

## II

### PRINCIPALES CONTENIDOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### A) INFORMACIÓN JURÍDICA (REPRESIVIDAD).

17. *Disposiciones constitucionales, del Código Penal y de las leyes penales especiales.*— Dividimos la información jurídica en dos partes: la que nos informa acerca de la *represividad excesiva* que compromete los Derechos Humanos, y la que nos informa sobre la ineficacia relativa, es decir, sobre los bienes jurídicos que el sistema penal deja desprotegidos o tutela insuficientemente. Desde un punto de vista formal puede argumentarse que cualquier represión excedente se traduce en una lesión, o sea, una insuficiente tutela. Sin embargo, creemos que es posible diferenciar la situación en que se afectan Derechos Humanos con el pretexto de tutelarlos y cuando se los afecta porque se omite directamente su tutela, razón por la cual adoptamos tal sistemática<sup>184</sup>.

Creemos que, como es lógico, corresponde comenzar el análisis de los preceptos constitucionales referidos al sistema penal, comparándolos con las disposiciones de la Convención Americana y estableciendo si son más amplios o restringidos en cuanto a las garantías penales y procesales penales. Igualmente cabe tener en cuenta el alcance que cada Constitución asigna a las suspensiones de derechos y los requisitos que las rodean y en qué medida, conforme a la jurisprudencia constitucional afecta las garantías del sistema penal<sup>185</sup>. Se analizarán las “actas”, “reglamentos”, “estatutos”, “actos” o cual-

<sup>184</sup> Ella nos fue aconsejada por Eduardo Novoa Monreal, en ocasión de comentarle el presente proyecto.

<sup>185</sup> “La fachada de un estado de derecho oculta todo el aparato represivo de un estado-policía”, Alfonso Reyes Echandía, *Los Derechos*

quier otro reglamento introducido por la vía que fuere y al que se le asigne igual o superior jerarquía que la Constitución.

Un fenómeno de particular importancia en Latinoamérica es la legislación penal "de facto", o sea, los actos de los poderes ejecutivos "de facto" que se emiten con fuerza de ley. La gravedad de este fenómeno resulta de la frecuencia con que tiene lugar la alteración del orden institucional, lo que cobra especial sentido negativo en lo que respecta a nuestra materia. Es conveniente establecer particularizadamente la magnitud del fenómeno, la importancia de las reformas introducidas y su contenido, puesto que esas reformas, por su origen, son más proclives a afectar Derechos Humanos que las que emergen de un Parlamento, aunque la regla no sea invariable.

En cuanto a la legislación penal no es posible analizar en forma agotadora todos los aspectos desde los cuales es posible "pensar en clave de Derechos Humanos" un código penal y las leyes penales especiales. No obstante, creemos que se puede sostener criterios básicos desde los cuales se obtenga el alfabeto de una lectura crítica, estimando que ellos deben estar dados por los niveles de *seguridad*, *represividad*, *selectividad*, *estigmatización* y *humanidad*.

Por "seguridad" entendemos el grado de certeza en cuanto a los límites de lo punible. Por "represividad" la general intensidad de las consecuencias penales. Por "selectividad" la medida en que permite o consagra privilegios o vulnerabilidad. Por "estigmatización" el grado de señalización social o jurídica que como consecuencia de la pena permite o consagra. Por "humanidad" la medida en que la tutela de bienes jurídicos responde al criterio de que el hombre es el único objeto definitivo de la tutela penal. Por último, quizá sea conveniente analizar la ideología general del código y los peligros que de esa ideología se pueden derivar para los Derechos Humanos. Aclaremos a continuación el sentido de cada uno de estos aspectos.

a) En orden a la "seguridad" será importante establecer el grado de tipificación "abierta" y su necesidad, los elementos descriptivos y normativos que incorpora y el grado de su precisión, los presupuestos de las consecuencias penales (especial-

mente cuando se trata de las llamadas “medidas”, que es donde más gravemente se pueden lesionar la seguridad y certeza), los elementos del ánimo, etc. Es importante tener en cuenta el problema de las “medidas”, porque hay una corriente idealista o positivista legal que, mediante el mero cambio del nombre de “pena” por el de “medida”, pretende eludir la legalidad, reserva e irretroactividad. Algo de esto se manifiesta en los textos de Brasil, Costa Rica y, en general, en los que siguen el modelo del llamado “código penal tipo”.

Por otro lado, corresponde tener en cuenta el volumen y complejidad de la llamada “legislación penal especial”. En nuestro continente esas leyes se han reproducido en forma alarmante, superando en muchos países al volumen legal alcanzado por el código penal. Por regla general, las disposiciones legales que suelen chocar más abiertamente con los Derechos Humanos se hallan en estas leyes. Su misma complejidad y desorden afecta la seguridad, pues esfuma los límites de lo legalmente prohibido. Tiende también a agudizar el carácter selectivo del sistema penal, pues penaliza un increíble número de conductas<sup>186</sup>, en forma tal que en modo alguno podrían ser penalizados todos los infractores, puesto que estaría criminalizada la mayor parte de la población. No obstante, esta penalización absurda tiene el efecto de permitir que el grupo de poder pueda seleccionar a gusto a quien quiere criminalizar, dado que extiende la vulnerabilidad en forma alarmante<sup>187</sup>. Esta legislación especial tiene frecuentemente más importancia que el mismo código, pues por ella se establecen —en forma expresa o tácita— reformas parciales al derecho penal que, aun cuando fuesen necesarias, siempre crean inseguridad y disparidad injustificadas en el sistema<sup>188</sup>.

b) En cuanto a la *represividad* debe ser analizado el sistema de consecuencias penales, ponderándose la amplitud que

<sup>186</sup> Una de las ventajas de la descriminalización es que ella ha puesto de manifiesto, en el curso de las discusiones que ha provocado, que no es posible incriminar cualquier conducta (cfr. Edwin M. Schur, *La tendencia hacia la descriminalización: algunas observaciones sociológicas*, en “Capítulo Criminológico”, 1, 1973, p. 81).

<sup>187</sup> En los últimos años se ha llamado a esto “el efecto perverso de la ley penal” (Elzinga y Bright, *The anti-trust penalties*, New York, 1976, p. 3 y 4).

<sup>188</sup> Cfr. Giuliano Vassalli, *L'expérience italienne en matière de réforme du Droit Pénal*, año 53, 3er. y 4to. trimestre de 1982, p. 966.

le concede a la privación de libertad (sea a título de pena o de "medida"), el grado de alternativas que admite a la privación de libertad, el restante cuadro de penas y su peso dentro del sistema total, etc. Por supuesto que se tendrá en cuenta si registra la llamada "pena de muerte".

c) En lo que toca a la *selectividad*, no es posible señalar cuándo o dónde pueden hallarse esos síntomas. En general suele percibirse en la regulación de la pena de multa, preferentemente cuando se refiere a su conversión en prisión, y en los criterios de cuantificación penal (agravantes y atenuantes). A este respecto será menester establecer si hay esfuerzos legales por atemperar el carácter selectivo del sistema penal, lo que puede tener lugar con disposiciones directamente referidas a la co-culpabilidad, como el art. 64, inc. 4, del código colombiano ("la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho") o el art. 66, inc. 11 ("la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio").

Cabe advertir que no se trata más que de ejemplos, pues los caracteres selectivos pueden aparecer bajo cualquier forma en las disposiciones más inimaginables (por ej., el código argentino consagra un criterio selectivo en el inc. 3 del art. 13, al establecer el trabajo como condición a que debe someterse el liberado condicional, "si no tuviese medios propios de subsistencia").

d) En lo que hace a la *estigmatización*, en el plano legal son importantes las disposiciones sobre reincidencia, habitualidad, inhabilitación y rehabilitación, registro de condenas, consecuencias de la condenación condicional, etc.

Así, por ejemplo, uno de los códigos claramente estigmatizantes es el argentino, particularmente en la interpretación de cierta doctrina y jurisprudencia que fue hecha ley en 1967 y 1976: la condenación condicional se cuenta a los efectos de la reincidencia y de la habitualidad, aun cuando hubiese transcurrido el plazo de condicionalidad; cualquier condena a pena privativa de libertad se tiene en cuenta para la habitualidad mientras viva la persona; la declaración de reincidencia la carga la persona toda su vida; no se prevé cancelación alguna del antecedente del registro de reincidencia; etc.

e) Volveremos luego a considerar aspectos vinculados con los bienes jurídicos tutelados. Aquí nos limitaremos a mencionar ciertas deformaciones que surgen de la dispar valoración de ciertos bienes, lo cual indica el nivel de *humanidad* de una legislación (en el sentido que hemos indicado y que se vincula en forma estrecha con su *racionalidad*). La ideología de los Derechos Humanos, en definitiva, no considera al hombre como el bien de mayor jerarquía, sino como el titular de todos los bienes jurídicos, titularidad que puede ser individual, plural o de toda la comunidad (de hombres).

En este sentido, no puede haber duda de que de la vida humana dependen los restantes bienes jurídicos. No obstante, hay textos legales en que esta valoración se altera sustancialmente, como sucede en los textos en que es más grave el homicidio en la persona de un funcionario público por su calidad de tal, que el parricidio mediante envenenamiento “*crimis causa*”.

Por lo general no es difícil desentrañar la ideología de un código penal, aunque justo es señalar que hay algunos elementos que suelen superponerse y que oscurecen el planteo ideológico, lo que resulta más frecuente en Latinoamérica, por efecto de las múltiples reformas parciales. Ello genera graves contradicciones dentro de la misma ideología legal. Mucho más difícil se hace establecer la filiación ideológica de toda una legislación penal, pues las leyes especiales suelen reconocer tendencias dispares dado que, por regla general, se van acumulando como recuerdos represivos de distintos períodos históricos. De toda forma, en los casos en que resulte factible, vale la pena intentarlo.

18. *Legislación contravencional y otras leyes paralelas.*— La legislación contravencional, como hija menor o hermana desheredada de la coerción penal, es mirada con cierto desprecio por el penalista. Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal y de los Derechos Humanos, es uno de los capítulos más importantes de la legislación penal. Ello obedece a las siguientes razones: 1°) Es la que se halla en relación más inmediata con el ciudadano común, que a través de ella vivencia la imagen de todo el sistema penal. 2°) Debido a las escasas garantías que suelen rodearla, con el pretexto de su

menor cuantía o de su pretendido carácter no penal o administrativo<sup>189</sup>, es un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación de la dignidad humana, la penetración de los ámbitos de privacidad, etc. 3°) Dadas estas características, resulta un formidable instrumento de control social, que tiene incluso más importancia práctica que el código penal, puesto que penetra ámbitos en los que aquél por lo general no puede penetrar (espectáculos públicos, libertad de creación artística, de crítica social, religiosa, de reunión, etc.). 4°) La legislación contravencional, aplicada en forma arbitraria, es una de las vías más efectivas por las que la reacción penal puede condicionar carreras criminales y estigmatizar socialmente a las personas.

Una legislación contravencional terrorista, como la que rige en algunos países —por ej., la Capital Federal de la Argentina<sup>190</sup>— es capaz de infundir un permanente temor público que neutraliza todos los beneficios que para la convivencia pueden derivarse de las garantías que rijan el restante ordenamiento penal.

A este respecto es fundamental saber si la legislación contravencional reúne los mismos requisitos de seguridad que la legislación penal en general y si a su respecto rigen las garantías procesales elementales y, fundamentalmente, la jurisdiccionalidad. Es importante analizar los tipos que abarca esta legislación y desentrañar su signo ideológico. Tenemos la certeza de que en buen número de casos puede resultar una contradicción abierta entre la ideología proclamada constitucionalmente o por vía del código penal y la que surge de esta legislación.

Será necesario no perder de vista que las permanentes tentativas de sustraer la materia contravencional del ámbito judi-

<sup>189</sup> Sobre todas las teorías que se han inventado o instrumentado para sustraer el orden contravencional al sistema penal, Heinz Mattes, *Die Problematik der Umwandlung der Verkehrübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, en ZStW, 1970, ps. 25 a 39. El autor ha realizado la más completa investigación sobre el tema, que se halla en curso de publicación póstuma, llevada a cabo por Herta Mattes (ver el primer volumen, que abarca historia y derecho comparado: *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Berlin, 1977, del que hay traducción castellana).

<sup>190</sup> José Félix Bernaus, *Derecho contravencional; edictos policiales comentados*, Buenos Aires, 1981.

cial, impulsada por la formidable potencia de la misma como instrumento de control social, han llevado a una dispersión de la legislación contravencional en normas de cualquier jerarquía, lo que dificulta su individualización en cada país. Por ello no debe procederse con criterio formal, sino material: no interesa el ámbito en que se regule la materia misma.

Aparte de la legislación contravencional se difundió en una época por Latinoamérica la tesis de la "peligrosidad sin delito"<sup>191</sup>, quedando aún hoy leyes vigentes en tal sentido. Entendemos que esas leyes son manifestaciones ideológicas que ponen en serio peligro las garantías establecidas en la Convención<sup>192</sup>, por lo cual deben ser cuidadosamente estudiadas y analizadas.

Es necesario tener en cuenta que tanto la legislación contravencional como la de peligrosidad y, en algunos casos, los mismos códigos penales, pueden cumplir funciones de estigmatización y selección de personas en razón de sus elecciones de objeto sexual o por el ejercicio de la prostitución. La marginación de minorías sexuales y su estigmatización y vulnerabilidad al sistema penal, son fenómenos bien estudiados por todo el mundo y que han dado lugar a la formación de iniciativas civiles importantes<sup>193</sup>. Las minorías sexuales pasaron de un estado de opresión a la aceptación social de su "ghettización" en regiones o barrios especializados de las grandes urbes y ahora en los países centrales comienzan a tener éxito en su

<sup>191</sup> Mariano Ruíz Funes, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, La Habana, 1948.

<sup>192</sup> V. Tosca Fernández A., *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, 1977; José M. Rico, *Les législations hispano-américaines de dangerosité sociale: evolution et signification*, en "Revista Mexicana de Ciencias Penales". *Estudios en homenaje al doctor Alfonso Quiroz Cuarón*, III, julio de 1979 - junio de 1980, p. 291.

<sup>193</sup> V., por ej., los alegatos del "Frente homosexual de acción revolucionaria", *Documentos contra la normalidad*, Barcelona, 1979; autores varios (edición a cargo de J.R. Enríquez), *El homosexual ante la sociedad enferma*, Barcelona, 1978; Mario Mieli, *Elementos de crítica homosexual*, Barcelona, 1979; el muy conocido de André Gide, *Corydon*, trad. port., Rio de Janeiro, 1969; etc. La literatura de la marginación está muy bien estudiada en Hans Mayer, *Historia maldita de la literatura. La mujer, el homosexual, el judío*, Madrid, 1982; en lo que respecta a la marginalización es bien recordado el caso de Oscar Wilde, sobre el cual puede verse: Gide, *Oscar Wilde*, Santiago de Chile, y la edición de *De profundis*, trad. de José Emilio Pacheco, Barcelona, 1980.

campana por la libre aceptación de sus estilos de vida<sup>194</sup>. En los países periféricos latinoamericanos, por lo general se hallan entre el primer y el segundo período y comienzan a surgir muy tímidos reclamos del tercero, aunque la situación no es idéntica en todo el continente. Por lo general, el instrumento de criminalización es la legislación contravencional, es decir, de naturaleza policial y no penal. Por ello, debe extremarse la atención en cuanto a esta legislación, dado que en la casi totalidad de los países del área, formalmente en los códigos penales no se hace discriminación alguna por la elección de objetos sexuales, lo que pareciera ponernos a la vanguardia de muchos países centrales a este respecto —p. ej., Alemania Federal derogó la disposición incriminatoria hace diez años<sup>195</sup>—, cuando en realidad se filtran fortísimas criminalizaciones y discriminaciones por vía de la aparente lenidad del orden contravencional, o bien por la vía de la “peligrosidad sin delito” y, más raramente de las “medidas curativas”<sup>196</sup>.

En cuanto a la prostitución, el problema finca en saber si en el código penal se protege la dignidad humana penalizando las conductas de los explotadores en sus distintas modalidades<sup>197</sup>, pero, por otro lado, es necesario asegurarse de que la ley represiva no criminalice a las víctimas de la explotación ni a la persona que elija libremente ese medio de vida o que lo asuma como consecuencia de circunstancias sociales (hipótesis improbables, pero que en caso de darse sólo deben ser materia de asistencia social no coercitiva ni estigmatizante). El sistema abolicionista —que es el preconizado por la ONU— en modo alguno pretende penalizar a la persona que ejerce la prostitución, pero en la práctica, por vía de la legislación con-

<sup>194</sup> Cfr. Hans Grünberger, *Organisationsformen homosexueller Lebensstile: Subkultur, Selbstorganisation oder Schwulenbewegung?*, en “Kriminologisches Journal”, 1982/1, p. 7.

<sup>195</sup> La supervivencia de la criminalización penal, que no se observó mucho en la práctica, parece haber obedecido a evitar el pago de las indemnizaciones de guerra por los asesinados por el nazismo, que fueron 220.000 según la Iglesia Luterana Austríaca (cfr. John J. Mc Neill, *La Iglesia ante la homosexualidad*, Barcelona, 1979, p. 125.

<sup>196</sup> Se proponían en el anteproyecto argentino de 1974-1975.

<sup>197</sup> Sobre criminalidad organizada en torno de la prostitución, Armand Mergen, *La prostitución*, en autores varios, “Sexualidad y crimen”, versión castellana de Enrique Gimbernat, Madrid, 1969, p. 169; sobre el punto de vista del feminismo norteamericano, Kate Millett, *Prostituzione. Quartetto per voci femminili*, Torino, 1975.



travencional o de la peligrosidad, es frecuente que esas personas sean penalizadas, lo cual es una nueva fuente de explotación para la víctima y de corrupción policial y administrativa, además de dar lugar a un "fichaje" policial estigmatizante que, en forma directa, obstaculiza a la persona cualquier tentativa de cambiar su forma de vida. Aparte de lesionar la dignidad humana, estas disposiciones hacen que, en definitiva, la autoridad policial que procede en nombre de una supuesta "moral pública", en realidad esté actuando en forma conjunta con los explotadores de la prostitución, al condicionar la "carrera" de la persona, todo ello, siempre y cuando esta conjunción no sea expresa y abierta, como resultado del peligro de corrupción que esta facultad arbitraria de injerencia en vida sexual puede generar.

Es sabido que el número de mujeres criminalizadas es muy inferior al de hombres<sup>198</sup>, lo que revela que la posición de sometimiento de la mujer permite que se la controle por vías no institucionalizadas<sup>199</sup>. Las explicaciones que atribuían la menor criminalización a razones biológicas que justificaban su menor participación social y a la prostitución como "equivalente" del delito, han perdido todo prestigio al revelarse, justamente, que la posición de sometimiento es lo que genera la menor participación y la prostitución.

En general, es bueno tener presente, al analizar esta legislación —como también la indicada en el párrafo 21— que estas facultades arbitrarias pueden perjudicar seriamente las pautas de vida de cualquier comunidad y su desarrollo cultural, artístico, religioso, etc. En nuestros países ha cundido la llamada "doctrina de la seguridad nacional" que, como toda tesis autoritaria, tiende a una "igualación moral" de la población. No obstante, sería injusto afirmar que es la única doctrina que tiende a ese objetivo, puesto que los autoritarismos no son nada extraños en nuestro continente. Como resultado de

<sup>198</sup> El porcentaje de mujeres criminalizadas y en prisión en América Latina, en: An-Magritt Jensen, *Características de la criminalidad femenina en tres países latinoamericanos: Panamá, Costa Rica, Colombia*, San José, 1979, ps. 66 y 67.

<sup>199</sup> Sobre criminalidad femenina los trabajos reunidos en los cuadernos 4, de 1978, del "Kriminologisches Journal" y 23/24 de la "Kriminalsoziologische bibliographie", 1979; muy especialmente, Teresa Miralles, en Bergalli y otros autores, *El pensamiento criminológico*, t. II ("Estado y control"), Bogotá, 1983, ps. 121 a 178).

ello, no es tampoco extraño que el grupo de poder de turno identifique como potencialmente "subversiva" a cualquier minoría cultural o a cualquier manifestación grupal que no responda a las pautas morales que quiere imponer a toda sociedad. Un grupo de poder que se lance a imponer una "moral", tiene en la legislación contravencional, de peligrosidad sin delito y policial, los instrumentos legales para desbaratar cualquier tentativa grupal de dinamización cultural, como también para imponerse a los otros grupos, aun cuando no se trate de minorías.

Debemos tener en cuenta que, en los países centrales, diferentes grupos de marginados han promovido iniciativas civiles que llamaron la atención acerca de la violación de los Derechos Humanos a su respecto<sup>200</sup>, pero en lo que a las sociedades latinoamericanas concierne, cabe observar que, por vía de estas legislaciones, pueden reducirse las ocasiones de encuentros que tiendan a un cierto reforzamiento cultural con la integración de esos grupos, ocasiones que los autoritarismos reducen aún más, por efecto de su temor ante cualquier manifestación popular masiva y por el peligro de fricción que generan estos encuentros, particularmente cuando los grupos humanos están sometidos a circunstancias "stressantes"<sup>201</sup>.

La interferencia en la vida civil que posibilita esta legislación —generalmente olvidada, despreciada y descuidada en grado sumo— puede ser un serio obstáculo para la superación de los actuales niveles de violencia en nuestras sociedades. Recordemos que "entre los mecanismos que hoy hallamos viables para vencer la violencia y para marchar hacia cambios del sistema en el sistema, mencionamos la *participación* del pueblo en su propia marcha, a través de asociaciones de barrios, de comunidades de base, de sindicatos, de grupos que se asocien para discutir sus problemas y buscar soluciones a los mismos. Los espacios de participación son lugares privilegiados para que la gente se exprese"<sup>202</sup>.

<sup>200</sup> Sobre distintos grupos marginados que han promovido iniciativas civiles en España, ver: Javier López Linage, *Grupos marginados y peligrosidad social*, edición a cargo de..., Madrid, 1977; ver también la bibliografía que indica en ps. 298 a 300.

<sup>201</sup> Cfr. Bronislaw Malinowski, *Magic, science and religion and other essays*, New York, 1954, p. 65.

<sup>202</sup> Zinalda Castelo Branco Puty, Cláudio Fleury Barcellos y Eduvaldo Daniel, *Violência urbana*, Rio de Janeiro, 1982, p. 147.

Nadie puede tener dudas de que las sociedades latinoamericanas reconocen grupos culturalmente muy diferenciados y que, por regla general, con el urbanismo, se concentran grupos culturales de inmigrantes, incluso nacionales, cuyas pautas son rechazadas por los grupos ya asentados o que los precedieron en la inmigración y que suelen ser rechazados y estigmatizados, como resultado de los conflictos intergrupales por el espacio que les vienen a disputar a los grupos establecidos. No suelen ser extraños a estos conflictos los componentes de ideologías racistas<sup>203</sup>. Las investigaciones empíricas han demostrado que no es verdad que los inmigrantes sean los más pobres o los más desadaptados<sup>204</sup>. Los mecanismos de selección para emigrar son variados, aunque hoy nadie lo haga por sorteo como entre los longobardos<sup>205</sup>, lo cual revela la falsedad del prejuicio criminalizante con que parece perseguírseles.

Estas consideraciones son suficientes para destacar la gravedad del problema cuyo análisis requerimos y que, por regla general, resulta despreciado por el penalista y por el criminólogo, que lo dejan de lado en razón de su "menor gravedad". Es éste uno de los claros casos en que el discurso jurídico oculta la real significación social de esta legislación.

19. *Legislación de ejecución penal y procesal penal.*— Un sistema penal no puede pensarse sin una referencia analítica profunda a las leyes que pretenden regular la realización de la legislación penal y a las que hacen lo propio respecto de la forma de ejecución y de sus consecuencias.

<sup>203</sup> Incluso quienes rechazan cualquier resabio racista en Brasil, deben advertir la mayor pobreza del negro y su neto predominio en la favelización. V., por ej., Joao Benedito de Azevedo Marques, *Marginalização: menor e criminalidade*, Sao Paulo, 1976, p. 180. Está claramente probado que la clase media paulista estigmatiza a los nordestinos como "violentos" (cfr. Instituto Gallup de opinión pública, en "Ciência Penal", 1, 1980, ps. 3 y ss. Sobre la criminalización de extranjeros en los países centrales, en el caso de Alemania, ver: Helmut Richter, *Kulturkinflikt, soziale Mangellage, Ausländer-Stigma. Zur Kriminalitätbelastung der männliche, ausländischen Wohnbevölkerung*, en "Kriminologisches Journal", 1981/4, p. 263; Bielefeld, Kreissl y Münster, *Junge Ausländer in Konflikt*, München, 1982; Peter Alexis Albrecht y Christian Pfeiffer, *Ausländer vor Gericht*, en "Menschen vor Gericht", edit. por Rudolf Wassermann, Darmstadt, 1979, p. 157.

<sup>204</sup> Cfr. Leticia Ruiz de Chavez P., *Marginalidad y conducta antisocial en menores. Estudio exploratorio*, México, 1978, p. 23.

<sup>205</sup> Cfr. Jürgens Misch, *Il Regno Longobardo d'Italia*, Perugia, 1979, p. 26.

La legislación procesal penal debe ser sometida a rigurosa crítica en cuanto al grado de recepción de los principios consagrados en el art. 8 de la Convención Americana. Conforme a lo que ya manifestáramos, si bien todos los aspectos son importantes, no puede olvidarse la primordial importancia que presenta la regulación de las medidas precautorias y preventivas privativas de la libertad y las condiciones para obtener y conservar la libertad durante el proceso. Es sabido que en esa regulación pueden violarse seriamente los principios de igualdad e inocencia (art. 8, nº2), convirtiéndose el proceso en selectivo por vía de la fianza o caución real. Igualmente, la falta de garantía de la condición requerida por el art. 8, 2, *a* (asistencia de intérprete) puede ser gravísimamente selectiva en países con población indígena en que amplios sectores de ella no hablen la lengua nacional.

Debe tenerse particular cuidado en investigar la amplitud de las facultades de la autoridad policial y el valor probatorio de las actuaciones policiales. Es obvio que si dichas atribuciones son directamente judiciales, en el supuesto en que por ley tengan pleno valor los actos realizados por la autoridad policial y sea válida la confesión rendida ante dicha autoridad, queda violada la garantía del art. 8, número 2, como también la del número 3. Del mismo modo, se deben estudiar las facultades de la autoridad de instrucción para disponer el secreto de las actuaciones y la incomunicación del detenido, facultades que pueden lesionar las garantías del art. 8, número 2, *b* y *d*. En cuanto a las condiciones de publicidad (art. 8, nº5), debe indagarse si ellas no se conculcan con un sistema escrito que desvirtúe cualquier consagración a nivel de enunciado formal.

Es necesario tener mucho cuidado en el análisis de la legislación procesal, pues muchas veces cambian las palabras pero se mantienen instituciones inquisitoriales que arrasan con las garantías judiciales. Puede parecer exagerada, pero no lo es tanto, la afirmación de un autor, que dice que hoy "la sospecha se llama prevención; la ley de sospecha, ley de prevención; el herético, desviado; los fieles, las masas; la abjuración, autocrítica; la cárcel dura, cárcel especial; los inquisidores, instructores; la inquisición, piedra fundamental de la Iglesia, fue trasformada en servicios secretos, baluartes de la república (con la misma importancia de entonces); el proceso

por una sospecha, se llama proceso de prevención; la condena (por una sospecha) se la disfraza con una absolución por falta de pruebas (esto es un hallazgo que merece el Oscar de la hipocresía)”<sup>206</sup>.

En cuanto a la *ejecución penal*, deberá estudiarse la regulación de sus distintos aspectos teniendo en cuenta que una ley de ejecución no es realizadora ni respetuosa de Derechos Humanos porque enuncie pomposamente la necesidad de garantizarlos, sino porque regule meticulosamente las facultades, funciones, controles, etc., de la autoridad de ejecución y porque establezca un eficaz y práctico control judicial sobre ésta. Es muy importante tener en cuenta que la vida de la persona institucionalizada se desarrolla en un marco de valores y circunstancias en los que cobran un interés fundamental muchos aspectos que no son percibidos fuera del ámbito de la institucionalización: la facultad de disponer traslados (que funcionan como sanciones y premios), la posibilidad de recibir y manejar dinero, ropa, comida, etc. (que son formas que pueden fomentar una ejecución selectiva), la regulación de la lectura, creatividad, individualidad, etc. (que son formas de conservar un ámbito propio dentro del marco institucional y que también pueden devenir instrumentos de despersonalización), la regulación del derecho de visita, de la práctica deportiva, del acceso a los periódicos y medios de comunicación masiva, de la asistencia espiritual, de la sexualidad, de las sanciones y de su control por autoridad judicial, de las condiciones de las “requisas” y de su control, etc.<sup>207</sup>.

Las normas ejecutivas no sólo deben buscarse en las leyes, sino también en los reglamentos de los establecimientos, todo lo cual se debe estudiar con suma atención y siempre *con sentido crítico desde el punto de vista de la agresión a la personalidad que posibiliten en la situación del institucionalizado*.

<sup>206</sup> Italo Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa, Sospettare e punire, Il sospetto e l'Inquisizione Romana nell'epoca di Galilei*, Milano, 1979, p. 482. Sobre el sobreesimiento “provisional” como “pena sin sentencia”, también José M. Rico, op. cit., p. 340.

<sup>207</sup> Sobre problemas actuales y discusiones en distintos países hay una enorme bibliografía. V., por ej., Elías Neuman, *El problema sexual en las cárceles*, Buenos Aires, 1982; Franco Bricola, *Il carcere “riformato”*, Bologna, 1977; Davide Melodia, *Carcere: riforma fantasma*, Milano, 1976; Augusto Thompson, *A questao penitenciária*, Rio de Janeiro, 1980.

Está claro hoy que la violación al art. 5, número 2, no sólo tiene lugar mediante la producción de dolor físico o de la degradación brutal y abierta, sino también por cualquiera de los medios que en situación de no institucionalizado carecen de importancia, pero que en la situación de defensa de su personalidad que ensaya la persona institucionalizada frente a la agresión a ella que ineludiblemente entraña la institucionalización, cobran principalísima jerarquía. La verdadera garantía de los Derechos Humanos no se hallará, pues, en una declamación legal, sino en la declamación cuidadosa de todos estos aspectos vitales para la persona institucionalizada.

En general, sabemos que la pena privativa de libertad tuvo su origen en la revolución industrial y que su objetivo fue utilitario<sup>208</sup>, aunque el discurso ideológico haya sido humanitario. En definitiva, de lo que se trata hoy es de desentrañar en qué medida la cárcel continúa instrumentalizada con burdo sentido utilitarista, lo cual significa mediatizar al hombre encerrado, es decir, desconocerle su calidad de persona. Para ello se hace indispensable una disciplina normativa regida por el principio de legalidad<sup>209</sup> y sería muy conveniente pensar en algún control internacional para verificar el grado de cumplimiento de las reglas mínimas<sup>210</sup>.

Cabe observar que un aspecto que hace a la buena fe del sistema penal —y que, por ende, no puede quedar fuera del

<sup>208</sup> V., especialmente, Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1979; Georg Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978; Elvio Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980; Michael Ignatieff, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, Milano, 1982. Si bien hay una polémica sobre el origen exacto de la prisión entre Bohne y Von Hippel, en la que terció Eb. Schmidt (para el primero surge en los estatutos italianos, para el segundo aparece en Holanda en 1600 y para el tercero en Inglaterra) y luego Norwal Morris sostiene que es invención de los cuáqueros de Pennsylvania (sobre ello ver Carlos García Valdez, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, en "Cuadernos de política criminal", 1, 1977, p. 40), se trata de una discusión anecdótica, porque lo realmente histórico es que se generaliza su uso con el industrialismo.

<sup>209</sup> Cfr. René Ariel Dotti, en Damásio Evangelista de Jesus y otros, *Violência e criminalidade. Propostas de solução*, Rio de Janeiro, 1980, p. 143.

<sup>210</sup> V. para el ámbito europeo: Council of Europe, *Report on the standard minimum rules for the treatment of prisoners*, Strasbourg, 1980, p. 11.

análisis de la legislación penitenciaria— es el de la asistencia a liberados.

20. *Legislación penal militar, de servicio militar y disposiciones concernientes a tribunales especiales.*— Aun cuando en todos los países no hay un código de justicia militar, la mayoría tiene regulada la materia de esta forma, siguiendo la tradición hispánica o portuguesa<sup>211</sup>. Se reconoce con ello la necesidad de regular la materia en forma particular, en razón de su contenido diferenciado. Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, entendemos que nos incumbe analizar las disposiciones de estos textos para averiguar si satisfacen los requisitos de la Convención en situación que no sea de guerra o de necesidad terrible.

Más complicado es el análisis de las disposiciones penales y procesales militares para tiempo de guerra o de necesidad terrible o terribilísima, pues indiscutiblemente se deben tener en cuenta estas circunstancias, lo cual requiere una valoración no siempre unánime.

De cualquier manera, hay algunas pautas que pueden objetivarse bastante en clave de lectura de Derechos Humanos en estos textos. Así, por ejemplo, el capítulo III (arts. 82 a 108) del Convenio de Ginebra sobre trato a los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949, establece un sistema de sanciones y pautas procesales para delitos cometidos por prisioneros de guerra que la más elemental lógica jurídica indica que no puede ser más generoso que el que se depara al propio soldado nacional. De este modo, este instrumento legal del Derecho Humanitario nos puede ser útil para la crítica del derecho penal militar nacional en cuanto a los Derechos Humanos, sirviéndonos de pauta objetiva en tiempo de guerra.

Es importante tener en cuenta que esos textos pueden incurrir en protección insuficiente de bienes jurídicos importantes, como la vida del inferior, a la vez que pueden conculcar garantías básicas, como la de defensa, o hacer una selección personal que desfigure todo el sentido de la especialidad penal militar (así, privilegiar al militar frente a los civiles, a los oficiales frente a la tropa, etc.).

<sup>211</sup> La bibliografía penal militar latinoamericana no es muy rica. V. la indicada en Zaffaroni y Cavallero, *Derecho Penal Militar; lineamientos de la parte general*, Buenos Aires, 1981.

Un párrafo aparte merece el sometimiento de civiles a tribunales militares o a tribunales especiales, que a nuestro juicio es contrario al art. 8, número 1, de la Convención<sup>212</sup>, salvo en virtud de disposiciones vigentes únicamente en situaciones totalmente extremas y excepcionales e incluso es bastante discutible en tales circunstancias.

Es menester estudiar las previsiones y límites de estas competencias especiales y la integración y garantías que ofrecen los tribunales.

Corresponde analizar igualmente las disposiciones sobre servicio militar obligatorio, puesto que pueden llegar a ser un medio de sustraer a una masa muy grande de personas a la legislación ordinaria. De cualquier modo, el servicio militar obligatorio constituye en muchos casos una violencia que puede afectar Derechos Humanos. Una particular regulación indicadora de la medida de la sensibilidad de una legislación a los Derechos Humanos es el reconocimiento de la llamada "objeción de conciencia", cuya relevancia es conveniente indagar en cada país.

21. *Facultades administrativas de detención ordinarias y extraordinarias. Reglamentación del uso de armas por particulares, por las fuerzas de seguridad y policía o custodia privada.*— Es necesario establecer cuáles son las facultades de detención que tiene la autoridad administrativa, si son racionales y de qué garantías se rodean. Es frecuente que haya leyes que autoricen la detención con fines de identificación, lo cual puede ser instrumentado arbitrariamente por la autoridad policial, como una "sanción sin norma", lo cual es violatorio del art. 7, número 3, de la Convención.

De nada vale la totalidad de las garantías penales y procesales si se autoriza a los empleados policiales a privar de libertad arbitrariamente a una persona, aunque sea por corto tiempo. Esto es suficiente para que se organice un sistema intimidatorio en base a pequeñas privaciones de libertad sin control judicial —que suelen ser vejatorias— y que por lo general va dirigido contra sectores bien identificados de la población.

Se ha dicho con razón que "uno de los principales proble-

<sup>212</sup> V., por ej., las disposiciones vigentes en la Argentina, Brasil, Chile, Colombia, etc.



mas con que debe enfrentarse una sociedad democrática es el referente a la manera de garantizar eficaz y satisfactoriamente la protección de los ciudadanos contra el poder arbitrario, el abuso o la indiferencia de la policía<sup>213</sup>. Cabe observar que esta situación contrasta abiertamente con la de los países centrales, donde incluso se considera importante que las facultades policiales se ejerzan según el rango que el funcionario tenga en el cuerpo, para prevenir “el abuso que pueda resultar de atribuir poderes amplios a un funcionario relativamente joven o no calificado”<sup>214</sup>. Al mismo tiempo es menester tener presente que el poder selectivo de la policía en el sistema penal es superior al que desempeña la legalidad o la tipificación<sup>215</sup>.

Con igual atención es necesario estudiar críticamente las leyes u ordenanzas o reglamentos que rigen el uso de armas de fuego por parte de las fuerzas de seguridad, puesto que pueden implicar una violación al art. 4, número 1, de la Convención. Cabe recordar que “las armas de fuego son el último recurso de fuerza física a disposición de la mayoría de las policías, y la cuestión de cómo y cuándo estas armas deben utilizarse afecta a las normas de actuación de la policía...”<sup>216</sup>.

Del mismo modo, la reglamentación de la tenencia y portación de armas de fuego por particulares, puede configurar la consagración de una selectividad que dé lugar a que se arme un grupo de población contra otro, lo cual puede cobrar relevancia también en cuanto a esas disposiciones referidas a los servicios de vigilancia o policía privada.

Un capítulo importante de las disposiciones administrativas que tienen naturaleza penal material, lo constituye la legislación migratoria y de nacionalidad, pues por esta vía se pueden imponer penas sumamente severas, que para algunas

<sup>213</sup> José M. Rico, op. cit., p. 324.

<sup>214</sup> Cfr. G.E.P. Brouwer, *Of Gladiators and Grand Inquisitors*, en Association Internationale de Droit Pénal, Australian section, 1980, “Coloquium”, Sydney Law School, Sydney, 1981, p. 11.

<sup>215</sup> Cfr. la bibliografía e investigaciones citadas por Roberto Bergalli, *La recaída en el delito*, cit., p. 261.

<sup>216</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. 76. Sobre la importancia sociológica de la difusión de las armas de fuego, Alessandra Luzzago, *Il ruolo criminogenetico della diffusione delle armi da fuoco*, en “Rassegna di criminologia”, 1980, p. 273.

personas tienen efectos confiscatorios y para otras prácticamente mortales. Se trata de una de las vías más usuales para violar el principio de igualdad e incurrir en gravísimas discriminaciones. Un medio frecuente de burlar las garantías laborales y de obtener mano de obra barata es negar los derechos laborales a los inmigrantes “indocumentados”.

22. *Legislación de menores.*— El sistema penal extiende su mano sobre los menores en forma que puede resultar lesiva de Derechos Humanos en grado sumo: el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como “derecho tutelar” ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años<sup>217</sup> y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etc. Con razón se ha observado “que en el sistema de justicia juvenil se ha desarrollado un estado de dualismo institucionalizado, produciendo una retórica oficial de prevención, protección y diversificación, y un patrón de acción extraoficial, no sancionado, pero penetrante, que es reactivo, autoritario, punitivo”<sup>218</sup>.

Esto evidencia que ya no es tolerable la indiscriminada institucionalización de los menores. No podemos pasar por alto que la institucionalización de un menor tiene un efecto biográficamente mucho más grave que la de un adulto. Ante esta circunstancia, un elemental sentido de respeto a la dignidad humana demanda que la institucionalización del menor quede prácticamente suprimida o convertida en un recurso excepcional, de corta duración y en vías de total desaparición<sup>219</sup>.

217 V. en los Estados Unidos el famoso “caso Gault” (sobre ello: B. James George, *Gault and the Juvenile Court Revolution*, Michigan, 1968; Peter P. Lejins, *Le probleme de la delinquance juvenile aux Etats-Unis*, en “26 Curso Internacional de Criminología”, San Sebastián, 1977, p. 141; Ralph L. Blankenship y C. Allen Scarboro, *The Social Reality of Juvenile Justice: Protection and Punishment*, en “Preventing Crime”, compilado por James A. Cramer, London, 1978, p. 221. El acento crítico es bien claro, especialmente en Anthony V. Platt, *L'invenzione della delinquenza. La definizione sociale della delinquenza minorile*, Firenze, 1975.

218 Cfr. Blankenship y Scarboro, op. cit., p. 205.

219 Sobre el efecto marginante de la institución minoril: Bandini, Carrer y Gatti, *L'emarginazione dei minori negli istituti assistenziali*.

La atención crítica, en lo que a los Derechos Humanos respecta debe centrarse, en los supuestos en que la legislación de menores autoriza la institucionalización y en los presupuestos para la misma. Son nefastas para los Derechos Humanos las institucionalizaciones genéricas, que con fórmulas huecas autorizan cualquier grado de arbitrariedad judicial o administrativa. Más nefasta aun es la supervivencia de la institucionalización para los menores simplemente abandonados. Todo esto, naturalmente, está vinculado a la legislación que regula la adopción, legitimación, tenencia, etc. Cuanto mayores sean las trabas para que un menor pueda integrarse socialmente por cualquiera de estas vías y más fáciles los carriles para la institucionalización, más afectados estarán los Derechos Humanos en este ámbito, y viceversa<sup>220</sup>.

En general, la legislación de menores ha caído en los países centrales en una duda permanente entre la tutela y la retribución<sup>221</sup>, pero en nuestros países periféricos su realidad tiende a ser la de un sistema retributivo y marginalizante del menor —que ya se halla de hecho marginado<sup>222</sup>— con mero pretexto tutelar.

Se trata de un ámbito en que las consecuencias de la intervención estatal son tan graves que, no sin razón, se ha planteado una tesis “no intervencionista”, como alternativa preferible<sup>223</sup>.

---

*Ricerca epidemiologica nella città di Genova*, en “Rassegna di criminologia”, 1977, p. 101; sobre la forma en que los institutos de menores contribuyen a la asunción de una identidad negativa, Gatti y Bandini, *Istituti di rieducazione e identità negativa*, en ídem, 1970, p. 165.

<sup>220</sup> Una interesantísima investigación sobre institucionalización es la de Maria Lucía V. Violante, *O dilema do decente malandro*, Sao Paulo, 1982.

<sup>221</sup> Cfr. la apreciación crítica del código de menores de Washington en Robert Meier, *¿Cuándo una reforma constituye un cambio? ¿Un nuevo rumbo en la justicia de menores?*, en “ILANUD al día”, 3, 9, 1980, p. 40; también destaca las dudas Heinrich Kupffer, *Erziehung als Strafform? Paradoxien in der Konzeption der Jugendstrafe*, en “Kriminologisches Journal”, 1974/4, 219. Las dudas suelen tener sus reflejos prácticos en los conflictos entre la asistencia juvenil y la policía (sobre ello: Hans Joachim Plewig, *Gesicherte Unterbringung? Die Sichtweisen verantwortlicher Beteiligter*, en “Kriminologisches Journal”, 1982/2, p. 107.

<sup>222</sup> Sobre la marginalidad del adolescente, Carlos Alberto Elbert, *Lineamientos criminológicos para la tipificación de la conducta adolescente*, en “Doctrina Penal”, 1981, p. 213.

<sup>223</sup> Oficialmente se critica en Suecia la posición “no intervencio-

Cabe observar que la adquisición de “capacidades” a diferentes edades introduce un injustificado desequilibrio en el sistema<sup>224</sup>, que hace más sospechosa de marginadora a esta legislación. Así, es intolerable que la plena responsabilidad penal preceda a la “capacidad civil”; que so pretexto de tutela, el menor no pueda disponer sexualmente de su cuerpo, pero que tenga obligaciones militares en las que puede perder la vida o cuya violación puede significarle graves penalidades; etc.

Es necesario estudiar atentamente las garantías procesales que se establecen para los menores, especialmente cuando se ventila la posibilidad de una institucionalización. Consideramos que es burdamente violatorio de Derechos Humanos que se lo prive de asistencia letrada, so pretexto del pretendido carácter “tutelar” del proceso. Esto no es más que la consagración del principio inquisitorio puro. No es tolerable que el menor reciba un tratamiento más rígido y de consecuencias más graves para su vida y que se le niegue toda garantía judicial con el pretexto de su tutela.

23. *Personal judicial.*— Una de las claves principales del sistema penal es el nombramiento de los jueces y del ministerio público. En países como los nuestros, las diferencias culturales y de nivel social pueden distanciar de tal forma a los jueces de los procesados, que no les resulte posible comprender las motivaciones por no comprender el enclave cultural de los hechos. Así, la magistratura puede llegar a representar las valoraciones de un único sector social, lo que es sumamente grave, porque no garantiza la pluralidad de criterios y de tensiones internas necesarias para debatir y esclarecer las interpretaciones en forma que se trate de atenuar la selectividad del sistema penal.

Si bien es cierto que la magistratura suele reclutarse en un

---

nista” en la delincuencia juvenil, pero debe aceptarse, a renglón seguido, que el descenso de tal delincuencia que parece haberse registrado no se debe a la acción de las autoridades, atribuyéndoselo, para salir del atolladero, a factores económico-sociales a nivel general de la sociedad sueca (así, Jerzy Sarnecki, *Juvenile delinquency in Sweden*, Discussion Paper, 6to. Congreso de las Naciones Unidas.

224 Sobre la contradictoria adquisición de derechos a diferentes edades en Alemania, Günther Kaiser, *Gesellschaft, Jugend und Recht. Träger und Handlungsstile der Jugendkontrolle*, Weinheim U. Basel, 1977, ps. 48 y 49.

sector social<sup>225</sup>, no es menos cierto que ello será más grave cuanto más distante se halle este sector social del que corresponde a la mayor parte de los criminalizados y, más selectivo y, por ende, más peligroso para los Derechos Humanos, será su funcionamiento<sup>226</sup>. Sin ninguna "mala fe" a nivel individual, puede darse el fenómeno. Tengamos en cuenta que la marginalidad en las urbes latinoamericanas es un proceso que se origina en el desarrollo industrial y que tiene características propias, la principal de las cuales es la inseguridad económica crónica, lo que genera que, en la lucha por la supervivencia, surjan vínculos solidarios no formalizados, que se traducen en "redes de intercambio" que permiten cubrir tales riesgos.

Es así como tales redes de intercambio se refuerzan con vínculos tales como el "compadrazgo" y el "cuatismo" o sus equivalentes en cada urbe<sup>227</sup>. Este fenómeno no lo puede comprender el magistrado tecnócrata, reclutado en la clase media, cuyo condicionamiento le impedirá percibir el significado que en esos contextos tienen, por ejemplo, las faltas a las reglas de solidaridad o de gratitud.

A estos problemas estructurales puede vincularse otro grave defecto, que es la corrupción, que puede consistir en efectivos actos de cohecho o bien, en una corrupción política, es

<sup>225</sup> V., por ej., en Alemania Federal de posguerra, el estudio de Ralf Dahrendorf, *Jueces alemanes*, en "Sociedad y libertad", Madrid, 1971, ps. 162 y ss. Sobre la magistratura argentina hay un ensayo de Roberto Bergalli, en "Crítica a la criminología", cit., ps. 245 y ss. Sobre Venezuela hay interesantes referencias en Myrta Linares A., *El sistema penitenciario venezolano*, Caracas, 1977, ps. 43 a 62. Para Costa Rica: Enrique Castillo Barrantes, *El funcionamiento de la administración de la justicia penal en Costa Rica*, en "Cuadernos Panameños de Criminología", Panamá, 1981, p. 47.

<sup>226</sup> No puede olvidarse que la ideología de la magistratura puede hacer naufragar al Estado de Derecho. Sobre el papel de la magistratura alemana en el debilitamiento de la República de Weimar, ver: H. Hannover y E. Hannover, *Politische Justiz, 1918-1933*, Frankfurt am Main, 1966. Sobre los problemas de la magistratura penal en Italia: *Atti del Convegno su "La crisi della Giustizia in Italia"*, Firenze, 1971; en sentido crítico, desde el punto de vista de los sectores más avanzados: *Política y justicia en el estado capitalista*, textos de Ferrajoli, Senese, Scarpati, Accattatis, selección y traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Barcelona, 1978; Giorgio Freddi, *Tensioni e conflitto nella magistratura. Un'analisi istituzionale dal dopoguerra al 1968*, Bari, 1977; sobre la justicia inglesa, J. A. G. Griffith, *Giudici e politica in Inghilterra*, Milano, 1980.

<sup>227</sup> V. en detalle la investigación de Larissa Adler de Lomnitz, *Cómo sobreviven los marginados*, México, 1980.

decir, en la adopción de ciertos criterios señalados por el poder ejecutivo o por ciertos grupos de poder con miras a expectativas de estabilidad o ascenso. Por supuesto que no faltan algunos casos más patológicos en que los grupos de poder determinan criterios o decisiones judiciales bajo amenaza para la seguridad personal.

Lógicamente, una magistratura cuyas decisiones o criterios se hallan marcados por las limitaciones de una ideología de clase o elitista, o por la corrupción pecuniaria o por amenazas a su estabilidad, ascenso, seguridad personal o de su familia, no puede ofrecer ninguna garantía para la realización de los Derechos Humanos.

Por otra parte, cabe observar que no hay separación entre "carrera judicial" y "ministerio público" en la mayoría de los países, suponiendo que haya "carrera". Esto significa que las funciones son "intercambiables". Una investigación realizada en Guanabara, en 1974, revelaba que casi el 40% de los jueces había sido inmediatamente antes ministerio público<sup>228</sup>. Otro tanto podría decirse de la Argentina, aunque no hay investigaciones. En general, la actitud de quien proviene del ministerio público suele ser condenatoria. Sin embargo, no puede generalizarse, porque en el desorden de las "carreras" latinoamericanas, ir a dar al ministerio público, a la defensoría oficial o a la magistratura, no suele ser más que un accidente político. Por otra parte, a veces, el "ascenso" del agente del ministerio público a juez (o de juez a ministerio público de tribunales superiores o de alzada, o de juez de primera a segunda instancia) es una forma de "patear para arriba", fenómeno bien conocido en el ámbito judicial latinoamericano: cuando por cualquier motivo un funcionario se vuelve molesto en el cargo, no habiendo posibilidad institucional de removerlo sin grave escándalo, se lo "asciende" como forma de neutralizarlo.

Los signos de estos gravísimos problemas institucionales y sociales, que afectan directamente al art. 8, número 1, de la Convención Americana, se hallan en las leyes. En principio, es importante analizar las disposiciones constitucionales que regulan la designación y ascenso de magistrados<sup>229</sup>. Luego, las

<sup>228</sup> Teresa Miralles, cit. por José M. Rico, op. cit., p. 339.

<sup>229</sup> El sistema de elección popular no parece solucionar estas difi-

leyes orgánicas o las que hagan sus veces, que reglamentan o instrumentan las disposiciones constitucionales. Por último, es necesario estudiar las "Actas", "Actos legislativos" o, en general, las disposiciones de excepción referidas a la remoción de magistrados y, en definitiva, todo el armazón normativo que permita establecer cuáles son las garantías de estabilidad, méritos objetivos e independencia de cada magistratura, cuáles los huecos a través de los cuales pueden filtrarse los fenómenos antes referidos.

En general, diríamos que hay tres modelos puros de magistratura: la que está totalmente comprometida con el grupo de poder dominante, la tecnocrática y la pluralista. La primera tiende a defender directamente su designación política y es más proclive a la corrupción pecuniaria. La tecnocrática suele estructurarse sobre la base de una carrera con ascensos por concursos o procedimientos análogos; trata de aparentar una asepsia política que no evita sus vínculos, aunque suelen ser mucho menos escandalosos que los del primer modelo<sup>230</sup>. La tercera es una magistratura en la que convergen personas provenientes de distintos grupos de poder u opinión, proclive a tensiones y conflictos internos de cierta intensidad, pero que garantizan una mayor objetividad. No cabe duda de que el tercer modelo, aunado a un buen nivel técnico, es a lo que debemos tender en Latinoamérica. Cuanto mayor sea el pluralismo en la magistratura, mayor será el número de grupos sociales que se hallen representados en ella y mayor será la objetividad en función del mutuo control.

En muchos países latinoamericanos, particularmente en los menos democráticos, es común que se insista en la asepsia política o "apoliticidad" del magistrado. Si ello se toma en el sentido de que el magistrado no debe responder a directivas de partido, no hay nada que objetar, sino todo lo contrario. Pero, por regla general, lo que quiere decirse es otra cosa, diferente y grave: el magistrado no debe tener filiación o, lo

---

cultades. En una investigación en Albuquerque se observó que en vísperas de la elección los jueces son represivos y que después de la elección se liberalizan. Cfr. Pedro R. David, *Estructura social y criminología*, Maracaibo, 1979, p. 163.

<sup>230</sup> Sobre formación del personal judicial en Japón, con modelo preferentemente tecnocrático, National Statment of Japan, op. cit., p. 87.

que es peor, opinión política. Semejante pretensión es absurda, porque muy poco puede esperarse de un ciudadano que ocupe una función de relevancia social y no tenga opinión política. Esta actitud encuadra en el modelo tecnocrático y, a veces, en el de directa dependencia del poder político. En el mejor de los casos, suele ser un claro síntoma de la burocratización de la magistratura, con todas sus nocivas consecuencias.

No basta con un mero análisis de la forma en que se incorpora al personal de magistrados, sino que las actitudes judiciales en la práctica, suelen estar fuertemente condicionadas por el personal administrativo de menor jerarquía. Entre la magistratura y el personal judicial de no magistrados, hay diferencias que es menester señalar. Este personal se divide en personal administrativo sin posibilidad de acceso a la magistratura y personal con esta posibilidad. Las actitudes e ideologías de los últimos serán, por lógica, análogas a las de los magistrados. Los primeros se dividen en dos sectores: por un lado, los que adoptan una actitud burocrática y rígida y, por otro, los que son más proclives a una actitud crítica. En este segundo subgrupo se hallarán, por lo general, los dirigentes sindicales del sector y el personal auxiliar (maestranza, técnicos de oficios, etc.). Las informaciones que sobre actitudes judiciales proporcione este segundo subsector serán de gran importancia para una investigación como la presente.

Aunque creemos que no es necesario insistir demasiado en los defectos de la magistratura penal latinoamericana, de la cual se ha dicho que "posee características poco envidiables" y que "la opinión pública está al corriente de esas deficiencias"<sup>231</sup>, cabe observar que son diametralmente opuestas a las tendencias que se propugnan hoy en los países centrales, donde se impulsa a la justicia a incorporar medios técnicos, criticándole su quietismo frente a otros sectores<sup>232</sup>, y para posibilitar la comunicación y distender las tensiones propias del proceso penal, se ha llegado a sostener una arquitectura judicial que posibilite el "modelo mesa redonda"<sup>233</sup>.

<sup>231</sup> José M. Rico, op. cit., p. 343.

<sup>232</sup> Cfr. Denis Szabo, *Criminologie et politique criminelle*, Paris, 1979, ps. 239 y 240.

<sup>233</sup> Se proyectó una investigación al respecto en 1978/1979. V. Gerhart Laage, en "Menschen vor Gericht", edit. por Rudolf Wassermann, Darmstadt, 1979, p. 172.



24. *Legislación referente a los funcionarios policiales y penitenciarios.*— El reclutamiento y entrenamiento de los funcionarios de los otros sectores del sistema penal es tan importante para los Derechos Humanos como el de los propios magistrados. Las leyes orgánicas o cualquier otra que regule la organización y funcionamiento de cualquiera de los cuerpos de seguridad e investigación como de la organización ejecutiva, son sintomáticas para establecer el nivel de preparación y la tendencia ideológica de tal preparación.

Es importante analizar los planes de estudio de los organismos de preparación y formación de los funcionarios superiores y la bibliografía y textos utilizados. Ya advertimos que existe la tendencia a una acentuada militarización de estos cuerpos, que redundará en perjuicio de su efectividad específica y que facilita su instrumentación como aparato de represión política interna. Buena parte de la ineficacia de nuestros sistemas penales obedece a estas características, por lo cual es sumamente importante reparar en ella. Debe prestarse especial atención a la forma de selección y ascenso de tales funcionarios, particularmente a los méritos que se toman en cuenta o que deben tomarse, conforme a los reglamentos<sup>234</sup>.

Es también importante destacar la vinculación de dependencia de esos grupos, es decir, si se hallan a las órdenes del poder ejecutivo o de la magistratura.

25. *Legislación psiquiátrica y geriátrica.*— En la actualidad es bien sabido que la psiquiatría constituye un capítulo más del control social, que puede sustituir o integrar la función material del sistema penal, aunque formalmente no tenga ninguna vinculación con éste. Para percatarse de este fenómeno, no es necesario acudir a tesis extremas<sup>235</sup>, sino, simplemente,

<sup>234</sup> Sobre la necesidad de tecnificación del personal de los distintos sectores de los sistemas penales, Jorge A. Montero y Elías Carranza, *La capacitación del personal especializado en prevención del delito*, ILANUD, San José, 1980.

<sup>235</sup> Como tesis extrema se señalaría la llamada "antipsiquiatría". V., p. ej., Cyrille Koupernik, *Antipsiquiatría: senso ou contra-senso?*, Rio de Janeiro, 1976 (con textos de Arfouilloux, Barges, Chartier, Diatkine, Koupernik y Lebovici); Thomas S. Szasz, *Ideologia e doença mental; ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem*, Rio de Janeiro, 1977; Laing y Cooper, *Razao e violência*, Petrópolis, 1976; R. D. Laing, *O eu dividido. Estudo existencial da sanidade e da loucura*,

aplicar los criterios de la antropología cultural y acudir al análisis histórico<sup>236</sup>.

Lo cierto es que la privación de libertad que sufre el paciente psiquiátrico es de mayor gravedad e indefensión que la que sufre el sujeto criminalizado por vía penal formal. No menos grave es el sistema de sanciones, sobre el cual no puede hacernos caer en engaño el discurso de contenido asistencial y terapéutico. Pocos conceptos han cambiado más en la historia que el de enfermedad mental, que sólo puede compararse en este sentido con el contenido del concepto de "delito", lo cual resulta harto significativo<sup>236 bis</sup>.

De allí que, con toda razón se afirme que "en definitiva la locura como la delincuencia es antes que todo un problema político, un problema a discutir dentro de lo que es y significa un estado de derecho"<sup>237</sup>. En el campo de la sociología jurídica se ha afirmado: "Puesto que el internamiento psiquiátrico no es un procedimiento penal, no se aplican las rigurosas garantías procesales que se hallan en el proceso penal ordinario. En efecto: los psiquiatras se esfuerzan en todas las formas para privar al procedimiento de todo resabio penal; insisten en la neta distinción entre internación hospitalaria, que tiene lugar en beneficio del interesado y reclusión"... "De hecho, el fundamento lógico en el cual se apoya todo el procedimiento es que únicamente el psiquiatra sabe en realidad cuál es la medida mejor en el interés del enfermo". "Si bien la mayor parte de los psiquiatras están convencidos que relativa-

---

Petrópolis, 1978; R.D. Laing, *O eu e os outros*, Petrópolis, 1978; Franco Basaglia y Franca Basaglia Ongaro, (edición preparada por...) *Los crímenes de la paz*, México, 1977; Morton Schatzmann, *La otra locura*, Barcelona, 1977; Giovanni Jervis, *Manuale critico di psichiatria*, Milano, 1975.

<sup>236</sup> V., p. ej., Roger Bastide, *Sociologia das doenças mentais*, Sao Paulo, 1967; George Rosen, *Locura y sociedad; sociología histórica de la enfermedad mental*, Madrid, 1974; Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica*, México, 1976; Romano Canosa, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Milano, 1979.

<sup>236 bis</sup> En Latinoamérica no es mucha la literatura al respecto, pero resulta sumamente reveladora la obra de Hugo Vezzetti, *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, 1983.

<sup>237</sup> V. la legislación italiana: Annarosa Pizzi, *Malattie mentali e trattamenti sanitari; commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, 1978; también el cuaderno 3, de 1979, de "La Questione Criminale" (*Libertà e salute: la nuova legislazione psichiatrica*); Luigi Onnis y Giuditta LoRusso, *Dove va la psichiatria?*, edit. por..., Milano, 1980.

mente pocos individuos resultan internados en casas de cura sin que haya un motivo válido, tanto entre los expertos como entre los profanos está difundida la convicción de que es mucho más fácil ser internado en un manicomio que salir de él”<sup>238</sup>.

Estas circunstancias innegables, como también las abiertas instrumentaciones políticas de la psiquiatría en algunos países, son suficientes para mostrarnos que en cualquier sociedad, bajo el discurso asistencial psiquiátrico, se esconde una forma de control social punitivo, aun cuando no se agote en ello la psiquiatría misma. Esto es lo que ha llevado a postular la supresión del manicomio<sup>239</sup> y a aceptar ampliamente una versión de la enfermedad mental mucho menos biológica y mucho más social y política. Nadie duda de que en padecimientos que se creían totalmente orgánicos, como la oligofrenia, desempeña un papel determinante la sociedad (alimentación, especialmente en los primeros años; hospitalismo o carencia afectiva en la edad temprana, etc.). El debate en torno a la legalidad de ciertos medios de tratamiento frente a los Derechos Humanos se ha puesto en cuestión: intervenciones quirúrgicas tendientes a modificar conducta, choques eléctricos e insulínicos, condicionamientos de reflejos inhibitorios frente a objetos sexuales, etc. Por cierto que de esta puesta en duda esos medios no resultan bien parados, puesto que en la opinión más sana, son todos ellos formas punitivas despiadadas que se esconden en el discurso terapéutico, que realizan un sistema de valores grupales de control, ideológicamente signado por principios clasistas y hasta racistas.

El modelo del “hombre normal” frente al “enfermo” es, demasiadas veces, el del hombre “útil” al grupo de poder dominante. La laxitud de ciertas entidades nosotáxicas de la psiquiatría tradicional<sup>240</sup> ha cumplido en la práctica un papel bastante análogo al de la integración analógica en el derecho penal.

Por consiguiente, es sumamente importante averiguar cuál

<sup>238</sup> Juan Bustos Ramírez, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, 1982, p. 105.

<sup>239</sup> Edwin M. Schur, *Sociologia del Diritto*, Bologna, 1970, ps. 240 a 241.

<sup>240</sup> Sobre la laxitud de la esquizofrenia, Roger Bastide, op. cit., p. 269.

es la legislación psiquiátrica de cada país, es decir, qué requisitos, pasos y garantías rodean la internación manicomial de una persona, de qué recursos judiciales y administrativos dispone ésta o su familia frente a una internación arbitraria, a qué reglas están sometidos los médicos y el personal del manicomio, qué tratamientos pueden imponerse y en qué condiciones. En este momento, una evaluación de los sistemas penales que prescindan de la evaluación de la legislación psiquiátrica, desde el punto de vista del interés para los Derechos Humanos, sería engañosa, puesto que nadie duda de que una buena parte de la función de control social penal se lleva a cabo a través de la legislación psiquiátrica. Los Derechos Humanos señalan claramente el problema: arts. 7, número 3; 5, números 1 y 2, etc. Que dichos artículos se violen con discurso penal o terapéutico no cambia la naturaleza de la violación, sino el pretexto.

En la actualidad se va agravando otro problema con el avance de la medicina, que es el número de personas de avanzada edad. Si bien es cierto que nuestras sociedades no están industrializadas como las de los países centrales, lo cual hace que el fenómeno asuma parcialmente otras características, no es menos cierto que el "viejo" sufre en ellas una marginación que en gran medida es determinante de actitudes y conductas que se atribuyen a la ancianidad como producto biológico, pero que en realidad son socialmente determinadas y poco o nada tienen que ver con la fisiología, cuyo deterioro podría ser compensado con otros medios susceptibles de mantener comunicadas, integradas y en actividad a las personas de edad avanzada<sup>241</sup>.

Esta marginación<sup>242</sup> da lugar a un fenómeno de institucionalización del anciano de dimensiones análogas a las de la legislación psiquiátrica y que, en cierta medida, responde también a un esquema real altamente lesivo de Derechos Humanos en que, al menos una parte considerable de las institucionalizaciones, sean penales, psiquiátricas o geriátricas, únicamente responden al objetivo de marginar a quienes perturban el

<sup>241</sup> Cfr. George Rosen, op. cit., ps. 266 y ss.

<sup>242</sup> El anciano está olvidado, incluso en el ámbito penitenciario, pues no hay normas que contemplen su situación institucional (cfr. Antonio Sánchez Galindo, *El anciano en prisión*, en "Criminología", Toluca, México, 6, 1978, p. 3.

poder o son inútiles y constituyen una carga cuyo costo no quiere soportar el sistema productivo. En este sentido, la legislación geriátrica debe ser estudiada muy cuidadosamente, en los mismos puntos que la psiquiátrica, para establecer hasta qué extremo responde a ese esquema inhumano de objetivos reales.

Respecto de la marginación de los ancianos es necesario señalar que el fenómeno debe ser estudiado con cuidado en Latinoamérica, particularmente por la situación de transición que se está atravesando en muchos países, frecuentemente forzada. Cabe tener presente el problema poblacional y la repetida insistencia del control de crecimiento de la población, cuestión que no se encuentra aislada de la anterior. En efecto: en la conferencia sobre población mundial convocada por las Naciones Unidas en Bucarest en 1974 se señaló que la introducción de la seguridad social y el amparo a los ancianos están indicados como medios para evitar que las familias humildes tengan muchos hijos a modo de garantizarse un seguro social en la vejez<sup>242 bis</sup>. No deja de ser probable que entre nosotros se instrumenten sistemas de "seguro social" demasiado apresurados, como modo de descargar a la parte productiva de la población del problema de los ancianos, lo cual debe ser materia de atento estudio y reflexión.

## B) INFORMACIÓN JURÍDICA: INEFICACIA.

26. *Criminalidad económica*.— Hace bastante tiempo que la criminología hoy considerada tradicional, en los países centrales y particularmente en los Estados Unidos, se ha percatado que hay un buen número de delitos que quedan fuera del sistema penal y que son gravísimos. Se dio en llamarlos "delitos de cuello blanco"<sup>243</sup>, concepto que se ha extendido de tal manera que abarca hoy la casi totalidad de la criminalidad del poder político y económico, la que por provenir de los que dominan la estructura del poder, no les alcanza. La caracterización de "cuello blanco", que se usa para designar a las cla-

<sup>242 bis</sup> Cfr. Andrew C. Varga, *Problemas de bioética*, S. Leopoldo, R.G. do Sul, 1982, p. 30.

<sup>243</sup> El punto inicial más significativo fue el libro de Edwin Sutherland publicado en 1943, *El delito de cuello blanco*, Caracas, 1969.

ses medias norteamericanas<sup>244</sup>, es nebulosa y también inexacta, puesto que gran parte de estos delitos provienen de personas que pertenecen a estratos sociales más elevados. La heterogeneidad de su contenido, igualmente, es algo que dificulta seriamente su consideración político-criminológica<sup>245</sup> y su propia caracterización<sup>246</sup>. Si bien los autores difieren en su extensión, casi puede decirse que con la denominación de "delitos de cuello blanco" se identifica a la totalidad del fenómeno de la ineficacia de los sistemas penales para la tutela de ciertos bienes jurídicos importantísimos y que hacen en forma directa a la realización de los Derechos Humanos: las relaciones económicas, laborales, el medio ambiente, la salud, la misma existencia física de las personas y grupos humanos, las culturas autóctonas, etc.

Sin desprestigiar en absoluto los esfuerzos que se vienen desarrollando en América Latina para estudiar el fenómeno<sup>247</sup>, no usaremos aquí la terminología "de cuello blanco", a efectos de precisar algunos aspectos fundamentales de la desprotección de los Derechos Humanos, que consideramos de urgente investigación, y sin perjuicio de señalar que hay otros muchos que escapan a la presente interrogación, quedando reservados para etapas de más fina indagación<sup>248</sup>.

El aspecto que más impacta en cuanto a ineficacia de nuestros sistemas penales es el ámbito de la criminalidad económica<sup>249</sup>. El concepto de "criminalidad económica" es más res-

<sup>244</sup> En este sentido, ver la clásica obra publicada en 1951 por C. Wright Mills, *White collar; the american middle classes*, New York, 12a. impresión, 1964.

<sup>245</sup> Puede verse la enorme amplitud de delitos que señaló Sutherland en su tiempo y que hoy podría ampliarse considerablemente. Para una crítica del concepto ver: Emilio García Méndez y Luis Gómez, *Actualización crítica del concepto "delito de cuello blanco" de E. Sutherland*, en "Capítulo Criminológico", nº 6, 1978, p. 117; también el aporte de diversos autores en el seminario sobre "La criminalidad organizada" (mayo de 1978), en Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, "Quaderni", Rassegna di Studi, año II, vol. I, marzo de 1979.

<sup>246</sup> Una caracterización aproximativa, con todas las reservas del caso, se intenta en Luis Marcó del Pont y Abraham Nadelsticher Mitrani, *Delitos de cuello blanco y reacción social*, México, 1981, ps. 20 y 21.

<sup>247</sup> Es importantísima la investigación que se viene desarrollando desde 1978, auspiciada por el Instituto de Criminología comparada de Montreal y el Instituto de Criminología del Zulia.

<sup>248</sup> V. infra, párr. 30.

<sup>249</sup> V. Instituto de Estudios Económicos, *Los delitos económicos*

tringido e identificable que el de "cuello blanco", pese a las dificultades de definición. La "criminalidad económica" se define por el bien jurídico que afecta, que es el orden público económico de una nación<sup>250</sup>, lo que, a su vez, presupone la existencia de un "Derecho Económico"<sup>251</sup> que puede ser definido como "aquella rama del derecho que reúne y sistematiza un conjunto de reglas jurídicas de interés público, destinadas a proteger y mantener una cierta ordenación y organización de la economía nacional con miras al bienestar de toda la colectividad"<sup>252</sup>.

Es importantísimo tener en cuenta, en éste como en cualquiera de los aspectos de la ineficacia de nuestros sistemas penales, que el sistema penal *presupone* otras normas no penales. En el presente caso, *el sistema penal presupone el Derecho Económico*. Sin esta advertencia, puede haber una ley penal, pero sus efectos ser totalmente engañosos, sea porque se limita a "cubrir apariencias", porque sea impracticable, porque sus efectos sean contraproducentes<sup>253</sup>, etc. Éste es un principio general del ordenamiento penal, que no es constitutivo, en el sentido de que no *crea* bienes jurídicos, sino que se limita a agregarles una tutela penal frente a ciertas formas de afectación.

Desde el punto de vista de nuestra investigación, lo que corresponde destacar es que *la ineficacia en la realización de los Derechos Humanos no es exclusiva del sistema penal, sino*

---

*en la legislación de los países occidentales*, Madrid, 1980; Klaus Tiedemann, *Delitos contra el orden económico*, en autores varios, *La reforma penal, cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, p. 161; Roberto Bergalli, *Crítica a la criminología*, cit., p. 69; *Business Criminality. Proceedings of the International Seminar held at the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (Syracuse, november 24/29, 1980)*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", año 53, 1er. y 2do. semestres, 1982; Antonio Beristain, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Buenos Aires, 1982, ps. 135 y ss.; Hans Joachim Schneider, *Kriminologie*, Berlin, 1977, ps. 87 y ss.

<sup>250</sup> Cfr. Eduardo Novoa Monreal, *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*, separata del "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1982.

<sup>251</sup> Cfr. Marino Barbero Santos, *Los delitos contra el orden socio-económico; presupuestos*, en autores varios, *La reforma penal; cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, p. 148.

<sup>252</sup> *Ibíd.*

<sup>253</sup> Sobre estos riesgos son altamente ilustrativos los análisis de Frank Pearce, *Los crímenes de los poderosos*, México, 1980.

*que es del sistema jurídico en general, no siendo la falencia penal más que una de sus manifestaciones.* Esta aclaración también debe ser válida para otros intentos sumamente problemáticos de resolver el problema de la criminalidad económica en el campo de la ley penal, lo cual, aparte de ser ilógico y de tender a provocar más una "sensación" que un efectivo control social, corre el riesgo de aniquilar todas las garantías penales como resultado de la incorporación formal a la materia penal de cuestiones cuyo lugar se halla en el derecho económico.

A este respecto es necesario tener en cuenta que esta confusión de derecho económico con derecho penal suele generar una penalización masiva, en la cual, como resultado de considerar delitos a todas o a gran número de infracciones al orden económico, se opera una extensión insólita de la vulnerabilidad al sistema penal, que, por un lado, es fuente de corrupción y cohecho, en tanto que, por otro, permite que el grupo de poder actúe con la mayor arbitrariedad selectiva (particularmente por la injerencia de órganos administrativos a los que se atribuyen funciones jurisdiccionales). De este modo, una legislación aparentemente rigurosa puede ser, en realidad, una forma de criminalizar o de desbaratar, a grupos o corporaciones, simplemente porque sus intereses chocan con los del grupo dominante (pugnas entre grande y mediana o pequeña empresa, entre distintos grupos económicos, etc.). Éste puede ser un medio por el cual las leyes que declaran defender la competencia en el mercado, pueden ser en la realidad leyes que permiten eliminar al competidor del mercado.

El ámbito de la criminalidad económica es enorme, al punto de que la cuantía de las lesiones que produce, prescindiendo de las que no tienen carácter patrimonial, supera ampliamente la cuantía de la criminalidad tradicional contra la propiedad. "Los abusos del poder económico y político provocan considerables perjuicios materiales y sociales, minan el desarrollo económico y social y deterioran la calidad de la vida de los pueblos en muchas partes del mundo". "Las empresas multinacionales y trasnacionales contribuyen a dichos abusos del poder político y económico, en especial en sus actividades en los países en desarrollo"<sup>254</sup>.

<sup>254</sup> Resolución 7 del Sexto Congreso de Naciones Unidas, Caracas, 1980.



Es harto significativa la indefensión de las relaciones económicas nacionales en el área latinoamericana, frente a agresiones gravísimas. Huelgan los ejemplos de países cuya economía ha quedado destruída a causa de especulaciones ruinosas de todo género, que facilitaron el aniquilamiento de su aparato productivo, siempre endeble en comparación con el de los países centrales. La defensa del consumidor es casi inexistente, aunque justo es reconocer que el fenómeno no es exclusivo de nuestra área<sup>255</sup>. Por regla general, el delincuente económico no es tenido por "desviado"<sup>256</sup>. Por otra parte, como crimen organizado, va unido al desarrollo, pues sólo puede surgir en sociedades complejas<sup>257</sup> y, al igual que cualquier infractor, el delincuente económico se organiza del modo más adecuado a los problemas de represión que debe enfrentar<sup>258</sup>, por lo que no resulta tan casual la organización de "gran empresa" que caricaturiza al mundo de los negocios<sup>259</sup>.

El "desarrollo progresivo" que garantiza el art. 26 de la Convención Americana, resulta en cierta forma un condicionamiento de los restantes Derechos Humanos, y no puede resultar suficientemente tutelado sin un derecho económico nacional adecuado y su correspondiente protección por parte del sistema penal. Esta protección requiere, ineludiblemente, una especialización en los organismos de investigación, sin la cual cualquier tutela penal sería completamente ilusoria.

Conforme a lo expuesto, consideramos que es elemental averiguar si hay en cada país un Derecho Económico que tienda a realizar el derecho consagrado en el art. 26 de la Convención, si este Derecho Económico tiene protección penal y si existen los cuerpos policiales o de investigación especializados, necesarios para efectivizar esa tutela, particularmente en lo que concierne a las corporaciones multinacionales y transnacionales. Los aspectos más importantes que se deben tener en

<sup>255</sup> Cfr. Filippo Sgubbi, *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en "La Questione Criminale", 3, 1975, p. 439.

<sup>256</sup> Cfr. Albert K. Cohen, *Controllo sociale e comportamento deviante*, Bologna, 1969, p. 56.

<sup>257</sup> Cfr. Mary MacIntosh, *Changes in the organization of Thieving*, en Stanley Cohen, *Images of Deviance*, edited by..., London, 1979, p. 98.

<sup>258</sup> Cfr. Mary MacIntosh, *La organización del crimen*, México, 1977, p. 73.

<sup>259</sup> Cfr. Hans Magnus Enzensberger, *Política y delito*, Barcelona, 1968.

cuenta —puesto que son los que más directamente hacen a los Derechos Humanos— son los relacionados con la conservación y aumento del empleo, el cumplimiento de las obligaciones laborales y la protección al consumidor.

Tenemos la certeza de que el resultado de un vistazo al Derecho Económico y a la tutela penal de él en nuestros países dará como resultado una carencia muy marcada. No obstante, como en muchos otros sentidos, el resultado de esta tarea no puede ser otro que indicar dónde se registran las carencias más elementales. Una indagación completa de este aspecto de los sistemas penales justificaría por sí mismo una investigación independiente con un equipo especializado.

Esta labor es cada día más urgente en América Latina, pues no podemos olvidar que la criminalidad económica va unida al desarrollo: a medida que el bienestar se extiende, la criminalidad económica se fomenta. A medida que el ingreso se va distribuyendo y van saliendo de la pobreza sectores más o menos amplios de población —lo que no sucede en los últimos años, pero es de esperar que suceda— las clases medias racionalizan su criminalidad, justificándola como la reparación de la injusticia por la cual se les retacea la parte de la riqueza nacional que creen que les corresponde en atención a su particular entrenamiento y responsabilidad<sup>260</sup>. Por añadidura, al elevar el nivel de vida de un sector en pobreza, quizá no se cambie inmediatamente su actitud frente a las normas —sobre todo si rigen entre ellos pautas violentas muy internalizadas— sino que se previene respecto de la generación que sigue. Esto obedece a que *es más o menos fácil crear pautas violentas, pero cuesta más eliminarlas*<sup>261</sup>. La racionalización de la clase media suele completarse con los elementos ideológicos positivistas de los que ya nos hemos ocupado.

27. *Criminalidad del poder y terrorismo.* — Es incuestionable que la criminalidad económica está íntimamente vinculada con los abusos del poder, en forma que no es posible distinguirla nítidamente, por lo cual tratarla por separado resulta un tanto forzado y artificial. No obstante, el abuso del poder

<sup>260</sup> John Braithwaite, *Inequality, crime, and public policy*, London, 1979, p. 232.

<sup>261</sup> Íd., p. 234.

político es la tumba de todos los Derechos Humanos, lo cual justifica que nos ocupemos de él en particular. En realidad, la criminalidad del poder pone en juego la legitimidad misma del sistema<sup>262</sup>, pues si éste no puede controlarla, queda como abiertamente ilegítimo. En los propios países centrales el abuso del poder causa seria alarma: "Cuando estos abusos se cometen a escala internacional por criminales, sindicatos, *cartels* o funcionarios gubernativos, las consecuencias pueden ser devastadoras para individuos, sociedades, gobiernos enteros y relaciones internacionales. El compromiso de los Estados Unidos de controlar el problema se origina en parte en nuestro reconocimiento de las serias consecuencias que surgen del abuso del poder"<sup>263</sup>.

En principio, nos hallamos con los abusos del poder que tienen como resultado la muerte o desaparición de opositores o disidentes políticos. Al respecto, el sexto Congreso de la ONU (Caracas, 1980), se mostró "alarmado por los informes de asesinatos y ejecuciones generalizados de oponentes políticos o de presuntos delincuentes, cometidos por fuerzas armadas, instituciones encargadas de la aplicación de la ley u otros organismos gubernamentales o grupos paramilitares o políticos que a menudo actúan con el apoyo tácito o de otro tipo de tales fuerzas u organismos"<sup>264</sup>. Casi junto a ellos, tenemos los abusos del poder que se traducen en torturas o tratos crueles, la que se sofistica con la participación de técnicos y médicos<sup>265</sup>.

Directamente vinculados con la economía se hallan los enriquecimientos ilícitos de funcionarios de niveles superiores. Por último, hallamos el enriquecimiento ilícito que se ob-

<sup>262</sup> Cfr. Werner Jubelius y Sabine Klein-Schonfeld, "*Kriminalität der Mächtigen*" im Rahmen kriminologischer Theoriebildung - dargestellt am Beispiel der Sanktionspraxis, en "*Kriminologisches Journal*", 1977/1, p. 24.

<sup>263</sup> National Institute of Justice, *Crime and the abuse of power: offenses and offenders beyond the reach of law? United States Discussion Paper for the Sixth U.N. Congress*, 1980, p. 1; sobre criminalidad del poder ver el cuaderno 34, año 1982 de la "*Kriminalsoziologische Bibliographie*" y Luis Rodríguez Manzanera, *Criminología*, México, 1979, p. 500.

<sup>264</sup> Resolución 5.

<sup>265</sup> Cfr. Paul Riss, *La profesión médica y la tortura*, en *Prueba de tortura: estudios preparados por el Grupo Médico Danés de Amnistía Internacional*, Londres, 1979.

tiene con la participación de los funcionarios en empresas criminales, transnacionales (tráfico y elaboración de estupefacientes, terrorismo, etc.). Aun cuando todos estos aspectos puedan estar vinculados, lo cierto es que pueden distinguirse.

Los sistemas penales tienen recursos a su disposición para tratar de evitar tales fenómenos. Uno de los más importantes sería una versión moderna del "juicio de residencia" de la colonia. En cualquier caso, es importante establecer qué medidas están previstas para ejercer un efectivo control patrimonial respecto de los funcionarios que han terminado sus funciones y mandatos, no sólo en cuanto a los bienes que tengan en el país, sino también respecto de los bienes y cuentas que tanto ellos como sus parientes próximos tengan en el extranjero.

Por lo que hace a las "ejecuciones sin condena", "ley fuga" y otras aberraciones análogas, la cuestión se vincula con el tema que hemos abordado en el párr. 21 y, además, a la efectividad de los recursos jurisdiccionales que tiendan a hacer realidad las garantías (hábeas corpus, amparo, mandato de seguridad, etc.). La suspensión de tales recursos, por las razones que señalamos al comienzo, quedan excluidas de esta investigación, pero no por ello debe excluirse el análisis de ellos y de las falencias legislativas.

Las referidas aberraciones forman parte de la violencia institucionalizada, como sus puntos más altos, que configuran un terrorismo de Estado cuando se usan en forma sistemática. Pese a que no es posible hallar una definición jurídica de terrorismo<sup>266</sup>, creemos que socialmente es posible distinguir el terror como práctica de un poder despótico y el terror de grupos minoritarios empeñados en desestabilizar una democracia, y, por otro lado, una situación de guerra civil que, por definición, escapa a nuestro actual propósito.

En cualquier caso, hace a la esencia de los Derechos Humanos que el orden jurídico instrumente medios adecuados para preservar a la población del terror, sea que pretendan suscitarse funcionarios del Estado o personas del grupo dominante o que pretendan instrumentarlo grupos minoritarios desestabilizadores<sup>267</sup>. A este respecto es importante saber si la le-

<sup>266</sup> Cfr. Heleno C. Frago, *Terrorismo e criminalidade política*, Rio de Janeiro, 1981.

<sup>267</sup> Información legislativa sobre Bélgica, Finlandia, Francia, Suecia, Estados Unidos, Alemania Federal e Irlanda, en Crelinsten, Altmejd

gislación prevé la punición de conductas de violencia abierta, en forma adecuada con respecto a los Derechos Humanos, y si tales previsiones se hallan procesalmente instrumentadas para su realización con idéntica garantía.

En líneas generales puede afirmarse que el terrorismo de Estado es empleado por regímenes que violan permanentemente los Derechos Humanos, en tanto que el terrorismo de grupúsculos minoritarios desestabilizadores suele dirigirse contra regímenes que son más respetuosos de los Derechos Humanos. Es fundamental saber si existen en estos últimos los recursos legales que defienden al mismo régimen dentro de sus principios, pues la falta de tales medios, en forma más o menos próxima, suele traducirse en un terrorismo de Estado, con el consiguiente deterioro terrible de los Derechos Humanos<sup>268</sup>.

A este respecto es necesario analizar todos los estatutos, leyes, etc., de "seguridad", "antiterrorismo", "antisubversión", etc., a efectos de verificar si son reales leyes de defensa de los Derechos Humanos contra el terror, o si son penalizaciones genéricas que no hacen más que aumentar la vulnerabilidad de la población al sistema penal, poniendo a cualquiera en el peligro de ser rotulado como "subversivo", "terrorista", etc. Ello dependerá de la naturaleza de las acciones que prevea, del cuidado con que se hayan redactado los tipos penales, de la instrumentación procesal garantizadora que se le haya dado.

Una legislación con tipos cerrados, que abarque las principales formas del terror político o económico y de la cooperación directa con el mismo, con un proceso garantizador público y contradictorio, ante los jueces naturales, será una verdadera ley de defensa de los Derechos Humanos frente al terror.

---

Laberge y Szabo, *Terrorismo and criminal justice*, Toronto, 1978. Sobre prevención en Italia, Francesco C. Palazzo, *La recente legislazione penale*, Padova, 1982, p. 151; en general, sobre terrorismo y violencia: Wolf Middendorf, *La criminalidad violenta de nuestra época*, Madrid, 1978.

<sup>268</sup> Hay diversas advertencias en este sentido en los países centrales: Gianvittorio Pisapia, *Terrorismo y orden público; el caso italiano*, en "Doctrina Penal", 1979, 905; el cuaderno 1 de "La Questione Criminale", año 1979 (*Terrorismo e stato della crisi*); Karl Heinz Gössel, *La defensa en el estado de derecho y las limitaciones impuestas al defensor en el procedimiento contra terroristas*, en "Doctrina Penal", 1980, p. 219; Luigi Ferrajoli, 1977: *ordine publico e legislazione eccezionale*, en "La Questione Criminale", 3, 1977, p. 331.

Una legislación que contenga tipos abiertos, difusos, que abarquen conductas terroristas, pero en los que también tenga cabida cualquier manifestación de disconformidad con el régimen, con un proceso penal huérfano de garantías, secreto, no contradictorio o con contradicción limitada, ante tribunales especiales, será ella misma un instrumento terrorista.

En cualquier caso, somos conscientes de que no será el sistema penal el que pueda afrontar aisladamente el fenómeno del terrorismo. Se ha señalado con razón que una de las mayores dificultades es que muchos Estados hallan ventajas en las actividades terroristas de alguna naturaleza o signo<sup>269</sup>.

El terrorismo, sea de Estado o de grupúsculos desestabilizadores, es el abuso del poder en que con mayor brutalidad se reduce a otro a la condición de medio y, "reducir a otro a la mera condición de medio para lograr un ideal —por muy excelso que parezca— resulta una herejía, un pecado y un delito"<sup>270</sup>. Excede por completo el alcance del sistema penal la injerencia en otros países en forma que determina conflictos bélicos entre ellos y el consiguiente comercio de armas, que hace que en este momento haya más de cuarenta conflictos bélicos que involucran a más de cuarenta y cinco naciones, o sea, a la cuarta parte de los países del mundo<sup>271</sup>.

Hay un aspecto de la criminalidad del poder, vinculado a la economía, que alcanza el nivel de serio problema político mundial que alimenta la corrupción en forma insospechada: el tráfico internacional de drogas "fuertes", particularmente de los países periféricos a los centrales<sup>272</sup>. Es interesante observar que, mientras en los países centrales se tiende a aumentar la permisibilidad de las "drogas", particularmente la marihuana<sup>273</sup>, en los países periféricos se tiende a aumentar la re-

<sup>269</sup> Cfr. Crelinsten, Altmejd Leberge y Szabo, op. cit., p. 40.

<sup>270</sup> Antonio Beristain, *La violencia y la no violencia en Euskadi*, en "Cuadernos de Política Criminal", 13, 1981, p. 160.

<sup>271</sup> Cfr. Washington, EFE, 22/3/1983.

<sup>272</sup> La droga como problema de poder político: Catherine Lamour y Maichel R. Lamberti, *Il sistema mondiale della droga*, Torino, 1974.

<sup>273</sup> Sobre la discusión acerca de la legalización de la marihuana, los trabajos de Pilgram, Reubend, Burian, Horn y Springer en "Kriminalsoziologische Bibliographie", 1980, ps. 26 y 27 y la bibliografía que citan; autores varios, editado por Wilhelm Burian y Irmgard Eisenbach-Stangl, *Haschisch: prohibition oder legalisierung*, Viena, 1982; también el cuaderno 1/1980 del "Kriminologisches Journal".

presión<sup>274</sup> en forma irracional, lo que da lugar a una estigmatización que genera el riesgo de establecimiento de toxicofrenias más fuertes<sup>275</sup>.

En Latinoamérica, mientras algunos gobiernos de seguridad nacional caen en la represión del consumo de marihuana, incluso en forma violatoria de Derechos Humanos, otros regímenes de análoga tendencia se apuntalan en la corrupción del tráfico de cocaína. Mientras unos regímenes cometen el absurdo de criminalizar la secular costumbre de "coquear", los funcionarios de otros amasan fortunas incalculables con la producción de cocaína, y hasta se registran apoyos políticos y militares entre ellos.

Entendemos que una política criminológica que respete los Derechos Humanos en este aspecto, debe orientarse decisivamente hacia la prevención —penal y no penal— del tráfico y hacia la asistencia médico-psicológica, social y espiritual de los consumidores *necesitados*, que no sea estigmatizante. A nuestro juicio, resultan violatorios de Derechos Humanos tanto la tolerancia al tráfico como la punición del mero consumidor. Lamentablemente, la segunda puede servir para encubrir la primera.

28. *Criminalidad ecológica*.— Una enorme confusión conceptual y una pareja ignorancia de los problemas y de las amenazas a corto y mediano plazo —cuidadosamente alimentada por los *mass-media*— envuelve lo relacionado con el problema ecológico en Latinoamérica y particularmente en los países en que domina la tesis de la seguridad nacional. El surgimiento de los "movimientos verdes" y de toda una "ideología verde" en los países centrales<sup>276</sup> y la divulgación de los peligros a que nos lleva la civilización industrial<sup>277</sup>, lo cual tiene ya manifestaciones en las propuestas político-criminoló-

<sup>274</sup> Lola Aniyar de Castro, *Drogas: creación y muerte de un mito*, en "Capítulo Criminológico", 1976, n.º 4.

<sup>275</sup> Sobre el estigma de los toxicómanos y el papel que desempeñan en el establecimiento de la toxicofrenia, Bianca Barbero Avanzini, *Droga, giovani e società*, Bologna, 1978, p. 160.

<sup>276</sup> V., especialmente, Roger Garaudy, *Apelo aos vivos*, Rio de Janeiro, 1981; del mismo, *Ainda é tempo de viver*, Rio de Janeiro, 1981.

<sup>277</sup> V. Gerd Michelsen, Uwe Rühling, Fritz Kalberlah y Öko-Institut Freiburg/Br., *Der Fischer Öko Almanach, Daten, Fakten, Trends der Umwelt Diskussion*, Frankfurt am Main, 1982.

gicas (las tesis abolicionistas)<sup>278</sup> ha facilitado su minimización en los países periféricos, endilgándoles el mote de “utópicos”. De este modo, en nuestros países periféricos se pretende ocultar la intrínseca verdad de los peligros denunciados en los países centrales: efecto “campana” de sobrecalentamiento de la atmósfera, destrucción de los bosques, contaminación atmosférica, extinción de especies animales y vegetales, disminución de las capas de ozono, aumento de la radioactividad, polución de los mares y ríos, concentración de tóxicos en el organismo, alteraciones climáticas, etc.<sup>279</sup>.

Frente a la amenaza del hambre y de la superpoblación, del descongelamiento de los polos, del aumento del nivel de los mares, del agotamiento irracional de los recursos energéticos no renovables, de catástrofes provocadas por la eliminación de los bosques y la creación de espejos artificiales de agua, y frente a la realidad —puesta de manifiesto por la Conferencia de Estocolmo<sup>280</sup>— de que el problema ecológico es un serio problema de desarrollo, nuestros países permanecen indefensos.

Esta indefensión es gravísima para nuestros países periféricos, pues aquí se pasan por alto las ideologías terriblemente genocidas que, como alternativas a las propuestas de los movimientos verdes, se desarrollan en los países centrales, en las que se postula la condena a muerte de las poblaciones de los países que no adopten planes coactivos del control de la natalidad<sup>281</sup>, o que proclaman una alegre irresponsabilidad que nos reserve los trabajos pesados y sucios a los “habitantes de segunda” del “navío espacial tierra”<sup>282</sup>, o que considera que

<sup>278</sup> Louk Hulsman, y Jacqueline Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982.

<sup>279</sup> *Global 2000. Der Bericht an den Präsidenten*, edición alemana a cargo de Reinhard Kaiser, 1981; The Committee for Environmental Information, *Nuestro mundo en peligro*, Barcelona, 1973; Ezequiel Ander-Egg, *El desafío ecológico*, Buenos Aires, 1982. El grado de alienación es aberrante: hay países que ya están sufriendo las devastadoras consecuencias de actividades irracionales, como la deforestación, llevadas a cabo únicamente con miras al mercado nacional e internacional.

<sup>280</sup> V. *Declaración de las Naciones Unidas sobre el medio humano: proclamaciones y principios*, Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972.

<sup>281</sup> Así, Paul Ehrlich, *The population bomb*, New York, 1982. V. la síntesis en Andrew Foenberg, *Más allá de la supervivencia. El debate ecológico*, Madrid, 1982.

<sup>282</sup> La alegre irresponsabilidad es proclamada por Herman Kahn y



no queda otro recurso que esperar la catástrofe para que se produzca la reacción<sup>283</sup>. Estas manifestaciones ideológicas tienen su expresión político-criminal en el llamado “nuevo realismo criminológico”, que es un brutal pensamiento autoritario, torpe y carente de cualquier fundamento serio, como no sea el de servir de puntal a un Estado totalitario o autoritario central, que sería la versión de la ideología de la seguridad nacional en los países centrales<sup>284</sup>.

En un análisis global del problema, podríamos decir que en los países centrales se opone, como ultraderecha, una ideología autoritaria —preanuncio del “Estado nuclear”<sup>285</sup>— cuya versión penal es el brutal “nuevo realismo criminológico”, a otra ideología, ultraavanzada, que es la de los “movimientos verdes”, cuya versión penal es el abolicionismo. Desde nuestra posición periférica, resulta claro que el problema está íntimamente conectado con la distribución internacional del trabajo.

Está claro que este análisis de la perspectiva ecológica en términos tan amplios, excede en mucho el propósito de nuestra investigación actual. No cabe duda de que el problema está íntimamente vinculado con los Derechos Humanos, pues incuestionablemente, un Derecho Humano fundamental es el de nuestra existencia, el derecho a conservar un medio ambiente que la posibilite, mas también es cierto que esto nos lleva al planteo de todo el Nuevo Orden Económico Internacional<sup>286</sup> y, por ende, a exceder en mucho los límites necesarios que debemos poner a una investigación, aunque a veces resulte arbitrario.

---

Anthony Wiener (*El año 2000*, Madrid, 1967; *Hacia el año 2000*, Barcelona, 1967), el primero de los cuales es sintomático que sea ahora publicitado en nuestro continente. La expresión “navío espacial tierra” proviene de Kenneth E. Boulding, uno de los precursores del ecologismo, que en la temprana posguerra opuso ese concepto a la “economía del cow boy” o del desarrollo ilimitado (ver Ramón Tamames, *Ecología y desarrollo. La polémica sobre los límites del crecimiento*, Madrid, 1980, p. 85).

<sup>283</sup> Es la tesis de Sicco Mansholt, aunque en modo alguno es justo identificarlo con los otros ideólogos (Ehrlich y Kahn) (ver *La lettre Mansholt*, Paris, 1972).

<sup>284</sup> V. nuestras referencias en *Apéndice I*.

<sup>285</sup> Robert Jungk, *El estado nuclear*, Barcelona, 1979.

<sup>286</sup> ONU, *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*, 3201 (S-VI).

Conforme a esto, debemos señalar dos aspectos centrales, que son: a) la posible tutela jurídica —y también penal, como es lógico— que puede proporcionarse al medio ambiente, dentro de nuestras limitadas posibilidades de países periféricos; b) la nueva y terrible problemática que nos plantea la amenaza de la delincuencia atómica.

a) Pese a la agresión que está sufriendo nuestro medio ambiente y a las imprevisibles consecuencias que puede tener aquélla, en general, no se ha establecido una tutela jurídica —ni tampoco penal— para prevenir las futuras lesiones<sup>287</sup>, particularmente en cuanto a la protección de la fauna, la flora, la conservación de los bosques, la preservación de la atmósfera y el medio líquido, el uso de pesticidas, la erosión de la tierra, etc.

No es nada atrevido afirmar que nuestro dilatado territorio latinoamericano, rico en posibilidades de producción de alimentos y otras, está tremendamente amenazado por una criminalidad que lo agote, vinculada a la modalidad de la criminalidad del poder y económica.

Dadas las terribles consecuencias de esta criminalidad para las condiciones de vida de la población en general, la desprotección del medio ambiente es una lesión a los Derechos Humanos, particularmente a los garantizados por los arts. 4 y 26 de la Convención Americana. La investigación que proponemos, en consecuencia, debe abarcar el estudio de la existencia y extensión de las disposiciones penales tendientes a la tutela del medio ambiente en general, incluyendo la eventual responsabilidad —dolosa o culposa— de las autoridades que toleren acciones capaces de cambiar perjudicialmente el régi-

<sup>287</sup> Como, p. ej., la legislación alemana (Horst Gerold, *Umweltschutzgesetz*, München, 1980), o la española (ver Mariano Seonaez Calvo y Luis Rodríguez Ramos, *La contaminación ambiental. Nuevos planteamientos técnicos y jurídicos*, Madrid, 1978; Isabel Tocino Bircarolasaga, *Aspectos legales del riesgo y daño nuclear de las centrales nucleares*, Madrid, 1975). La preocupación más intensa en América Latina parece corresponder al Brasil (ver el volumen 113, abril-junio de 1981 de la revista "Justitia", Sao Paulo). J.H. Pierangelli, *Ecología, polución y derecho penal*, en "Doctrina Penal", Buenos Aires, enero-marzo de 1983; Paulo José de Costa (Jr.) y Giorgio Gregori, *Direito penal ecológico*, Sao Paulo, 1981. Es instructivo José A. Tutzenberger, *Manifiesto ecológico brasileño. Fin do futuro?*, Porto Alegre, 1980. Sobre Argentina, David Baijún, *Política criminal y tutela del medio ambiente en la República Argentina*, en "Doctrina Penal", 1978, p. 1.

men de lluvias o de deteriorar, de cualquier modo, el medio ambiente en forma peligrosa.

b) El desarrollo de la energía nuclear en Latinoamérica, pese a que está proscrito en la mayoría de los países su uso bélico —aunque no todos suscribieron el tratado de desnuclearización— no garantiza en forma efectiva que ella no sea usada con fines destructivos o que pueda causar terribles catástrofes por accidente o por negligencia<sup>288</sup>. Es sabido que una forma de producción de energía nuclear permite, con relativa facilidad, su implementación bélica<sup>289</sup>, en tanto que ambas importan serios peligros<sup>290</sup> y, en cualquier caso, se abre la posibilidad de su empleo criminal, de la corrupción económica y del poder, que haga que no se guarden las necesarias precauciones de seguridad<sup>291</sup>, etc. La amenaza de muerte masiva<sup>292</sup>, de producción de cáncer a mediano y largo plazo, y otras análogas, son una clara puesta en peligro del Derecho consagrado en el art. 4 de la Convención Americana.

En general, respecto de ambos aspectos de la protección del medio natural, puede afirmarse que nuestro ámbito geográfico latinoamericano carece de una tutela eficiente. No obstante, en éste como en otros aspectos señalados como carentes de tutela, cabe señalar que la tutela penal es sólo una de las formas de *tutela jurídica*, que se limita a penar una de las formas de lesión. Es necesario recordar que en ésta como en otras materias el papel esencial debe estar reservado a las disciplinas jurídicas no penales, que el derecho penal debe inter-

<sup>288</sup> Sobre las prevenciones generales contra la energía nuclear, además del cit. libro de Jungk, hay una extensísima literatura. Por ej., Mez Lutz, *Der Atomkonflikt. Berichte zur internationalen Atomindustrie, Atompolitik und Anti-Atom-Bewegung*, Reinbeck bei Hamburg, 1981, edit. por...; Jörg Hallerbach, *Die atomare Gesellschaft. Grundlagen für den Dialog um die Kernfrage*, edit. por..., Darmstadt, 1978; Fernando Morais, *Nao às usinas nucleares*, Sao Paulo, 1980.

<sup>289</sup> V. José Goldemberg, *Energía nuclear no Brasil*, Sao Paulo, 1978. En general, las declaraciones triunfalistas de los tecnócratas y el caso de la India.

<sup>290</sup> V. J. W. Gofman, L. J. Sternglass y otros, *Proceso al nucleare. Harrisburg era prevedibile... e domani?*, Milano, 1981.

<sup>291</sup> V. Marilyn Edelhertz-Walsh, *The white collar challenge lo nuclear safeguards*, Lexington, 1978.

<sup>292</sup> V. la declaración de la Academia Pontifica de las Ciencias sobre las consecuencias de una posible explosión nuclear en "L'Osservatore Romano", edición castellana del 17/1/1982.

venir para asegurar la eficacia de las reglas no penales, especialmente las civiles y administrativas, cumpliendo una función auxiliar, sin perjuicio de que intervenga directamente en los atentados graves al medio natural<sup>293</sup>.

Es necesario, a los efectos de nuestra investigación, indagar no sólo si hay una protección penal, sino también establecer si la misma tiene un suficiente sustento no penal indispensable para que no sea una mera declaración legal.

29. *Otros bienes jurídicos desprotegidos.*— No es posible, en el curso de una investigación general, agotar el análisis de los bienes jurídicos que interesan en forma directa a los Derechos Humanos y que se hallan huérfanos de tutela jurídica y, en particular, jurídico-penal. Sin embargo no está de más mencionar algunos de ellos, como el derecho a la privacidad y el conflicto jurídico a que da lugar con el derecho de información, indispensable al Estado de Derecho<sup>294</sup>.

Igualmente, el peligro de un control monopólico u oligopólico de los medios masivos resulta sumamente peligroso, puesto que todos sabemos hoy que la "opinión pública" no deja de ser una ficción, pues puede configurarse a través de esos medios en forma de "propaganda", lo que no constituye ninguna novedad en el plano sociológico<sup>295</sup>, pero sí una amenaza para el Estado de Derecho.

Las lesiones a la intimidad, el control oligopólico de los *mass-media* y la lesión a la libertad creativa por vía de la censura, abierta o encubierta, directa —por prohibiciones— o indirecta —exclusión del acceso público— son fenómenos generadores de lesiones a las culturas latinoamericanas, puesto que dan lugar al exilio o al silencio de las personas creativas y, por ende, a la distorsión de la dinámica cultural de las sociedades.

<sup>293</sup> Cfr. la primera recomendación de alcance nacional, del 12º Congreso Internacional de Derecho Penal, Asociación Internacional, Hamburgo, 16 al 22 de setiembre de 1979, *Actes du Congres*, p. 541.

<sup>294</sup> V. Eduardo Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y libertad de información; un conflicto de derechos*, México, 1979; *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa. Atti del Convegno giuridico "Informazione Diffamazione Risarcimento" promosso dal Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei*, Milano, 1979.

<sup>295</sup> Desde la Segunda Guerra Mundial, el fenómeno ha sido cuidadosamente investigado en los Estados Unidos, particularmente con relación a las elecciones.

Estos “minigenocidios culturales” no suelen ser advertidos en toda su magnitud por los juristas, puesto que son lesiones que nos “envuelven”, dado que la incapacidad de reconocer la lesión es el resultado de la lesión misma.

No menos grave es la amenaza de la informática, que puede dar lugar a un control social increíblemente riguroso<sup>296</sup>. Prácticamente todos los países del Mercado Común Europeo tienen leyes al respecto, que tratan de salvaguardar el principio de que un dato recogido para un fin no puede usarse para otro fin distinto. Es perfectamente lógica esta tutela, dada la amenaza de que informaciones inocentes, como los libros que son solicitados en las bibliotecas públicas, o las suscripciones a revistas y diarios, cuando se “cruzan”, pueden revelar información política o de otro orden, capaz de alimentar un control de Estado terriblemente represivo, generador de nuevas e inimaginables formas de marginación. Mediante este medio se puede llegar a verificar la conformidad de las pautas individuales con los “modelos” del poder, lo que pone en gravísimo peligro prácticamente todos los Derechos Humanos.

El mero enunciado de estos bienes huérfanos de tutela, creemos que basta para justificar la necesidad de ulteriores investigaciones específicas, para las cuales podemos aspirar a que la presente sirva de modesto cuadro general de referencia.

*Cuadro sintético de los elementos de información jurídica a reunir.*

- 1) Constitución política.
- 2) Actas, reglamentos, estatutos u otras normas con valor constitucional.
- 3) Código Penal.
- 4) Leyes penales especiales.
- 5) Disposiciones penales contenidas en leyes no penales.
- 6) Legislación penal “de facto”.
- 7) Legislación contravencional.
- 8) Leyes de estado peligroso o análogos.
- 9) Código Procesal Penal.

<sup>296</sup> V. Rodolfo Pagano, *Banche dati e tutela della persona*, “Quaderni della Documentazione” della Camera dei Deputati, 1982.

- 10) Leyes de competencia judicial.
- 11) Disposiciones sobre competencia policial y administrativa.
- 12) Facultades de la policía y cuerpos de seguridad.
- 13) Regulación de la tenencia y portación de armas.
- 14) Reglamentación del uso de armas por fuerzas de seguridad y policiales.
- 15) Reglamentación de las policías privadas y servicios de custodia.
- 16) Ley de ejecución penal (incluyendo la asistencia posliberacional).
- 17) Reglamentos de los establecimientos penales.
- 18) Legislación penal militar.
- 19) Ley de servicio militar.
- 20) Código del menor o régimen de menores.
- 21) Régimen de adopción.
- 22) Reglamentación de los institutos para menores.
- 23) Organización de la administración de justicia y del ministerio público.
- 24) Normas de selección y ascenso de magistrados.
- 25) Normas de organización y funcionamiento de la policía o policías.
- 26) Normas de organización y funcionamiento de los organismos de ejecución penal.
- 27) Planes de estudio de las escuelas y academias de personal policial y ejecutivo.
- 28) Legislación psiquiátrica.
- 29) Legislación geriátrica.
- 30) Legislación penal económica.
- 31) En lo posible, breve síntesis del derecho económico.
- 32) Normas sobre responsabilidad de funcionarios.
- 33) Legislación antiterrorista.
- 34) Normas civiles y administrativas de protección del medio ambiente.
- 35) Normas referentes a la energía nuclear.
- 36) Disposiciones penales concernientes al medio ambiente y a la criminalidad nuclear.
- 37) Legislación reguladora de drogas y otros tóxicos.
- 38) Disposiciones penales sobre drogas y otros tóxicos.
- 39) Ley de migraciones y facultades de las autoridades.
- 40) En lo posible, averiguar la existencia de disposiciones

que apuntalen el derecho a la intimidad, que procuren evitar el control monopólico u oligopólico de los *mass-media* y el uso de datos con fines diferentes a los que motivaron su almacenamiento.

### C) INFORMACIÓN SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS SISTEMAS PENALES.

30. *Percepción de los núcleos problemáticos para los Derechos Humanos.*— Por regla general, el análisis jurídico permite intuir dónde se hallan los núcleos más problemáticos que ofrecen los sistemas penales desde el punto de vista de los Derechos Humanos. Sin embargo, dicho análisis puede mover a engaño. Así, por ejemplo, el art. 98, inc. 4, del código penal de Costa Rica establece una “medida de seguridad” que aniquila la legalidad de la pena, pues permite al juez prolongar la privación de libertad indefinidamente cuando crea que el sujeto no se ha resocializado suficientemente. Sin embargo, pese a la raíz ideológica autoritaria y a la letra misma del texto, esta disposición no se ha aplicado nunca y casi toda la opinión jurídica estima que es inconstitucional. Eso nos indica que, si bien su presencia en el texto es peligrosa e indeseable, en la práctica aún no ha sido lesiva y, probablemente, nunca lo sea. La presencia de la llamada “pena de muerte” en un código es también problemática. En la práctica, puede que no se la aplique. Por supuesto que ello no obsta a la posibilidad de “ejecuciones sin proceso”.

En otras palabras: las características de represividad —principalmente selectividad, estigmatización y criminalización condicionante— de un sistema penal, puestas de manifiesto en los resquicios de sus disposiciones legales y que salen a la luz cuando se las ilumina con los rayos de la lectura “en clave de Derechos Humanos”, pueden agudizarse o atenuarse en la práctica del control social por medio del sistema penal. Del mismo modo, su ineficacia puede aumentar o disminuir por la práctica. Podemos hallar una definición legal impresionantemente tutelar, pero que se frustra en una práctica altamente ineficaz. Si quedamos al mero nivel de análisis jurídico de los sistemas penales, no hay duda de que detectaremos peligros y lesiones a los Derechos Humanos, pero algunos no van a ser tan graves como suponemos y otros van a ser mucho más se-

rios de lo que imaginamos partiendo de los textos legales. Ya nos hemos referido a estas dificultades tan propias de los sistemas penales latinoamericanos y a la posible metodología con la cual encarar un vistazo sobre la realidad operativa de los sistemas<sup>297</sup>, de modo que no insistiremos en ello.

Sin embargo, corresponde aquí poner el acento en algo que ya llamó la atención al proponer lectura de textos y opiniones jurídicas. Allí hablamos de la necesidad de leer "en clave de Derechos Humanos". Aquí es necesario "ver y oír" en clave de Derechos Humanos, lo cual requiere ojos y oídos avizores. Para esto no hay regla alguna, más que estar atento. No hay norma metodológica alguna, como no sea la atención, la experiencia y la imaginación, para que cuando un funcionario de prisiones nos muestre un equipo de música funcional en las celdas, nos preguntemos y tratemos de averiguar si se le puede dar un uso torturante y observemos si en cada celda existe una llave para cerrar el sonido y controlar el volumen y si efectivamente funciona.

Tampoco hay regla para saber cómo se produce la selección que lleva a que en la cárcel se queden únicamente los pobres. Sabemos que el sistema penal, en la práctica, construye un sistema de eximentes de pena completamente distinto de las formales ausencia de acto, atipicidad, justificación, inculpabilidad y excusas absolutorias<sup>298</sup> en base a eximentes no reconocidas legalmente, pero que operan a nivel consciente e inconsciente en el personal de los diferentes estratos o segmentos del sistema. Hay también todo un sistema práctico de atenuantes y agravantes no legales.

Estas reflexiones tienen como único fin demostrar que los aspectos que señalamos en el párrafo siguiente, lo son a mero título ejemplificativo, pero que la sagacidad y experiencia al recoger los datos, al conversar con los protagonistas, al visitar lugares, es lo que debe hacer el resto.

31. *Cuestionario básico sobre aspectos de la práctica de los sistemas.*— Ya formulada la advertencia del párrafo anterior,

<sup>297</sup> Párrafos 9 y 10.

<sup>298</sup> Sobre las categorías jurídicas en Latinoamérica nos hemos ocupado en *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1974, y más detalladamente en *Tratado de Derecho Penal; parte general*, Buenos Aires, 1980/1983 (tomo III y IV). Allí recogemos la principal bibliografía latinoamericana.



entendemos que hay una nómina de preguntas básicas que son ineludibles en la valoración de los aspectos prácticos que pasamos a enunciar.

a) La frecuencia de las muertes vinculadas con el sistema penal es un índice claro de la violencia imperante. Para tener una idea del fenómeno, será necesario establecer aproximativamente la frecuencia de las penas de muerte formales, que nunca será alta, pero será fundamental el dato de las muertes registradas en enfrentamientos con fuerzas de seguridad, de homicidios y suicidios en dependencias policiales y de detención provisoria en los primeros momentos del proceso o antes, de muertes registradas en sublevaciones y tentativas de fuga, de muertes causadas por particulares y policía auxiliar o de custodia en defensa de la propiedad o de otros bienes, el número general de homicidios registrados o denunciados, la frecuencia de casos de "desapariciones" y secuestros seguidos de muerte u homicidio no esclarecidos.

b) Un signo de represividad en la práctica es lo que poco técnicamente, pero con considerable contenido gráfico, podemos llamar "tendencia a encerrar". Para ello será menester establecer qué penas son más frecuentes, qué actitudes tienen los jueces frente a los sustitutivos —si los hay— y frente a las "medidas" privativas de libertad, sean para imputables como para inimputables.

c) La "tendencia a encerrar" se revelará objetivamente mediante el número de personas institucionalizadas. Este número no debe abarcar únicamente a los jurídicamente señalados como institucionalizados por el sistema penal, sino a todos los institucionalizados: penados, procesados, contraventores detenidos en delegaciones y dependencias policiales o administrativas, pacientes psiquiátricos, menores. La comparación de los datos parciales y totales especiales con los datos demográficos generales, nos permitirán extraer importantes consecuencias sobre el sentido e intensidad del control social institucionalizado.

d) En el ámbito contravencional y policial es necesario averiguar a quiénes se tiende a encerrar, cómo se lo hace, a qué actividad se dedican a quienes encierra, si hay formas de encierro degradantes y en razón de qué, si es posible ejercer el derecho de defensa en la práctica, qué obstáculos se le colocan, si hay controles y recursos judiciales y si son efectivos.

En lo que hace a la detención policial, es necesario averiguar si no hay un sistema de descriminalización fáctica, que tiene lugar en algunos países: se mantienen detenidas policial o administrativamente a personas que la autoridad supone autores de delitos leves y medios, por medio de cualquier recurso legal, no se le informa al juez y, después de cierto tiempo, se lo pone en libertad, sin someterlo a proceso alguno, lo que tampoco desea el detenido, porque ese régimen es más benigno que la sanción formal. Se trata de una forma de pena sin proceso, aunque la característica diferencial es que configura una pena sin proceso más leve que el proceso y la pena con proceso.

e) Es importante, para aproximarse a las actitudes judiciales respecto de los Derechos Humanos, tratar de aproximarse a las eximentes, agravantes y atenuantes tomadas en cuenta más frecuentemente por los jueces. Es bueno tratar de establecer cuál es el porcentaje de extranjeros condenados, de qué países, o el de no locales nacionales, de qué provincia, estado o región.

f) En cuanto a la magistratura, es difícil establecer si existe corrupción en forma de cohecho, aunque es recomendable recoger todas las versiones que circulen, en lo posible de distintos sectores de intereses, a efectos de establecer luego el cuadro de situación y deducir el índice de probabilidad de cada una de ellas, siempre con las debidas reservas. Sin embargo, otros datos fácticos que hacen a su independencia son necesarios. Así, puede establecerse cuál es la estabilidad real, en orden a las posibilidades de que decisiones del poder político puedan remover a los magistrados (qué ha sucedido institucionalmente en los últimos lustros, por ejemplo), puede indagarse si de hecho las opiniones políticas o las actitudes que revelen ciertas ideologías por razones de clase u origen determinan u obstaculizan el nombramiento o el ascenso. Es importante averiguar si se ha perseguido a magistrados por razones ideológicas, si son o fueron amenazados, si se registran atentados, etc.

g) En cuanto a las garantías procesales, es necesario detenerse especialmente en algunos detalles prácticos que son fundamentales. En principio, si la ley autoriza la incomunicación, es necesario hacer un muestreo y establecer en qué medida se la prolonga. También si hay excepciones prácticas y por qué

motivo: corrupción, influencia del poder. Es menester también averiguar si se la prolonga más allá del término legal con cualquier recurso leguleyo o, en caso de no autorizársela, si puede de hecho disponérsela.

Es importante saber si en la declaración indagatoria, el sujeto tiene la efectiva garantía de una asistencia letrada y cuáles son las atribuciones del letrado en dicho acto. También es necesario saber cuál es el valor que se le otorga a las actuaciones policiales y si la declaración indagatoria o cualquier actuación análoga le está "delegada". Una manera de lesionar la imparcialidad es, justamente, la violación de Derechos Humanos que se comete delegando funciones judiciales en la policía.

h) La investigación de la tortura y de los apremios ilegales es una cuestión práctica fundamental. Es difícil lograr la comprobación, pero el ojo habituado puede recoger información, versiones, comprobar si son adecuadas a las oportunidades que los defectos procesales proporcionan, etc.

i) Vinculadas con lo anterior se hallan las condenas a funcionarios públicos, que también proporcionan un dato importante sobre la criminalidad del poder en general.

j) No basta con la consagración legal del hábeas corpus, del amparo o del mandato de seguridad, como tampoco de las instancias de control de legalidad, de constitucionalidad, etc., sino que es necesario que tales acciones y recursos sean prácticamente accesibles y viables. Una jurisprudencia restrictiva, una reglamentación limitativa, un formalismo extremo, una ley impositiva que establezca un sellado honoroso, son todos medios prácticos para tornar ilusoria una abstracta garantía legal o constitucional.

k) El proceso penal es un instrumento en el cual las garantías judiciales pueden resentirse seriamente como resultado de la delegación práctica de funciones en funcionarios o empleados sin *imperium*. La extensión de esta delegación depende de la forma procesal (en el juicio oral es casi imposible), pero, en la práctica, es sumamente importante establecer cuántos jueces hay, cuántos procesados, y el promedio diario de resoluciones, autos interlocutorios y sentencias, que dicta un magistrado. Hay límites humanos que nadie puede sobrepasar y cuyo exceso está señalando claramente la referida delegación.

l) La duración media de un proceso es un dato importantísimo. Cualquier garantía se vuelve ilusoria cuando el proce-

so penal se distorsiona temporalmente. La distorsión temporal es la psicopatía del sistema penal. No se trata únicamente del problema de la prisión preventiva que opera como pena, sino que también opera como pena el sometimiento prolongado a proceso, dado que también esa situación tiene carácter estigmatizante.

Otro dato importante a este respecto son las limitaciones de todo orden con que choca el procesado que se halla en libertad.

l) El funcionamiento de los tribunales militares es una cuestión que, al menos, requiere satisfacer dos preguntas: si es en la práctica libre la elección del defensor, y si el defensor sufre alguna restricción a su libertad de defensa, como puede ser si depende jerárquicamente del tribunal. Es también importante estudiar la prisión preventiva y la ejecución penal militar, especialmente para comprobar que no se violen las garantías referidas a la igualdad o que con cualquier pretexto oculten otros prejuicios. Por último, cabe averiguar si contra las sentencias militares son prácticamente viables los recursos de control de legalidad.

m) La internación y tratamiento psiquiátrico es un problema harto complejo, que aquí sólo puede encararse superficialmente, pero que, con seguridad, requerirá a corto plazo una investigación especial. Es necesario averiguar en qué medida se acude al recurso del manicomio de seguridad, qué tratamientos se emplean más frecuentemente. Respecto del uso de psicofármacos es importante saber cuántos pacientes suele haber por médico, si los médicos son especializados, cuánto suele durar una internación, si intervienen psicólogos y con qué funciones, si se han registrado casos de internación arbitraria, qué ha sucedido en tales casos, si son frecuentes los suicidios o accidentes en los manicomios, etc.

n) Es importantísimo establecer cómo se controla judicialmente la ejecución penal, si es que se la controla. Para el penado es una garantía fundamental que pueda recurrir libremente de las sanciones que se le impongan como también de otras medidas que cumplen esa función, como son los traslados.

En cuanto a las condiciones internas de los establecimientos, debe acudir a los principios de las "Reglas Mínimas" de la ONU para establecer en qué medida se realizan, insistiendo particularmente en averiguar el número de sublevaciones, el

de presos y personal muerto o herido en tales hechos, el número de suicidios y homicidios registrados, las condiciones internas de trabajo y el destino de sus beneficios, la forma en que se hacen las "requisas", el número de fallecimientos y compararlo con el dato general de población, si los establecimientos tienen personal de cocina, ecónomo y dietólogo, si funciona una regulación razonable para la sexualidad de los internos, si los procesados están separados de los condenados y a qué régimen se somete a los primeros, etc.

No se debe pasar por alto las características de la arquitectura penitenciaria. Aún sobreviven en la arquitectura penitenciaria latinoamericana muestras de los tipos primigenios ("radial, completo o seccionado en abanico, panóptico"), que son los del "apogeo de la prisión en sus grandes construcciones fortificadas y silentes"<sup>299</sup> y, aunque algunos son históricos, como el actual museo de artesanías de Recife<sup>300</sup>, otros se mantienen en funcionamiento, como el penal "García Moreno" en Quito. El carácter retributivo y el predominio casi absoluto de la "seguridad" puede verse en algunos edificios recientes, aunque, por otro lado, se ensayen pautas correctas<sup>301</sup>.

ñ) En lo que respecta a las detenciones policiales o administrativas es fundamental averiguar el número aproximado de personas que detiene la policía o los funcionarios administrativos, dónde los alojan, si en la práctica pueden dar aviso a los familiares, cuánto tiempo se los detiene, dónde se los aloja y sobre qué tipo de personas suelen recaer tales detenciones.

o) El problema de los menores requiere, al menos, una breve indagación sobre los motivos que determinan la internación de los menores, el régimen a que se los somete, el tiempo que suele durar la internación, qué sustitutivos se pueden practicar, qué trabas hay para el control de legalidad de la institucionalización, etc. Por supuesto, los institutos de menores no pueden tener peores condiciones que las cárceles, por lo cual

<sup>299</sup> Constanancio Bernaldo de Quirós, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, México, 1953, p. 173.

<sup>300</sup> Sobre historia penitenciaria de México, Gustavo Malo Camacho, *Historia de las cárceles en México (precolonial, colonial e independiente)*, México, 1979; Castañeda García, *Prevención y readaptación social en México*, México, 1979.

<sup>301</sup> V. Secretaría de Gobernación de México, *Centros de Prevención y readaptación social. Normas de diseño*, México, 1982.

será fundamental interiorizarse acerca de su funcionamiento y del grado de violencia institucional.

*p)* En cuanto a los ancianos, es indispensable averiguar qué dificultades prácticas tienen frente al abandono familiar, qué grado de discriminación laboral sufren, si se conocen casos de maltratamiento institucional de ancianos, si es frecuente la institucionalización del anciano, si hay planes de salud para tratamiento doméstico o ambulatorio y si se han planteado supuestos de internación arbitraria, etc.

*q)* Por lo que hace a las víctimas, es fundamental establecer qué dificultades prácticas tienen para obtener reparación.

*r)* En lo que respecta al grado de discriminación por razones sexuales, debe averiguarse si hay lenidad en cuanto a los violadores, la forma en que se trata la prostitución y el lenocinio, si se persiguen vejatoriamente a las prostitutas y a las minorías sexuales, etc.

*rr)* Una visión fundamental respecto de la sinceridad resocializadora del sistema penal la brindará una impresión general acerca de la eficacia de la asistencia social prestada a la familia de los internos y a las personas que egresan de las instituciones totales y de la actitud de la policía respecto de las mismas.