismo*, México, 1976, p. 100).

<sup>181</sup> Instituto Ecuatoriano para el desarrollo Social, *Hacia la superación de la marginalidad*, Quito-Barcelona, 1972, p. 13.

<sup>182</sup> Paulo Freire, *Conscientização; teoria e prática da libertação*, Sao Paulo, 1980, p. 74.

<sup>183</sup> Cfr. Roisle Alair Metzker Goutinho, en Damásio Evangelista de Jesus y otros, *Violência e criminalidade; propostas de solução*, Rio de Janeiro, 1980, p. 180.

Si bien en algunos países, también se da el fenómeno de la creciente represión sobre sectores que antes no eran vulnerables al sistema penal, ello obedece a razones diferentes de las que operan en los países centrales.

En síntesis: carecemos de una teoría criminológica latinoamericana; nos vemos forzados a tomar elementos teóricos enviados desde los países centrales; somos conscientes de que esos elementos sólo nos pueden *auxiliar* a construir nuestras propias teorías.

Siendo impostergable la necesidad de establecer algunos lineamientos político-criminológicos, lo que presupone una teoría criminológica, que no puede menos que ser crítica, y llevándonos la crítica al terreno ontológico (filosófico), que es donde puede encontrar un terreno común con el derecho penal, y no teniendo disponible una teorización de tal refinamiento y profundidad, nos atrevemos a asegurar que los Derechos Humanos ofrecen el cuadro referencial, por el momento, más idóneo para que, desde puntos de vista distintos, hallemos una base firme en la cual asentar nuestra coincidencia crítica. Aunque es demasiado ambicioso, no estaría de más intentar el camino de una *crítica sincrética a los sistemas penales, fundada en un nuevo realismo sociológico orientado por los Derechos Humanos*. Quizá este propósito pueda parecer "difuso" y anticientífico frente a las sofisticadas elaboraciones de los países centrales, pero, pasando por alto las contradicciones internas inherentes a cualquier tentativa sincrética, puede representar un momento quizá ineludible ante nuestra realidad periférica, mucho más urgida por las carencias y violaciones a la dignidad humana.