Memoria Criminológica
Director: Carlos Alberto Elbert - Coordinadora: Laura Belloqui

Alessandro Baratta

CRIMINOLOGÍA Y SISTEMA PENAL

Compilación in memoriam

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

CRIMINOLOGÍA
Y SISTEMA PENAL

ALESSANDRO BARATTA
Criminólogo. Ex-Director del Instituto
de Sociología Jurídica y Filosofía Social
de la Universidad del Sarre (Saarbrücken).
República Federal Alemana

CRIMINOLOGÍA Y SISTEMA PENAL

(Compilación in memoriam)

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

2004
Julio César Faira - Editor

I.S.B.N.: 9974-578-34-5

Colección: Memoria Criminológica, N° 1
Dirigida por: Carlos Alberto Elbert, profesor de
Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
Coordinada por: Laura Belloqui, auxiliar docente de Derecho
Penal y Criminología en la Universidad de Buenos Aires.

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© B de F Ltda.
Buenos Aires 671 (CP 11000),
tel.: 916-6521 y telefax: 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (C1431AAP), tel.:4523-6225
Tucumán 1484, 9° "C" (C1050AAD),
tel.: 4371-7936 y telefax: 4371-7510
e-mail: euros@ciudad.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en la Argentina, en el mes de mayo de 2004 por:
Su Gráfica, Basabilvaso 950. Tel.: 4247-1268
(Lanús Este) República Argentina.

PRESENTACIÓN

Estas líneas pretenden honrar la obra de uno de los más importantes maestros de la criminología de fines del siglo XX, Alessandro *Baratta*. Sin embargo, antes de comentar sus trabajos aquí reunidos, mis palabras serán de presentación, para brindar unas necesarias explicaciones previas al lector.

En primer término, me emociona anunciar que, con estas páginas, está naciendo una nueva colección criminológica en el Río de La Plata, o sea, otro espacio desde el cual mantener viva la inquietud en torno a una compleja y controvertida disciplina, ya más que centenaria, que se resiste al olvido y a la negación. De allí su título: Memoria Criminológica.

El origen de esta serie se debe a la iniciativa de dos personas inquietas y generosas: Gonzalo *Fernández* y el editor Julio César Faira, ambos uruguayos, gestores de la relevante colección Maestros del Derecho Penal, que se desarrolla con buen suceso y óptimos títulos desde 2000, aunando una provechosa colaboración entre penalistas uruguayos y argentinos. De hecho, la Editorial Euros tiene un pie en cada orilla rioplatense, como para disipar cualquier duda de su proyección trasnacional. La inquietud del editor por nuevos horizontes bibliográficos lo llevó a la consulta con el director de "Maestros" y a la propuesta de ambos –que acepté y me honra profundamente– de dirigir Memoria Criminológica.

Desde esta nueva responsabilidad, procuraré emular el buen camino recorrido por la colección precursora, que supo poner al alcance de los lectores latinoamericanos textos fundamentales de difícil obtención. Es sabido que, en la historia de la criminología, también hay una gran cantidad de material olvidado o injustamente silenciado, en diferentes

lenguas, que nos esforzaremos por recuperar para el castellano, llenando esos espacios vacíos.

Pese al propósito de interesarnos por los llamados "clásicos", queremos ocuparnos también de la producción de autores contemporáneos y noveles, en la medida en que la calidad justifique su difusión. Para diferenciar visualmente ambos tipos de fuentes teóricas, esta colección identificará con números dorados las obras de consulta ya consagradas (o tenidas por tales en algún momento histórico) y con números blancos la producción de autores contemporáneos.

La coordinación general estará a cargo de Laura Belloqui, joven y talentosa colaboradora de mis cátedras de Derecho Penal y Criminología, en la Universidad de Buenos Aires, quien, de este modo, se iniciará en la tarea editorial.

Para las líneas finales reservo algunas referencias a la obra de Alessandro *Baratta*, autor del material que compone nuestro número de presentación; obviamente, se trata de un homenaje a nuestro querido amigo, a quien perdiéramos físicamente el 25 de mayo de 2002.

Para componer el presente volumen, hemos efectuado una trabajosa selección, procurando equilibrar los aspectos disciplinarios más relevantes a los que *Baratta* dedicó su vida. Puede verse, en el índice, que agrupamos trabajos de distintas etapas de la producción teórica del maestro italiano, en referencia al derecho penal, la criminología y las ciencias penales, el ensayo filosófico, el sociológico, los derechos humanos y las cuestiones penitenciarias. Tales temas señalan la amplitud del pensamiento de *Baratta* y su capacidad para trasladarse de una disciplina a otra, con tanta versatilidad como rigor teórico.

Los trabajos que integran este volumen fueron escogidos, puede imaginarse, de una cantidad mucho más voluminosa y cronológicamente abarcativa. Como todo acto de escoger, el contenido implica criterios de preferencia. En esta oportunidad, hemos privilegiado la representatividad de los artículos, según el momento en que aparecieron, la perdurabilidad

de esos debates hasta el momento actual y el interés, como fuente teórica, del material. Tomamos los trabajos de distintas publicaciones en español e italiano, citando las fuentes respectivas y, en su caso, traduciéndolos. También efectuamos una detenida revisión de las traducciones que integran el volumen, adaptándolas a las necesidades de éste y depurándolas de errores. Una buena parte de los trabajos fueron publicados en América Latina –algunos en distintas revistas, en varios países– y quiero destacar dos de ellos, poco o nada conocidos, incluidos en esta colección por razones muy específicas de mi relación personal con *Baratta*. "El Estado mestizo" es un trabajo inédito (al menos hasta donde pude rastrearlo) que *Baratta* me entregó personalmente en 1994, en portugués, para traducir al español. Lo cité en mi libro "Criminología latinoamericana", parte primera, publicado en 1996 y lo menciona el propio *Baratta* en el último texto de este libro. Mi colaborador Jorge Andrés realizó la traducción, pero, por distintas complicaciones, *Baratta* nunca nos comunicó su aprobación para publicar este texto, al que subtituló "Primer esbozo". La segunda referencia alude al debate sobre su libro *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, que incorporamos como capítulo VII. Ese trabajo lo realizamos en común, culminando el Curso de formación superior en Criminología que dirijo en la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe. En dicho programa, como trabajo práctico final, se discuten en profundidad obras teóricas de influencia relevante en criminología, con sus propios autores. En el curso de 1994, elegimos como material de análisis y discusión el libro más importante de *Baratta*. Para convocarlo a esa tarea, lo había visitado un año antes en su casa de la Beethoven Strasse 48, de Saarbrücken. Aceptó de inmediato, complacido. Lo singular del caso es que el momento político de esos días era desconcertante, por el fin de la bipolaridad, la disolución de la República Democrática Alemana y su integración a la República Federal en 1990 y, en general, por el avance del neoliberalismo y las derechas en los países centrales. En Italia, previa disolución de los viejos

partidos tradicionales, en particular del comunista, el más grande e independiente de Europa, se iniciaba el llamado "fenómeno Berlusconi". En América Latina, también en 1990, había concluido la experiencia sandinista por la vía electoral, y de inmediato se negociaron soluciones pacíficas en El Salvador y Guatemala, sellando, aparentemente, el destino insular de la Revolución Cubana. Todos estos acontecimientos tuvieron un efecto demoledor para los teóricos e intelectuales de izquierda, la "generación de los setenta", la de las luchas de liberación, incapaces de respuestas inmediatas frente a la enormidad de interrogantes abiertos por el sorprendente giro histórico que culminó en la disolución de la Unión Soviética. Una pléyade de teóricos de las ciencias sociales sintieron que su producción intelectual, su militancia y compromisos anteriores, la obra de vidas enteras, parecía haber sido una entrega vana. Me consta la decepción de Sandro *Baratta* en esos días, ante los acontecimientos de Nicaragua e Italia. Quiero destacar, entonces, su coraje intelectual, por lo que significaba, en ese contexto, aceptar una invitación para poner en debate nada menos que la vigencia de su obra principal, cuando las circunstancias históricas la hacían más fácilmente atacable y aparentemente frágil. Los vientos de la posmodernidad empujaban la burla a las viejas ideologías y modelos utópicos de cambio social, proclamando el fin de la historia. Consciente de todo ello, Sandro no titubeó en comprometerse, con sus características personales de siempre: entusiasmo y espontaneidad. Podrá juzgarse luego su calidad intelectual, a través de la lectura del debate que sostuvo en Santa Fe, cercano al fin de sus días y de su obra.

He escuchado a alguien referirse a *Baratta*, tras su muerte, como "representante de una etapa ya superada en el campo teórico". Estoy convencido de que la hora de la verdad no se presenta a los hombres durante los días de vino y rosas, sino al final del periplo, sorprendiéndonos en estado de indefensión, por algún nuevo cambio indeseable o imprevisto de la escurridiza realidad. Y como todos los paradigmas

se agotan y el mundo no cesa de cambiar, ningún productor intelectual quedará a salvo de que le apliquen, en la hora difícil, etiquetas fáciles.

Toda teoría será alcanzada por la obsolescencia en algún momento, haciendo pagar caras mañana las arrogancias intelectuales de hoy. Por el contrario, estoy convencido de que la perdurabilidad de la obra de *Baratta* radica en la integridad consecuente de sus ideas y convicciones, sinceras hasta la médula, como para admitir públicamente, en la hora debida, sus temores, desconciertos y lo que él mismo consideró sus errores de apreciación.

La obra de *Baratta* es imprescindible para el futuro; es el testimonio de un humanista profundamente comprometido con las luchas sociales del siglo veinte, con la defensa de los oprimidos y la esperanza en la construcción de sociedades más justas y humanas. El tiempo dirá si tales utopías permanecerán devaluadas como sueños del pasado o si las sociedades tendrán que volver, desesperadas, a desempolvarlas. En ese contexto, y no en el de las modas intelectuales, deberá juzgarse la trayectoria de Alessandro *Baratta*.

Creo que estos conceptos permiten tener por iniciada nuestra colección, signada, como corresponde, con el número uno en color dorado, rindiendo tributo a un grande de la criminología, que invirtió su compromiso científico en nuestras tierras, que tanto amó.

Buenos Aires, marzo de 2004

Carlos Alberto Elbert
Director

EN RECUERDO DE ALESSANDRO BARATTA

I

El Prof. Carlos Alberto Elbert, director de esta nueva colección bibliográfica de criminología, me ha conferido el honor de intercalar unas líneas a propósito del autor aquí homenajeado, en la portada del primer volumen de la serie. Ese gesto de nobleza y amistad compromete doblemente mi gratitud.

En primer término, pues siento que esta Memoria Criminológica *que hoy nace a la vida académica es la hermana gemela de nuestra colección Maestros del Derecho Penal, publicada por la misma casa editorial, cuya responsabilidad comparto con otro querido colega argentino, el Prof. Gustavo E. Aboso. Se trata, entonces, de una nueva instancia de cooperación mutua entre los penalistas y criminólogos de ambos márgenes del Plata, que nos hemos jugado –en la medida de nuestras modestas posibilidades– a trenzar y hacer efectivo el sueño tan postergado de la integración regional en el área del MERCOSUR.*

Por otra parte, con Carlos Elbert me une una larga relación de amistad. En múltiples encuentros binacionales –en Colón; en Santa Fe, en Vaquería, un paraíso allá en la tierra cordobesa, en Buenos Aires o Montevideo–, he tenido el privilegio de escuchar sus siempre agudas reflexiones criminológicas, desde una sintonía que me atrevo a calificar de emblemáticamente latinoamericana y "latinoamericanista".

Si a ello le adiciono que la idea de lanzar la Memoria Criminológica *maduró definitivamente en Montevideo, durante la última reunión de becarios de la Alexander von Humboldt-Stiftung, se comprenderá la alegría que me invade al poder*

contribuir mínimamente con el primer volumen de la incipiente colección hermana.

Estoy absolutamente convencido de que, a través de iniciativas de este tenor, inexorablemente albergadas bajo la quijotada editorial de Julio Faira, estamos demostrando hasta la saciedad, aquello que escribió Mario Benedetti y que cantó luego la voz cómplice de Joan Manuel Serrat: ¡que el Sur también existe!

II

El segundo motivo de gratitud, y de no menos emoción, surge por tener la posibilidad de colaborar en una publicación dedicada al Prof. Alessandro Baratta, que tanto quiso al Uruguay y a quien nosotros, a la vez, tanto quisimos. Ahora que ya no nos acompaña físicamente, deviene imperioso –sobre todo, pensando en las nuevas generaciones– evocar la figura entrañable del Maestro desaparecido y rendirle merecido tributo a su entrega fraternal e indeclinable hacia América Latina.

III

Alessandro Baratta, nacido en Roma, se graduó en filosofía en la Universitá degli Studi di Roma, defendiendo una tesis sobre el pensamiento jurídico de Gustav Radbruch[1].

De ahí en adelante, Baratta se dedicó por entero a la investigación y a la docencia universitaria, repartiéndose entre Italia y Alemania, pues supo enseñar Filosofía del Derecho en la Albert-Ludwigs-Universität de Freiburg i.Br., en la Universitá "La Sapienza" di Roma, en la Universitá degli Studi di Camerino y en la Georg-August Universität de Göttingen.

Finalmente, en 1971, sucedió a Werner Maihofer en la dirección del Institut für Rechts-und Sozialphilosophie de la Universität des Saarlandes, con sede en Saarbrücken, donde permaneció hasta sus últimos años de vida.

[1] *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruch*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, 45, 1959, ps. 505 y ss.

IV

La inclinación de Baratta por la filosofía del derecho penal –que es moneda corriente entre los penalistas alemanes–, resulta por consiguiente un perfil manifiesto de su trayectoria científica. No sólo las numerosas publicaciones de la época así lo corroboran[2] *sino que, en Saarbrücken, él entronca con una corriente crítica articulada sobre el pensamiento de Erik Wolf, de Arthur Kaufmann y del propio Maihofer, su predecesor en el Instituto. Por si fuera poco, otros* iusfilósofos *de la talla de Günther Ellscheid, Ulfrid Neumann o Detlef Krauss, también se terminan incorporando después a la Universidad del Saar, que adquiere así una impronta intelectual y académica muy marcada, dentro de la vasta red universitaria alemana.*

Esa amplitud de puntos de mira, ese desconocimiento de las fronteras artificiales que demarcan el derecho, la sociología y la filosofía, será la característica distintiva de todo el trabajo ulterior de Baratta. Es que, como lo refiere Roberto Bergalli en su documentada reseña necrológica, "una persona de semejante magnitud no entraría al mundo de la comprensión del Derecho por la única puerta estrecha de las disciplinas jurídicas. Lo haría por la más ancha de las disciplinas sociales y tratando de encontrar una explicación filosófica al ser de las instituciones jurídicas"[3].

V

No obstante hallarse radicado en Alemania, Baratta continuó gravitando en el pensamiento crítico italiano. Su participación en el Gruppo penalistico di Bologna, junto a Massimo Pavarini, Dario Melossi y Tamar Pitch; la fundación de la re-

[2] *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale, Milano, 1963; *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca, Milano, 1966; *Philosophie und Strafrecht*, Ausgewählte Aufsätze 1959-1974, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985.

[3] Roberto BERGALLI, *Alessandro Baratta: filósofo del Derecho (penal) y de la política*, en Sistema, nº 173, Marzo 2003, p. 109.

vista "La Questione Criminale", con Franco Bricola y Franco Basaglia y, desaparecida ésta, el alumbramiento de una nueva publicación periódica, "Dei delitti e delle pene", apoyado ahora por su dilecto discípulo Raffaelle de Giorgi, por Realino Marra, Pavarini y Michael Silbernagl, entre otros muchos, dan cuenta de su permanente integración a la crítica y los debates del pensamiento jurídico peninsular.

Pero, en lo fundamental, Baratta motoriza la corriente de la criminología crítica, acompasando una profunda revisión de la cuestión criminal, que impulsan los abolicionistas (Louk Hulsman, Jacqueline Bernat de Célis, Thomas Mathiesen, Heinz Steinert, Nils Christie), el realismo criminológico inglés (Jock Young, Ian Taylor, Paul Walton, John Lea) y el incipiente garantismo penal –o derecho penal mínimo–, construido a partir de la obra monumental de Luigi Ferrajoli.

Precisamente, su libro sobre criminología crítica[4] *le da el gran espaldarazo para ingresar, de pleno derecho y por la puerta grande, al mundo académico latinoamericano, donde Lola Aniyar de Castro, Rosa del Olmo y Roberto Bergalli –este último, ya en el exilio forzoso– venían bregando por despertar a los penalistas del continente, de ese tramposo juego de ficciones que habíamos heredado del positivismo jurídico dominante. Todos ellos, junto con Baratta, convergen a demostrar que el derecho penal clásico es una disciplina mutilada por sus propias anteojeras y, por ende, que sólo la integración constructiva de dogmática, política criminal, filosofía, sociología y criminología, pueden lograr como producto una* gesamte Strafrechtswissenschaft *(ciencia penal conjunta), que acaso quepa denominar como* sociología del control penal.

Con Latinoamérica, hacia donde Baratta –transhumante empedernido– viajó una y cien veces, no pudo ser más generoso y comprensivo. Todas las publicaciones científicas de la región –también nuestra "Revista de Ciencias Penales" uruguaya– recibieron su contribución desinteresada, su pondera-

[4] *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* Introducción a la sociología jurídico-penal, trad. de Álvaro Búnster, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 1986.

da sabiduría, su inagotable paciencia. También en múltiples congresos o jornadas, Alessandro Baratta se hizo presente con su carga desbordante de cariño y amistad, aquella increíble modestia que lo distinguía, tanto como la agudeza del análisis y la hondura de la reflexión crítica.

De las varias oportunidades en que la vida me concedió el privilegio de su compañía, recuerdo en especial un Encuentro Latinoamericano de Criminología Crítica celebrado en Lima, Perú, donde un pequeñísimo grupo de "juristas", con Sandro a la cabeza –me refiero a Lucila Larrandart, Luis Marcó del Pont, Alberto Binder y yo mismo–, tuvimos que contener una embestida intelectual furibunda de los criminólogos del área caribeña, con formación psicoanalítica, para quienes el derecho venía a significar algo así como la más aberrante de las manifestaciones. Sólo la humildad de Baratta, su pausada y comprensiva réplica, logró evitar una segura tormenta y encender la pipa de la paz.

VI

Por cierto, esta brevísima semblanza no agota –en rigor, no podría hacerlo– la polifacética personalidad de Baratta. Quien desee internarse con mayor hondura por la evocación del jurista y filósofo desaparecido, deberá acudir –casi como lectura obligada– a la enjundiosa nota del querido Roberto Bergalli, citada a pie de página.

Es que, en realidad, mi interés no va más allá de rendir un modesto tributo a Sandro, testimoniando la gratitud de toda una generación de penalistas uruguayos, a quienes este hombre insustituible nos vino a tender la mano, apenas fenecida la larga dictadura militar, en la "primavera de los claveles" del año 1985, aportando su vasta formación cultural, su revulsivo análisis de la "questione penale" y el aroma cautivante de la renovación científica y de la modernidad.

Me apresuro a afirmar que, coincidiendo o aún discrepando con sus ideas, a partir de allí, el desembarco periódico de Alessandro Baratta por Montevideo nos ayudó a todos a pen-

sar, nos abrió la cabeza para una nueva autocomprensión del saber penal. Como lo ha recordado hace poco otro penalista de mi generación, él fue un observador lúcido y alerta; de manera que su muerte ha dejado, fuera de dudas, un lugar intransferiblemente vacío[5].

Sí, por cierto. Mucho más, para quienes comulgamos en su mismo credo ideológico. Porque el diálogo fluido con Sandro Baratta, imperceptiblemente, nos fue reintegrando la libertad. Por lo pronto, nos hizo saber –como lo reivindicaba Juan Carlos Onetti, el gran escritor uruguayo– que la libertad, una presencia siempre rutilante en la sonrisa cálida de Baratta, es "un aire habitual, sin perfumes exóticos, que se respira junto con el oxígeno, sin pensarlo, pero concientes de que existe".

VII

Estoy seguro de que Sandro, apasionado como era por la música popular latinoamericana de cualquier signo, si aún pudiera escoger, se conmovería con alguno de los decires del pueblo, con el canto de esos hombres de trabajo y miseria, de los proletarios humildes aplazados en el pan y en la ternura, que sin embargo todavía resguardan un espacio para la esperanza y la alegría, para tejer los viejos sueños y apuntalar la utopía.

Y, tan luego una de esas frases, acuñada por los músicos populares del Uruguay, me percute ahora machaconamente la cabeza. Acabo de oírla. Dice que, según el viento de la noche, morir es sólo otra manera de llegar.

Montevideo, 14 de marzo de 2004.

Gonzalo D. Fernández
Catedrático de Derecho Penal

[5] Carlos E. Uriarte, *Alessandro Baratta, in memoriam: uno de nosotros*, "Revista de Derecho Penal", nº 13, Diciembre 2002, p. 910.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN, por Carlos A. ELBERT VII
EN RECUERDO DE ALESSANDRO BARATTA, por Gonzalo FERNÁNDEZ .. XIII

CAPÍTULO I

ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO PENAL

Integración-prevención (1985) 1
La vida y el laboratorio del Derecho (1988) 31
Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal (1991) 57

CAPÍTULO II

CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

Enfoque crítico del sistema penal (1984) 89
Introducción a la criminología de la droga (1988) 112
¿Tiene futuro la criminología crítica? (1995) 139
Política criminal: entre la política de seguridad y la política social (1997) 152
Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social (1998) 168
Seguridad (2001) 199

CAPÍTULO III

ENSAYO FILOSÓFICO

El Estado mestizo (1994) 221

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS SOCIOLÓGICOS

El modelo sociológico del conflicto (1979) 247
Problemas sociales y percepción de la criminalidad (1984) 274

CAPÍTULO V

DERECHOS HUMANOS

Principios del derecho penal mínimo (1987) 299
Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal (1989) 334

CAPÍTULO VI

CUESTIONES PENITENCIARIAS

Observaciones sobre las funciones de la cárcel (1982) 357
Resocialización o control social (1991) 376

CAPÍTULO VII

BALANCE DE UNA OBRA ESENCIAL

Debate sobre *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, a diez años de su aparición (Univ. Nac. del Litoral, Santa Fe, Rep. Argentina (1994) 395

CAPÍTULO I

ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO PENAL

INTEGRACIÓN-PREVENCIÓN: UNA "NUEVA" FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA DENTRO DE LA TEORÍA SISTÉMICA*

1. Desde hace algún tiempo, la teoría sistémica proporciona el marco teórico de una ardua tentativa por dar solución a problemas que han permanecido sin una respuesta satisfactoria en el curso de los recientes desarrollos del pensamiento penal. Esta tentativa, a la cual en la República Federal de Alemania, AMELUNG, OTTO y otros[1] han contribuido de diversa forma, ha encontrado su más sistemática expresión en el reciente tratado de derecho penal de Günther JAKOBS (1983). Podemos reunir las concepciones de estos autores bajo el rótulo de "teoría de la prevención-integración" o

* Publicado en "Doctrina Penal", año 8, nº 29-32, 1985.
Traducción de Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas.

[1] K. AMELUNG (1972) ofrece nuevas definiciones de los conceptos de bien jurídico y de "negatividad social", desde una perspectiva sistémica y funcionalista. Por otra parte, la elaboración de una nueva base de fundamentación material del sistema punitivo, como resultado de una combinación "singular" de la teoría de los sistemas y de un enfoque metafísico de la comunidad, caracteriza los trabajos de H. J. OTTO (1975; 1982, 76 y ss.). En este contexto son muy significativas, además, las contribuciones de C. ROXIN (1973; 1974; 1977; 1979), quien a partir de un enfoque sistémico-funcional en sentido lato, ha dado una nueva sistematización teleológica a la dogmática del delito, particularmente respecto del concepto de culpabilidad. F. NOWAKOWSKI (1957) y P. NOLL (1966) pueden ser considerados precursores directos de esas recientes tentativas por concretar los conceptos dogmáticos, en especial el de culpabilidad, desde el punto de vista de la función del sistema penal.

de la "prevención positiva", y ver en ella una nueva manera de fundamentar el sistema penal. Este nuevo enfoque utiliza la concepción de LUHMANN del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas (N. LUHMANN, 1964, 54 y ss.; 1981, 1983). El centro de atención radica, en particular, en el concepto luhmanniano sobre la confianza institucional, entendida como forma de integración social que en los sistemas complejos sustituye los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos, existentes en una comunidad de organización elemental (N. LUHMANN, 1973, 35 y ss., 50 y ss. , 76 y ss.).

LUHMANN considera la congruencia entre relaciones simples de confianza recíproca y derecho, como una característica de sistemas sociales elementales y de formas jurídicas rudimentarias. En sistemas complejos y en formas diferenciadas del derecho, esa congruencia no se presenta. El ordenamiento jurídico, con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, reemplaza la confianza personal por la .institucional. La institucionalización de las expectativas de comportamiento, producida por el derecho, tiene, de ese modo, la función de garantizar el modo de confianza que es posible en los sistemas sociales complejos (N. LUHMANN, 1973, 84, 97; 1981, 118). Si el derecho garantiza un grado indispensable de orientación de la acción y de estabilización de las expectativas, su función resulta, sin embargo, independiente del contenido específico de las normas (N. LUHMANN, 1981, 113 y ss.; 1983, 207 y ss.). La abstracción de la validez formal del derecho respecto de los contenidos valorativos y los preceptos en la norma particular, que es un principio fundamental del positivismo jurídico, en la teoría sistémica es llevada a su extrema consecuencia.

En este nuevo marco teórico, sin embargo, el formalismo del derecho no sigue siendo, como era anteriormente en KELSEN, un principio de garantía que asegura la independencia de la conciencia ética y de la política individual respecto de la valoración jurídica, sino que es sobre todo un principio

funcionalista que convierte en irrelevante aquella abstracción. En efecto, la teoría sistémica traslada del individuo al sistema mismo el centro de la subjetividad del sistema social (N. LUHMANN, 1974, 66 y ss.), y con ello atribuye mucho más valor, para la estabilidad del sistema social, a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales que al principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva. De allí se deriva que la violación de la norma es socialmente disfuncional, pero no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados (N. LUHMANN, 1983, 53 y ss., 229; 1964, 251 y ss., G. JAKOBS, 1983, 28 y ss.).

Desde una perspectiva sistémica, pues, la reacción punitiva tendrá como función principal la de restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social. Cuando esos efectos, en atención a la estabilidad del sistema, dejan de ser tolerables, interviene la reacción punitiva. La pena, afirma JAKOBS, no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, es decir, prevención negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. La pena es prevención-integración en el sentido que su función primaria es "ejercitar" el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad (G. JAKOBS, 1983, 6 y ss.).

El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. Como instrumento de prevención positiva, ella tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico, en primer lugar en relación con terceros y, posiblemente, también respecto del autor de la violación

(G. JAKOBS, 1983, 9)[2]. La prevención especial, es decir, la reeducación del autor de la violación no es, pues, la función principal, sino apenas un efecto posible y esperable, producido por la pena. Lo que importa en la valoración negativa del comportamiento delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a un individuo, no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo (G. JAKOBS, 1983, 383, 394 y ss.; 1976, 32 y ss.; C. ROXIN, 1974, 181 y ss.; H. OTTO, 1982, 561 y ss.).

La reprochabilidad del comportamiento radica, sobre todo, en el hecho de que expresa una actitud contraria a esos valores y en ello se encuentra su significado simbólico. Mientras que en esa forma la individualización del ilícito era llevada hasta su extrema consecuencia –tal como era la tendencia dominante en la dogmática penal alemana de los últimos decenios–, contemporáneamente surge la extrema consecuencia de la evolución del concepto de culpabilidad en el sentido de la teoría normativa. Este desarrollo, iniciado por FRANK (1907) e incorporado a la elaboración finalística de WELZEL (1935, 64 y ss.; 1958), estaba caracterizado, como es sabido, por el progresivo empobrecimiento del concepto de culpabilidad respecto de sus contenidos sicológicos que, en la teoría precedente, permitían convertir en objetivable el nexo entre el autor y el hecho[3]. Algunos de estos ele-

[2] C. ROXIN habla de "consolidación de la conciencia jurídica de la comunidad" y de "contribución a la estabilización de la conciencia jurídica común" (1977, 466 y ss.); H. J. OTTO (1980) niega que la pena tenga como función primaria el restablecimiento del orden violado y considera que ella posee, ante todo, la función de "mantenimiento de la paz jurídica en su función de derecho de garantía"; de este autor véase también 1982, 11 y ss.

[3] Cfr. A. BARATTA (1966, 83 y ss.). Sobre la evolución del concepto de culpabilidad véase además la monografía de H. ACHENBACH (1974). Sobre los desarrollos más recientes de esa teoría en Alemania Federal cfr. K. SEELMANN (1980).

mentos fueron trasladados por WELZEL a la estructura del tipo penal objetivo del delito. Pero también el último elemento ontológico, que en la teoría de WELZEL quedaba al fondo del tipo penal objetivo –como la "cosa en sí" kantiana, por debajo del fenómeno–, ha sido eliminado por JAKOBS –uno de los más originales discípulos de WELZEL–, mediante lo que él con razón define como una rigurosa "renormativización" del criterio subjetivo de la imputación penal (G. JAKOBS, 1983, V). La capacidad real de determinación espontánea del sujeto en la dirección establecida por la norma, esto es, la capacidad de haber actuado diversamente a como lo ha hecho, no aparece más en la base del juicio de culpabilidad, sino que este lugar es ocupado por el hecho de que la actuación del sujeto y su situación se adecuan a un tipo normativo de sujeto actuante y de situación, en presencia de lo cual la conciencia social y el ordenamiento no están más dispuestos a reaccionar sólo *cognoscitivamente* ante las violaciones de expectativas legales, sino que reaccionan *normativamente* contraponiendo la pena, entendida, como hecho simbólico contrario al significado del comportamiento delictivo (G. JAKOBS, 1983, 396 y ss.; 1976, 8 y ss.)[4].

La consecuencia de esta radical normativización de los criterios personales de imputación, es reconocida lúcidamente por JAKOBS y defendida con coherencia incluso ante las normas vigentes, en sede de interpretación del derecho y de las prácticas existentes, que es el nivel en el cual se desarrolla el discurso sistémico efectuado por dicho autor en su obra. La exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena no es solamente el fundamento de ésta, sino que contemporáneamente constituye el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, de otra parte, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva (G. JAKOBS, 1983,

[4] Sobre el llamado concepto social de culpabilidad cfr. J. KRÜMPELMANN (1983).

399 y ss.; 1976, 32). En el extremo límite de su normativización, la culpabilidad ha perdido también –JAKOBS es explícito en este punto– aquella función de criterio ontológico y de límite de la adscripción de responsabilidad penal, con la cual anteriormente se pretendía comprobar su función garantizadora y procesal (G. JAKOBS, 1983, 399 y ss.; 1976, 32).

De esa forma, los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo –el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad– parecen desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un "subsistema físico-síquico" (G. JAKOBS, 1983, 385), al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.

La consecuencia que esa doble transformación genera en el ámbito de la teoría de la pena es la sustitución del principio positivo de la prevención especial (reeducación) y del negativo de la prevención general (disuasión), por el principio positivo de la prevención general: el principio de la pena como ejercicio del reconocimiento y de la fidelidad a la norma, es decir, de la pena como prevención-integración (C. ROXIN, 1977, 472).

2. En Alemania Federal los desarrollos dados por JAKOBS y otros a la teoría y a la legitimación del sistema penal, no están desvinculados de lo que ha sido, en los últimos tiempos, la evolución y la crisis del pensamiento penal en Europa y, más en general, en el mundo occidental. Un examen analítico que excedería los límites de espacio disponibles en esta sede podría fácilmente mostrar la continuidad de ese aporte normativo y funcional a la teoría del delito y de la pena respecto de una corriente de pensamiento que (W. HASSEMER, 1981, 210 y ss.), ya hace varios decenios, se desarrolla en estos tres niveles: a) el plano técnico-jurídico, referente a la dogmática del delito; b) el plano político-criminal, relativo

al objeto y a la finalidad de la tutela penal; c) el plano ideológico, concerniente a la fundamentación y a la legitimación del sistema penal.

Antes de efectuar cualquier indicación sobre esa ubicación de la teoría sistémica en el interior de la reciente tradición del pensamiento penal, es preciso hacer una observación: en los tres niveles antes indicados, esa teoría, sobre todo en la sistematización que últimamente le ha dado JAKOBS, representa un modo de salir de las gravísimas aporías teóricas y contradicciones prácticas en las cuales desde hace varios años la ciencia penal tradicional y la política criminal oficial parecen atrapadas, en forma tal que dan la impresión de girar ya sobre sí mismas en una extenuante tarea detallista dedicada a revisar la teoría y en una indecisa marcha sobre sus propios pasos, orientados a comprobar la política y la ideología.

a) Al plano dogmático me he referido ya antes y limitado al aspecto de la teoría de la culpabilidad, básico para valorar el significado de la teoría sistémico-funcionalista.

Después de la sistematización dada por WELZEL al desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad, quedaba por resolver el siguiente problema: si la culpabilidad es la reprochabilidad por la determinación subjetiva del comportamiento, ¿cómo escapar al círculo vicioso en el cual el hecho de que la determinación subjetiva del comportamiento sea valorada negativamente –según lo dispuesto por una norma– resulta considerado como el criterio mismo de esa valoración?, y ¿cómo precisar un referente objetivo del juicio sin aceptar el principio ontológico y metafísico de la libre voluntad, basado en la hipótesis del "haber podido obrar conforme a la norma", que constituye una circunstancia *real*, la cual, como actualmente está demostrado, no es verificable empíricamente después de que se ha realizado el comportamiento ilícito y que, en todo caso, no es verificable dentro de los límites heurísticos del proceso penal?[5].

[5] Véase, por todos, D. KRAUSS (1975).

Ya hace mucho tiempo, ese pretendido fundamento ontológico del juicio de culpabilidad era el centro de las dudas y de la crítica en la teoría del delito. La solución dada por JAKOBS a ese dilema, según la cual la precisión de un referente objetivo no es posible ni necesaria para los fines del juicio de culpabilidad, y éste no es un juicio de demostración de la realidad sino de adscripción de responsabilidad conforme a criterios normativos establecidos por el derecho, había sido ya largamente anticipada en la doctrina precedente: piénsese en la concepción de la libre voluntad como "ficción necesaria" sostenida en su tiempo por KOHLRAUSCH (1903) y en la crítica del principio ontológico de la culpabilidad efectuada por ELLSCHEID y HASSEMER (1975).

Quedaba abierto, sin embargo, el dilema de una posible alternativa entre la medida de la pena en proporción al grado de culpabilidad y la medida socialmente conveniente para efectos de la finalidad político-criminal. Las raíces de este dilema pueden encontrarse en el mismo sistema penal positivo, vinculado estrechamente –como, por ejemplo, el Código Penal alemán– al principio de culpabilidad en el primer sentido, pero que en verdad proporciona criterios normativos más fácilmente concretables en el segundo sentido. La teoría sistémica del delito sale ahora de ese dilema, reduciendo la cuestión de la justicia a la funcionalidad de los criterios (y a su concretización judicial), para la función general confiada a la pena en cuanto contrafacto simbólico respecto del significado simbólico de la acción delictiva.

En esto, más que en la nueva conceptualización introducida por ROXIN[6] en un célebre trabajo sobre la dogmática y la

[6] C. ROXIN (1974) distingue entre "responsabilidad" como criterio de fundamentación de la pena para los casos individuales con base en exigencias de prevención general positiva y "culpabilidad" como criterio limitativo de la pena determinada según exigencias de política criminal. "El nivel de responsabilidad –afirma– constituye, por lo tanto, el ámbito mediante el cual en la dogmática penal se introduce directamente una política criminal respecto del autor del hecho" (1974, 182). Del mismo autor véase también 1980.

política criminal, hay que recordar todos los precedentes y la elaboración contemporánea de la teoría sicoanalítica sobre la respuesta penal actualmente representada en Alemania Federal por HAFFKE (1976, 1978a, 1978b), JÄGER (1974, 1976), STRENG (1980) y otros. La desaprobación del comportamiento y de la actitud del autor mediante la reacción simbólica de la pena representa una protección necesaria de los mecanismos inhibitorios contra el *contagio* que aparecería, si no interviene la pena, por la potencial identificación de los otros sujetos con el autor de la violación. El concepto de la punición de aquel que ha infringido el tabú como premio por la renuncia al sadismo de los otros, sobre el cual se basa en parte la teoría sicoanalítica, presupone la *igualdad* entre el sujeto que delinque y los sujetos respetuosos de la ley. Esta igualdad es la base del peligro de contagio.

La teoría sicoanalítica de la sociedad punitiva puede actuar no sólo como una teoría crítica respecto de los pretendidos fundamentos racionales y de los reales elementos irracionales de los sistemas punitivos modernos (que se expresan, por ejemplo, en la elección de un "chivo expiatorio") (T. REIK, 1925; F. ALEXANDER; H. STAUB, 1929; E. FROMM, 1931)[7], sino también como un nuevo fundamento tecnocrático de los criterios de incriminación y de adscripción de la responsabilidad penal subjetiva, subordinando estos criterios a las exigencias irracionales, expresadas en demandas punitivas concretas en una sociedad determinada. En su tratado, JAKOBS retoma la teoría sicoanalítica, pero sostiene que el fundamento funcionalista dado por él a la petición social de pena como criterio normativo para la determinación de la responsabilidad penal es independiente del marco conceptual de la teoría del inconsciente colectivo (G. JAKOBS, 1983, 9). Queda, no obstante, un punto común digno de destacarse, en la dirección tecnocrática, entre la teoría sicoanalítica y la teoría sistémica utilizada por JAKOBS. También para éste, la consideración "analógica" del autor del delito como "el igual"

[7] Cfr. A. BARATTA (1982, 45 y ss.).

es un fundamento del juicio de adscripción de responsabilidad; el criterio de esta adscripción y de la determinación de la responsabilidad penal es *social* y funcional a la exigencia de estabilización del ordenamiento y de la confianza en él (1983, 407 y ss.).

b) También en el plano de la política criminal y de la elaboración de los objetivos de la tutela, el rumbo de la teoría sistémico-funcionalista está preparado por un extenso antecedente en el pensamiento penal, que se ha ido alejando progresivamente de la visión liberal e individualista del delito como ofensa a bienes jurídicos y de la concepción de éstos como intereses y derechos subjetivos.

Al término de la segunda guerra mundial, tras el largo túnel representado por la concepción autoritaria del derecho penal, la teoría del delito en cuanto ofensa a bienes jurídicos reapareció con funciones de límite y de garantía liberal respecto del sistema punitivo, junto con el restablecimiento del estado de derecho en Alemania y el resto de Europa. Pero dicho estado no seguía siendo liberal individualista, sino que se ha convertido en régimen de garantía del Estado social. La ampliación de la competencia estatal a todas las esferas de la vida privada y pública tiene también repercusiones en la concepción de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal. La concepción de las necesidades colectivas de tutela, que se afianzaba en las clásicas necesidades individuales, lleva un argumento innovador a la política criminal; pero la consecuencia de la ampliación del concepto de bien jurídico va más allá de las intenciones de los juristas democráticos, abiertos a la consideración de nuevas necesidades y funciones en el ámbito de la política penal[8]. En realidad, el nuevo concepto sobre los bienes y valores dignos de tutela produce la tendencia a extender el ámbito penal hasta esferas que antes parecían excluidas de su radio de acción. El resultado de este proceso es la introducción, junto a los bienes jurídi-

[8] Cfr. W. HASSEMER (1973); R. P. CALLIES (1974, 122 y ss.). Para Italia cfr. F. SGUBBI (1975).

cos más fácilmente circunscribibles a la esfera jurídica de los individuos (la vida, la propiedad, el honor), de bienes jurídicos "de amplio alcance", cuya extensión es potencialmente universal (piénsese en la ecología, la economía pública, etc.).

En verdad, un cuidadoso análisis muestra que con la introducción de estos bienes jurídicos de amplio alcance, el objeto de la tutela penal se desplaza de los intereses de sujetos o víctimas potenciales hacia complejos funcionales que son, en gran parte, objeto de actividad de otros sectores del derecho y de la acción administrativa del Estado. Antes que bienes jurídicos, el derecho penal protege funciones (cfr. W. HASSEMER, 1984).

El fenómeno de la expansión del *momento* penal en cuanto soporte integrador del derecho y de la actividad administrativa del Estado, el fenómeno así llamado de la "administrativización" del derecho penal, corresponde a una real y auténtica transformación del sistema y de la función del derecho penal[9]. La disciplina penal constituye, la mayoría de las veces, uno de los elementos que integran los cada vez más numerosos sectores de la disciplina jurídica, reguladores de la intervención estatal o la actividad privada en campos como el de la salud, la construcción y la economía en general. Esto ha conducido a que sean considerados como totalmente inadecuados –en cuanto caracterizan los sistemas penales–, conceptos como los de bien jurídico y del carácter subsidiario del derecho penal, que anteriormente bien podían constituir los criterios para una contención funcional y cuantitativa de la reacción punitiva.

No sorprende, pues, comprobar que los conceptos de bien jurídico y de subsidiariedad del derecho penal, en su función de criterios sobre los cuales pueda estar actualmente afianzada una definición del ámbito de la función penal, han sido negados por OTTO y JAKOBS. El primero ha escrito:

[9] Cfr. G. JAKOBS (1983, 30 y ss.). En sentido crítico véase W. HASSEMER (1984).

"Socialmente dañoso es un comportamiento cuando tiende a la lesión de bienes jurídicos, por cuanto: 1) está dirigido a dañar un determinado bien jurídico, y con ello, 2) más allá de ese daño singular, cuestiona la seguridad de la comunidad jurídica, las relaciones personales de los coasociados, disminuye la confianza de los otros miembros de la misma comunidad y da lugar a la desconfianza.

"Este perjuicio para la confianza, de una parte, no se produce sólo con la lesión del bien jurídico, sino con la expresión de la intención de dañarlo; de otra, el perjuicio para la seguridad va más allá de la lesión del bien jurídico" (1975, 562).

A su vez, JAKOBS afirma:

"En concordancia con la ubicación de la violación de la norma y con la ubicación de la pena en el nivel de su significado -y no como consecuencia externa del comportamiento-, la tarea del derecho penal no puede ser vista en impedir la lesión de bienes jurídicos. Su función es, en cambio, la confirmación de la validez de la norma, en lo que validez es equiparable a reconocimiento (...). Función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para la relación social. El contenido de la pena es una contradicción de la negación de la autoridad de la norma, a costa del infractor de ésta" (1983, 7 y s.).

En la rigurosa visión normativista y antinaturalista que JAKOBS desarrolla de los conceptos de la dogmática penal, dejan de existir referentes extrajurídicos a los cuales se pueda tomar como criterios para una delimitación de la extensión de la respuesta penal (ámbito de tutela) y de su intensidad (límite inicial de la incriminación, diferencia entre delito consumado y tentativa, entre delitos por comisión u omisión, etc.). Conceptos tales como sujeto, causalidad, capacidad de actuar, culpa, etc., según JAKOBS, "pierden su conte-

nido prejurídico y actúan como conceptos que expresan diversos niveles de competencia. Tales conceptos no proporcionan modelos regulativos al derecho penal, sino sectores de conexión con la reglamentación penal. También la presunción de que, al menos luego de su puesta en práctica, el concepto deba referirse a un sustrato prejurídico homogéneo, se revela como un equívoco (naturalístico)" (1983, VI).

Se podría observar que esta visión normativista y antinaturalista de los conceptos de la dogmática penal no es nueva; basta pensar en la teoría de HART sobre la causalidad y su carácter adscriptivo y no descriptivo de las figuras de fijamiento de la responsabilidad penal (H. L. A. HART, 1951).

Indudablemente, estamos en presencia, tanto en el caso de HART como en el de JAKOBS, de una concepción que lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo de ciencia jurídica propia del juspositivismo. Pero en el plano de la fundamentación y de la ideología del sistema penal, las rutas de HART y JAKOBS van en direcciones opuestas. Sobre la base de la fundamentación juspositivista del derecho y de la categoría jurídica, HART lleva adelante, como KELSEN, el principio que está en el origen histórico de juspositivismo: la distinción entre derecho y moral, la limitación drástica de la intervención punitiva del Estado en la esfera interior del individuo. Es conocida, en efecto, su irreductible polémica contra la teoría expresiva de la pena (que no es una invención de OTTO o de JAKOBS), de la teoría, pues, como instrumento de afirmación y estabilización de los valores consagrados por el ordenamiento positivo (H. L. A. HART, 1968). El derecho penal debe limitarse, según HART, a la tutela de los coasociados, respecto de lesiones exteriormente perceptibles y precisables en su intensidad. En cambio, como hemos visto, para OTTO y JAKOBS el derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica del ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. El derecho penal no reprime primeramente lesiones de intereses, sino el "desvalor de los actos"

(para decirlo con una expresión de WELZEL) (1969, 2 y ss.), esto es, el comportamiento como manifestación de una actitud de infidelidad al derecho.

c) Con las observaciones precedentes, el análisis de la teoría de la prevención-integración se ha desplazado al plano ideológico, en el cual aquélla se presenta como una teoría para la fundamentación y la legitimación de la pena. Desde este punto de vista, ella se vincula a las actuales teorías expresivas de la pena[10] y, como todas éstas, a su modelo clásico, es decir, a la teoría funcionalista del delito y de la pena de DURKHEIM. La teoría de la prevención-integración nació a fines del siglo pasado, con DURKHEIM. El "nuevo" fundamento del derecho penal propuesto por JAKOBS en el marco de la teoría sistémica de LUHMANN repropone ahora la concepción durkheimiana, con toda su problemática actual y sin innovaciones sustanciales[11].

Muy lejos de esa concepción, el pensamiento penal después de la segunda guerra mundial se orienta preferencialmente hacia una ideología utilitarista-humanística de la pena, en cuyo ámbito está ubicada en primer plano la función de resocialización. En ésta se inspiraron las leyes de reforma del derecho penitenciario introducidas en Italia y en la República Federal de Alemania en 1975 y 1976[12]. Pero contemporáneamente a ese movimiento ideológico que, entre comienzos y mediados de los años 70, culmina con la afirmación de la función resocializante de la pena, un movimiento

[10] Cfr., entre otros, C. DEVLIN (1965). Para un análisis crítico de la teoría expresiva de la pena véase, especialmente, H. L. A. HART (1965, 31 y ss.). Para ulteriores indicaciones cfr. también N. D. WALKER (1964).

[11] También y sobre todo desde este punto de vista, resulta actualmente importante revisar, mediante un atento y profundo análisis crítico, la sociología jurídico-penal de DURKHEIM. Una notable contribución a tal análisis es el estudio de R. MARRA (1984).

[12] Cfr. la ley 353 del 26 de julio de 1975, en Italia, y la Ley Penitenciaria alemana del 16 de marzo de 1976. Para la discusión en Italia véase F. BRICOLA (1977), y para el debate en Alemania Federal cfr. H. MÜLLER-DIETZ (1979, 52 y ss.).

opuesto se afirma en la realidad institucional y social de los países mencionados. La realidad institucional, en particular la de las instituciones totales, se muestra, a la luz de la experiencia y de controles empíricos más atentos, como absolutamente inadecuada y más bien directamente contraria a los fines de reeducación y reinserción social del condenado (A. BARATTA, 1976; 1982, 185 y ss.; M. PAVARINI, 1978; AA.VV., 1977, 259 y ss.).

En la misma época la crisis del Estado asistencial, que comienza justamente en el momento en que la ideología reeducativa alcanza su punto más alto en el pensamiento penal de todos los países occidentales, disminuye la disponibilidad y los recursos de los gobiernos, necesarios para perseguir la finalidad humanitaria; igualmente se imposibilita una conversión funcional del sistema penal en un sistema de reinserción social de los sujetos condenados. La creciente exigencia de disciplina, unida a un aumento de la población marginada o en posición precaria dentro del mercado de trabajo, la extensión de movimientos de protesta política carentes de canales institucionales y la explosión del fenómeno del terrorismo acompañan a la comprobación científica del deterioro de la ideología penintenciaria-educativa; en ésta se produce así una profunda crisis en todo el mundo occidental. Posteriormente, la ideología penal se reacomoda adoptando una función puramente disuasiva y represiva de la pena, en otras palabras, con una nueva fundamentación neoclásica y retribucionista del sistema penal (M. PAVARINI, 1980, 143 y ss.; H. J. OTTO, 1982).

Por otra parte, teorías expresivas de la pena se afianzan en cuanto reforzadoras de los valores consagrados por el ordenamiento o también como orientadoras de un gran movimiento de reforma penal, como el realizado en el Canadá (Commission de Réforme du Droit du Canada, 1975). Desde esta perspectiva, la teoría sistémico-funcionalista, basada sobre el significado simbólico del delito y de la pena, presenta, frente a las actuales teorías expresivas, una novedad digna de mención, debida, sobre todo, al cuadro teórico dentro

del cual ha sido desarrollada. Aquella teoría constituye una de las diversas tentativas por dar una nueva fundamentación a la pena y proteger al sistema penal ante la profunda crisis de legitimación que lo afecta por la convergencia de los hechos antes aludidos.

3. La valoración crítica de este nuevo intento por legitimar el sistema penal mediante la teoría de la prevención-integración podría ser desarrollada totalmente sólo sobre la base de una mucho más analítica reconstrucción de la misma teoría, lo que excede los límites aquí disponibles. Con fundamento en las observaciones precedentes, se puede intentar establecer cuál sería la tendencia representada por la teoría examinada, en los tres planos en los cuales se ubica dentro de la actual fase del desarrollo del pensamiento penal. Me parece evidente que la teoría de la prevención-integración es funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal.

La relación que, en virtud de dicha teoría, se establece entre la ciencia social y la técnica jurídica, es de tipo tecnocrático. La teoría sistémica, en efecto, es una de las que señalan las condiciones de estabilización de los sistemas sociales mediante el derecho. Como tal, es utilizada por JAKOBS y por otros representantes de la misma doctrina, tanto en función técnico-jurídica cuanto en función político-criminal. Según JAKOBS, como hemos visto, la dogmática jurídica sigue la reglamentación dada por el sistema jurídico positivo. Así como esta reglamentación, la dogmática es, pues, funcional a la reproducción y conservación de la realidad social. Esta tenencia inserta la teoría de la prevención-integración en el contexto de un modelo *tecnocrático* y la contrapone a teorías que, en cambio, responden a un modelo *crítico* de la relación entre ciencia social y técnica jurídica (A. BARATTA, 1979; 1981; Editoriale di "Dei Delitti e delle Pene", nº 1, 1983).

La valoración de la teoría en cuestión no puede, sin embargo, quedar restringida a la comprobación de la tendencia

mencionada. En efecto, se pueden hacer, en primer lugar, una serie de observaciones que se ubican en el punto de vista *interno* de la teoría de la prevención-integración y tienen por objeto examinar su consistencia respecto del marco teórico que ella misma ha adoptado: la teoría sistémica de la sociedad y del derecho. Me limitaré a tres observaciones:

a) La importancia atribuida a la pena, dentro de la teoría sistémica del derecho, parece estar equiparada a la del derecho mismo. Resulta claro que en dicha teoría el derecho es un subsistema indispensable para la estabilización de sistemas sociales complejos. Pero cuando el derecho se pasa a la pena, aparecen dificultades para atribuir a esta última la misma consistencia sistémica que corresponde al primero. Desde el punto de vista de la teoría mencionada, no parece poder excluirse que a la función punitiva se pueda aplicar el principio de la equivalencia funcional entre diversas instituciones. Considero, en otras palabras, que dentro de una concepción sistémica son posibles teorías y técnicas basadas en la alternativa radical al sistema penal[13], al menos si éste se entiende en la forma como estamos habituados a interpretarlo. Pero la teoría de la prevención-integración no parece ni siquiera registrar esa posibilidad teórica contenida en la propia teoría sistémica.

b) La segunda observación alude a otra deficiencia en la aplicación de la teoría sistémica respecto de su propio alcance. Me refiero al reconocimiento que resulta posible hacer, en la teoría sistémica, del hecho de que los conflictos en sociedades complejas se manifiestan en lugares del sistema diversos de aquel en el cual se han producido (N. LUHMANN, 1974, 42 y s.). La teoría expresiva parece reducir la respuesta pe-

[13] Me refiero, en particular, a la pretensión del método funcionalista, en la cual sus sostenedores encuentran uno de sus resultados más importantes, de indicar diversas posibilidades de solución funcionalmente equivalentes, a partir de un problema dado como punto de referencia (por ejemplo, la estabilización de las expectativas de comportamiento). Cfr. N. LUHMANN (1974, 27, 31 y ss.).

nal, necesariamente, a una reacción sintomatológica a los conflictos, que se realiza exclusivamente en el lugar donde ellos se manifiestan, y no en aquel donde se producen. Es decir, frente a conflictos de desviación reacciona dentro de los límites clásicos de la respuesta represiva. También en este caso me parece que la aplicación de la teoría sistémica permanece por debajo de la posibilidad de innovación teórica que sería posible dentro de su mismo marco. En principio, no resultaría imposible utilizar *también* ese marco teórico para una búsqueda de alternativas radicales al sistema penal, de intervenciones institucionales que actúen sobre los conflictos en el mismo lugar en que se producen, y no en aquel donde se manifiestan.

c) La tercera observación para una crítica intrasistemática de la teoría examinada parte del hecho de que ella toma en consideración sólo los eventuales efectos positivos que el ejercicio de la función penal, según la misma teoría, puede obrar para la integración social y el restablecimiento de la confianza institucional. Pero en esto, la teoría de la prevención-integración constituye un caso ejemplar de *"ignoratio elenchi"*. Es decir, omite tomar en cuenta los efectos del sistema penal que puedan compensar negativamente sus pretendidos resultados positivos. Desconoce todos los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costos sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones[14]. Piénsese, solamente, en los efectos disgregantes que la pena privativa de libertad produce en el ámbito fami-

[14] Cfr. A. BARATTA (1982, 179s y ss.). Es, sobre todo, a estos altos costos sociales que se refieren los partidarios del actual movimiento abolicionista, el cual sostiene que hay necesidad no sólo de una drástica descriminalización, sino también de una radical superación del sistema penal. Para una mejor comprensión de dicho movimiento y para su discusión crítica, cfr. T. MATHIESEN (1974); N. CHRISTIE (1977; 1981); L. HULSMAN (1981; 1983); A. BARATTA (1981; 1983); P. MARCONI (1983); E. GARCÍA MÉNDEZ (1983); S. SCHEERER (1983); T. VON TROTHA (1983).

liar y social del detenido; en el *distanciamiento social* generado por la estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tienen lugar en el uso de sus diversos instrumentos institucionales (un ejemplo muy actual es el de la detención preventiva, que ha dejado de tener una función procesal y ha asumido un carácter *punitivo*) (M. MOBILI, 1977; L. FERRAJOLI, 1977; G. VASSALLI, 1980). Obsérvese, finalmente, las dificultades que el proceso penal interpone a la posible reconstrucción de una comunicación entre autor y víctima del delito, en ámbitos en los cuales la naturaleza de los conflictos permitiría un arreglo privado, mucho más funcional que la pena para los fines de la reintegración social (cfr. D. KRAUSS, 1983).

Terminadas estas pocas observaciones críticas a la teoría de la prevención-integración desde un punto de vista *interno* al marco de la teoría sistémica en el cual aquélla se desarrolla, paso a exponer algunos cuestionamientos desde una perspectiva *externa* a ese marco teórico, las cuales, por ende, se refieren tanto a la versión de la teoría sistémica proveniente de LUHMANN, como a la adoptada por los autores anteriormente citados. También aquí me limitaré a tres observaciones.

a) La primera se refiere a la sustitución del principio de resocialización por el de la prevención general positiva. Me parece evidente que esa sustitución resulta congruente con una visión funcionalista de la pena y orientada a la teoría sistémica de la sociedad y del derecho. Pero la crisis de la ideología reeducativa ha sido, también y sobre todo, el síntoma de la inadecuación del instrumento penal para la satisfacción de una exigencia social y política que podría (y debería) guiar la intervención institucional en relación con los problemas y conflictos de desviación. La "reinserción" del desviado, en cuanto idea orientadora de las intervenciones institucionales, podría ser realizada bajo dos condiciones. La

primera consiste en que sea definitivamente abandonada la ilusión de poder "reeducar" en el interior del sistema penal: allí y sobre todo mediante instituciones totales como la cárcel, el principio de la pena resocializante consagrado en el art. 27 de la Constitución italiana asume el carácter de norma imposible. La segunda condición es que el concepto de "reinserción social" sea reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el estado social de derecho y, en particular, del principio *dinámico* de igualdad y del principio de la dignidad del hombre. Dichos principios postulan la eliminación de las condiciones que impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades entre los individuos y de la dignidad de cada uno (Constitución italiana, arts. 2 y 3). En este sentido, "reinserción" no significa manipulación del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de desviación. Mediante tal reinterpretación del principio de "reinserción", *el objeto del tratamiento* (penal o pospenitenciario) se transforma en *sujeto de derechos* sociales.

Al mismo tiempo que resulta estéril y caprichoso pretender mantener la ideología reeducativa como simple actitud defensiva respecto del proceso de involución del derecho penal hacia posiciones meramente represivas o retribucionistas, en vez de afrontar seriamente el problema de la transformación radical del sistema penal y de la creación de respuestas institucionales alternativas para los conflictos de desviación, debe tomarse con recelo una teoría que parece dejar sin contenido el núcleo humanístico y emancipador que estaba en la base de la *utopía* de la "reinserción".

La negación de la ideología de la resocialización y el reconocimiento de la no realizabilidad de la utopía de la reinserción en el contexto del sistema penal no pueden ser considerados por sí solos como un progreso, si tienen lugar junto con una estabilización conservadora y una nueva legitimación de los instrumentos tradicionales del sistema penal (M.

PAVARINI, 1978). El progreso podría ser visto únicamente en una crítica de la ideología reeducativa, acompañada por la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal, que actuasen sobre los propios orígenes de los conflictos de desviación y fuesen compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.

b) La segunda observación parte de comprobar que la ubicación de una línea de distinción *óptima* entre latencia y visibilidad de los conflictos de desviación, con base en el punto de vista de los intereses de la estabilización de un determinado sistema social, parece desde luego congruente con una concepción sistémico-funcionalista de la sociedad y del derecho. La respuesta penal, entendida como contradicción simbólica del significado expresivo del acto desviado, acepta como idónea esa línea de distinción entre latencia y visibilidad de los conflictos, e incluso hace de ella una de sus condiciones. Es decir que lo que pone en peligro la confianza institucional no son las violaciones latentes de la norma, sino las graves y manifiestas. Es, pues, un determinado nivel de visibilidad social de la desviación, de alarma social, y no la cifra oscura de la delincuencia, lo que provoca una respuesta penal basada en la teoría de la prevención-integración. Esta, por tanto, legitima el principio de selectividad del sistema y los procesos de inmunización de la respuesta penal, que dependen estrechamente del grado de visibilidad social de la criminalidad en una determinada sociedad. Desde dicho punto de vista, la teoría en examen está de acuerdo con la enunciada por POPITZ (1968), sobre la eficacia preventiva del desconocimiento de una porción (o, mejor, de la mayor parte) de las violaciones a las normas. La no persecución de las infracciones estabiliza la validez de las normas, sostiene POPITZ. También para JAKOBS, al menos implícitamente, sólo las violaciones conocidas ponen en peligro la validez, es decir, el reconocimiento, de la norma violada y por tanto requieren la aplicación de la pena (G. JAKOBS, 1983, 3 y ss.).

Si tomamos en consideración la importancia que los estudios y la atención política han concedido al problema de la

cifra oscura de la criminalidad en el ámbito de la criminología crítica, por cuanto con aquélla resulta demostrado el vínculo funcional existente entre la selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su clientela y la reproducción de las relaciones sociales de desigualdad (F. SACK, 1968; 1971; A. BARATTA, 1982, 179 y ss.), y si recordamos la teoría de FOUCAULT, sobre la función ejercida por el reclutamiento y manipulación de una pequeña "población criminal" como parte de un número muchas veces mayor de violadores de normas, para ocultar e inmunizar la mayor parte de los ilegalismos en una sociedad (M. FOUCAULT, 1975), resulta fácil entender cuán atrasada es la posición político-criminal de JAKOBS en comparación con las tendencias críticas y progresistas hoy existentes en la sociología jurídico-penal. La posición de JAKOBS no permite identificar como problema político la desigualdad en la distribución del "bien negativo" criminalidad, en perjuicio de los grupos de la población más débiles socialmente[15], y la exigencia de una compensación a esa desigualdad. Tampoco permite, ni siquiera, abordar el hecho de que la invisibilidad y la consiguiente inmunidad de las infracciones a las normas resultan funcionales a la estabilización de posiciones de privilegio social y pueden ser fácilmente manipuladas en beneficio de ellas, mediante una sabia estrategia de sensibilización de la opinión pública y de inducción de alarma social (G. ARZT, 1976; 1978).

Esta legitimación tecnocrática del funcionamiento desigual del sistema punitivo resulta, por lo demás, coherente con la concepción del individuo en cuanto responsable de la violación visible, en la cual, como se ha visto, él no es entendido como sujeto autónomo, moralmente responsable de sus propios actos, sino apenas como un subsistema sicofísico, convertido en centro de adscripción de responsabilidad sólo con base en una "capacidad" que le es atribuída conforme a criterios puramente normativos y funcionales. El sujeto que-

[15] Cfr. A. BARATTA (1982, 179 y ss.), también para ulteriores indicaciones bibliográficas.

da transformado, pues es portador de una respuesta penal simbólica, de una función preventiva e integradora, que se realiza "a su costa" según la expresión de JAKOBS, mientras permanece excluida su condición de destinatario y fin de una política de auténtica reintegración social (G. JAKOBS, 1983, 393 y ss.).

c) Las dos observaciones precedentes muestran, desde el exterior del sistema, algunas aporías de la teoría de la prevención-integración y revelan su función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la respuesta penal ante los problemas sociales. En este sentido, resulta claro que la teoría de la prevención-integración hace parte de un modelo tecnocrático del saber social, el cual puede ser considerado alternativo al modelo crítico, en el que actualmente se inspiran la criminología crítica y los movimientos por una reforma radical y alternativa al sistema penal. Estos últimos están guiados por dos principios diferentes pero complementarios y opuestos a los dominantes en la teoría sistémico-funcionalista del delito y de la pena: el *principio de mantenimiento de las garantías*, esto es, de limitación formal del sistema penal respecto de las prerrogativas constitucionales de libertad y autonomía individual. Y el *principio de un proyecto alternativo*, que exige la articulación autónoma de las necesidades de tutela por parte de los mismos interesados en todos los niveles de la escala social y particularmente en los inferiores, donde están ubicadas las clases subalternas; es decir, la exigencia de favorecer formas de estructurar y gestionar los problemas y conflictos de la desviación no desde el punto de vista de los intereses de conservación del sistema social, sino desde el de la emancipación del hombre (A. BARATTA, 1983, 365 y ss.).

La teoría de la prevención-integración, en cambio, desarrolla una función conservadora y legitimante de las tradicionales concepciones y gestiones penales de los conflictos de desviación. Su contribución al conocimiento, construcción y gestión de los conflictos, no va más allá de la llamada *cultura del sistema penal*. Antes bien, tal teoría ofrece un

nuevo soporte a esa cultura y reconfirma su principal función: la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes. Al fundamentar la función penal dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto de las necesidades y valores de los individuos, la teoría de la prevención-integración aplica coherentemente la teoría sistémica, por cuanto mantiene la actual relación entre el "sistema-sociedad" y el "subsistema-hombre"[16].

La alienación de la subjetividad y la centralidad del hombre en beneficio del sistema, que se encuentra fielmente descripta por la teoría sistémica pero no es criticable (como contradicción entre potencialidad y realidad de la situación humana) desde su propio interior, produce también en la teoría del subsistema penal, como hemos visto, el desplazamiento del sujeto de centro y fin del derecho, a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales. En especial, en la incriminación de responsabilidad penal el sujeto debe ser el fin de la intervención institucional, para convertirse en el soporte sico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y de la cual constituye únicamente un instrumento. Parece que la figura del "chivo expiatorio", de la cual se sirve la teoría sicoanalítica del delito y de la pena para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos, es replanteada aunque con fines bien distintos y en el lenguaje más abstracto de la teoría sistémica. Parece que dicho componente queda elevado, en la teoría de la prevención-integración, al rango de un principio de absoluta racionalidad del sistema. Pero es sólo aparente la paradoja de esta teoría, consistente en centrar la responsabilidad sobre un sujeto que al mismo tiempo resulta des-subjetivizado respecto del sistema.

[16] En la reciente recensión y discusión de la teoría de la prevención-integración en España, no han faltado reservas y críticas muy pertinentes que, particularmente, han puesto en evidencia las posibles o concretas implicaciones autoritarias o irracionales de esa teoría. Cfr. S. MIR PUIG (1982, 32); D. M. LUZÓN-PEÑA (1982, 97) y, recientemente, F. MUÑOZ CONDE (1984, 35 y ss.).

Referencias bibliográficas

AA. VV. (1977): "Vollzug der Sanktionen", en *Seminar: Abweichendes Verhalten III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, a cargo de Klaus LÜDERSSEN, Fritz SACK, Frankfurt/am Main, ps. 259-451.

ACHENBACH, Hans (1974): *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlin.

ALEXANDER, Franz, y STAUB, Hugh (1929): *Der Verbrecher und seine Richter. Ein analytischer Einblick in die Welt der Paragraphen*, en *Psychoanalyse und Justiz*, a cargo de Alexander MITSCHERLICH, Frankfurt, ps. 205 y ss.

AMELUNG, Knut (1972): *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankurt am Main.

ARZT, Günther (1976): *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Mohr, Tübingen.

ARZT, Günther (1978): *Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht*, en "Juristische Blätter", cuaderno 7/8, ps. 173-183.

BARATTA, Alessandro (1966): *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, Milano.

BARATTA, Alessandro (1976): *Sistema penale ed marginazione sociale*, en "La Questione Criminale", 2-3, ps. 237-261.

BARATTA, Alessandro (1979): *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", 2, ps. 147-183.

BARATTA, Alessandro (1981): *Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito "Il codice Rocco cinquant'anni dopo" e risposta a Marinucci*, en "La Questione Criminale", 3, ps. 349-389.

BARATTA, Alessandro (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna.

BARATTA, Alessandro (1983): *Problemi sociali e percezione della criminalità*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1, ps. 15-39.

BRICOLA, Franco, a cura di (1977): *Il carcere riformato*, Il Mulino, Bologna.

CALLIES, Rolf Peter (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt/am Main.

CHRISTIE, Nils (1977): *Conflicts as property*, en "The British Journal of Criminology", XVII, 1, ps. 1-15.

CHRISTIE, Nils (1981): *Limits to Pain*, Universitet Forluget Oxford, Bergen, Tromdt.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (1975): Document de travail n° 10, *Les confins du droit pénal*, Ottawa.

DEVLIN (1965): *The enforcements of morals*, London.

ELLSCHEID, Günther, y HASSEMER, Winfried (1975): "Strafe ohne Vorwurf", en *Seminar. Abweichendes Verhalten*, a cargo de Klaus LÜDERSSEN, Fritz SACK, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

FERRAJOLI, Luigi (1977): *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, en "La Questione Criminale", 3, ps. 361-404.

FOUCAULT, Michel (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Galimard, Paris.

FRANK, Reinhard (1907): *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen.

FROMM, Erich (1931): *Zur Psychologie der Verbrechens und der strafenden Gesselschaft*, en "Imago", XVII, ps. 226 y ss.

GARCÍA-MÉNDEZ, Emilio (1983): *Dei problemi sociali e della decriminalizzazione*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1, ps. 211-219.

HAFFKE, Bernhard (1976): *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine straftheoretische Untersuchung*, Sauerländer, Aaran, Frankfurt am Main.

HAFFKE, Bernhard (1978): *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, en "Goltdhammers Archiv für Strafrecht", ps. 33-57.

HAFFKE, Bernhard, y BIERBRAUER, Günther (1978): "Schuld und Schuldunfähigkeit", en *Sozialwissenchaften im Studium des Rechts*, a cargo de Winfried HASSEMER, Klaus LÜDERSSEN, BECK, München, ps. 121-180.

HART, Herbert Lionel Adolphus (1951): *The ascription of responsibility and rights*, en *Logic and language*, a cargo de Anthony FLEW, Oxford.

HART, Herbert Lionel Adolphus (1965): *The morality of the criminal law. Two lectures*, Magnes Press, Jerusalem.

HASSEMER, Winfried (1973): *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Athenäum, Frankfurt am Main.

HASSEMER, Winfried (1981): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München.

HASSEMER, Winfried (1984): *Il bene giuridico tra costituzione e diritto naturale*, comentario al seminario "Criminalità, costruzione dei problemi sociali e referente materiale. La questione dei beni giuridici nell'alternativa e oltre alternativa tra costituzione e diritto naturale", Urbino, 15-16 octubre 1983, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1.

HULSMAN, Louk (1982): *Peines perdues. Le système pénal en question*, Centurion, Paris.

HULSMAN, Louk (1983): *Abolire il sistema penale?*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1, ps. 71-90.

JÄGER, Herbert (1974): *Strafrecht und psychoanalytische Theorie*, en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel*, De Gruyter, Berlin, ps. 125-180.

JÄGER, Herbert (1976): *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansatze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, en "Kriminologisches Journal", 2, ps. 98-113.

JAKOBS, Günther (1976): *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen.

JAKOBS, Günther (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin, New York.

KOHLRAUSCH, Éduard (1903): *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Guttentag, Berlin.

KBAUB, Detlef (1975): "Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess", en *Festchrift für Friedrich Schaffstein*, Schwartz, Göttingen, ps. 411-431.

KBAUB, Detlef (1983): *La vittima del reato nel processo penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", 2, ps. 283-298.

KRÜMPELMANN, Justus (1983): *Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs*, en "Goltdammers Archiv für Strafrecht", ps. 337-360.

LUHMANN, Niklas (1964): *Funktionen und Folgen formaler Organisationen*, Duncker und Humblot, Berlin.

LUHMANN, Niklas (1974): *Soziologische Aufklarung. Aufsatze sur Theorie sozialer Systeme*, 4ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.

LUHMANN, Niklas (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt/Main.

LUHMANN, Niklas (1983): *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1982): *Prevención general, societad y psichoanalise*, en "Quadernos de Politica Criminal", 16.

MARCONI, Pio (1983): *La strategia abolizionista di Louk Hulsman*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1, ps. 221-238.

MARRA, Realino (1984): *DURKHEIM sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione ideale di fatti normativi*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1.

MATHIESEN, Thomas (1974): *The politics of abolition. Essays in political action theory*, en "Scandinavian Studies in Criminology", 4.

MIR PUIG, Santiago (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Urgel, Barcelona.

MÜLLER-DIETZ, Heinz (1979): *Grundfragen der strafrechtlichen Sanktionssystems*, Deker's Verlag, Heidelberg, Hamburg.

MÜLLER-DIETZ, Heinz (1983): *Vom intellektuellen Verbrechensschaden* en "Goltdammers Archiv für Strafrecht", ps. 481-496.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1984): *Derecho penal y control social*, en "Tribuna Penal", 2, ps. 29-39.

NOBILI, Massimo (1977): *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia; significato politico di una vecchia polemica*, en "La Questione Criminale", 1, ps. 51-91.

NOLL, Peter (1966): "Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts", en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Duncker & Humblot, Berlin, ps. 219-233.

NOWAKOWSKI, Friedrich (1957): "Freiheit, Schuld, Vergeltung", en *Festschrift für Theodor Rittler*, Scientia, Aalen, ps. 55-88.

OTTO, Hans-Jörg (1982): *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle. Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie?*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i Br.

OTTO, Harro (1975): *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", LVII, ps. 539-597.

OTTO, Harro (1979): *Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde*, en "Goltdammers Archiv fur Strafrecht", ps. 481-497.

OTTO, Harro (1982): *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, De Gruyter, Berlin, New York.

PAVARINI, Massimo (1978): *"Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario. Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, en "La Questione Criminale", 1, ps. 39-61.

PAVARINI, Massimo (1980): *Introduzione a... La criminologia*, Le Monnier, Firenze.

POPITZ, Heinrich (1968): *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelfeldziffer, Norm und Strafe*, Mohr, Tübingen.

REIK, Theodor (1925): *Geständnuszwang und Strafbedürfnis. Probleme der Psychoanalyse und der Kriminologie*, Internationaler psychoanalitischer Verlag, Leipzig, Wien.

ROXIN, Claus (1973): *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin, New York.

ROXIN, Claus (1974): "'Schuld' und 'Verantwortlichkeit' als strafrechtliche Systemkategorien", en *Grudfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel*, De Gruyter, Berlin, ps. 171-197.

ROXIN, Claus (1977): "Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke", en *Lebendiges Strafrecht, Festschrift für Hans Schultz*, Stämpili & Cie, Bern, ps. 463-481.

ROXIN, Claus 1979): "Zur jüngsten Diskussion über schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", en *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, ps. 279-310.

ROXIN, Claus (1980): *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale".

SCHEERER, Sebastian (1983): *L'abilizionismo nella criminologia contemporanea*, en "Dei Delitti e delle Pene", I, 3.

SEELMANN, Kurt (1979): *Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts"*, en "Juristische Schulung", cuaderno 10, ps. 687-691.

SEELMANN, Kurt (1980): *Neue Entwicklungen beim Strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff*, en "Jura", II, 10, 505-512.

SACK, Fritz (1968): "Neue Perspektiven in der Kriminologie", en *Kriminalsociologie*, a cargo de René KÖNIG, Fritz SACK, Akademische Verlagsgesellschaft, Frankfurt am Main, ps. 431-475.

SACK, Fritz (1971). *Selektion und Kriminalität*, en "Kritische Justiz", IV, 4, ps. 384-400.

SGUBBI, Filippo (1975): *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en "La Questione Criminale", 3, ps. 439-481.

STRENG, F. (1980): *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", LXXXII, ps. 637-681.

VASSALLI, Giuliano (1978): *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, en "Giustizia Penale", LXXXIII, 1, ps. 1-46.

WALKER, N. D. (1964): *Morality and the criminal law*, en "The Howard Journal", XI, ps. 209 y ss.

WELZEL, Hans (1935): *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Deutsches Druck- und Verlagshaus, Mannheim, Berlin, Leipzig.

WELZEL, Hans (1941): *Persönlichkeit und Schuld*, en "Zeitschrift für die gesamt Strafrechtswissenschaft", LX, ps. 428-474.

WELZEL, Hans (1969): *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed, De Gruyter, Berlin, New York.

LA VIDA Y EL LABORATORIO DEL DERECHO: A PROPÓSITO DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO PENAL*

1. Los artefactos del derecho y la interpretación de los conflictos en el proceso penal

Hablar del conocimiento de la *cosa en sí* después de Kant no es posible. Apartándonos del realismo naturalista, es correcto hablar del objeto del conocimiento como una realidad socialmente construida. También la sociedad, objeto de la ciencia social, es una realidad construida socialmente[1].

Hay una construcción social de la realidad, que se produce en el sentido común, en el interior de los procesos de comunicación y de atribución de sentido que constituyen el lenguaje de los grupos sociales (cfr. J. D. DOUGLAS, a cargo de, 1970).

Estos procesos son subjetivos, pero están sujetos a las condiciones determinadas por la estructura material de las relaciones de producción y de poder existentes en determinadas formaciones sociales. En este sentido, las construcciones subjetivas del mundo no son arbitrarias; cada elaboración de sentido en la interacción social depende, en efecto, de la participación de los autores en las mismas estructuras profundas de significado (A. V. CICOUREL, 1970). Estas a su vez, corresponden a las estructuras materiales de la sociedad y garantizan su reproducción y legitimación en la esfera subjetiva[2].

* Tomado del Curso: "Modernas Tendencias de la Criminología en Europa. Perspectivas Comparadas con América Latina", Maracaibo, julio 1988.

Publicado en "Capítulo Criminológico", nº 16, 1988, Universidad del Zulia.

[1] El reconocimiento de la artificialidad de la realidad social constituye una importante adquisición del pensamiento social contemporáneo en la que han contribuido fundamentalmente, con base en los trabajos precursores desarrollados por A. SCHUTZ (1960, 1967) y G.H. MEAD (1936), las investigaciones que representan al llamado paradigma interpretativo en sociología, o la sociología fenomenológica: el interaccionismo simbólico (P. L. BERGER, T. LUCKMANN, 1966) y la etnometodología (H. GARFINKEL, 1967).

[2] En este sentido, A. SCHUTZ (1967).

Además del lenguaje del sentido común, existen lenguajes específicos de la ciencia y de la técnica, de los que resultan construcciones de la realidad adecuadas a las operaciones prácticas propias de los diferentes subsistemas y funciones del actuar social[3].

También el saber científico y tecnológico se produce y actúa dentro de las condiciones creadas por las relaciones materiales de producción y de poder. El proceso de construcción de la realidad dentro de la interacción informal en los grupos ("mundos de la vida") y de la organización social ("sistema") no tiene como única fuente las estructuras materiales, pero influye también sobre ellas[4]. La influencia puede ser conservadora (reproducción y legitimación)[5] o innovadora (crítica y liberación)[6].

El Derecho como conjunto de ciencia y técnica es uno de los lenguajes especializados con los que se realiza una construcción particular del mundo. Lo ficticio jurídico, el mundo del Derecho, posee una estructura altamente especializada correspondiente a las operaciones prácticas que el Derecho predispone en los sistemas sociales complejos. Las activida-

[3] No por casualidad, al centro de los intereses cognoscitivos de las investigaciones interaccionistas sobre la construcción social de la criminalidad y de la desviación, se colocaban, y en parte se colocan todavía, los lenguajes específicos de la ciencia y de la técnica que operan en el interior de los sistemas de justicia penal y de manejo de la desviación, los principios y las reglas a que están sometidos. Cfr. para una amplia bibliografía al respecto, F. SACK (1978).

[4] En general con relación a estos temas, se hacen hoy los intentos más avanzados, a nivel de la teoría social, de integración de los conocimientos a que han llegado los análisis de la sociología interpretativa al interior de una teoría materialista de la sociedad. Cfr. el importante trabajo de A. GIDDENS (1984), y para un análisis sectorial sobre el sistema penal que asume tal perspectiva, G. H. WACHTER (1984).

[5] Un análisis agudo de las estrategias de producción y reproducción (legitimación) de las relaciones de desigualdad en las sociedades tardocapitalistas, es presentado por N. POULANTZAS (1974).

[6] En general, para una teoría y práctica de críticas y de transformación de la sociedad, cfr. J. HABERMAS (1981), E. BLOCH (1959), y en particular, con relación al sistema de la justicia penal, cfr. T. MATHIESEN (1974), A. BARATTA (1982, 199 ss.).

des que él comprende en sus diferentes áreas son: a) la organización institucional; b) la distribución de los recursos y c) la represión de los conflictos.

Las categorías con las cuales puede ser analizada la estructura del mundo del Derecho, tiempo, espacio, casualidad, etc., son distintas a las homólogas del saber común y de otros saberes especializados (cfr. K. ENGISCH, 1965).

El elevado grado de artificialidad del mundo jurídico depende de dos circunstancias: la primera es que el Derecho construye sobre una realidad que es ya producto de construcción social en el lenguaje común. Es decir, él reconstruye la sociedad. La segunda circunstancia es que el mundo jurídico es construido como una estructura normativa en la que los comportamientos de los sujetos son calificados deónticamente. Puesto que el Derecho, utilizando una metáfora de Emil LASK (1932, 308 ss.), fabrica sobre "semifabricados", y por otra parte no tiene por objeto inmediato las acciones, sino programas y modelos de acción, puede ser considerado como un laboratorio en el cual el mundo del ser es transformado en un mundo del deber ser (cfr. A. CARRINO, 1983). El resultado es una construcción de segundo grado, producida a través de la reelaboración de la realidad y del significado social de la acción.

La relación de abstracción en la que el Derecho se encuentra respecto de lo real es frecuentemente interpretada como distancia entre abstracto y concreto. Se considera en estos casos como "concreto", lo vivido, es decir, las situaciones irrepetibles de la existencia: se quiere así subrayar la distancia que se establece entre el drama existencial que los sujetos viven o han vivido en una situación real de la vida y su representación en el teatro del Derecho. Esta distancia se evidencia particularmente en el proceso.

La operación característica del proceso penal es decidir si subsisten las condiciones previstas por el Derecho para disponer una intervención de tipo represivo sobre un conflicto. Concretas situaciones conflictivas encuentran en el proceso penal un laboratorio de transformación *teatral,* en el cual

ellas son transcriptas en una escenografía preordenada y los actores comprometidos en roles estandarizados. A estos actores se agregan, en el teatro procesal, actores "institucionales" ausentes en la situación originaria; los términos del conflicto se modifican, más o menos radicalmente, respecto de ella. La comunicación existencial originaria entre las partes es suspendida por la intervención del juez como nuevo protagonista. Los espectadores inmediatos son sustituidos por la esfera de publicidad del proceso, la opinión pública. Los intereses y las necesidades que confluyen son reconstruidos como derechos y como ilícitos. El drama de la vida es sustituido por la liturgia en la que los actores originales son ampliamente reemplazados y representados por profesionales del rito. Muchas aseveraciones son sustituidas por ficciones y presunciones. La verdad a la cual el rito está predispuesto no es la verdad existencial, sino la verdad procesal.

También en relación con esta manera propia del proceso penal de intervenir sobre las situaciones reales, se ha hablado de "expropiación de los conflictos" por parte de las instituciones estatales, respecto de las partes originarias. Se ha visto el máximo grado de tal expropiación en el proceso penal (N. CHRISTIE, 1982). En realidad, la distancia entre conflicto real y conflicto procesal es notoriamente aumentada en el procedimiento penal, por la presencia, entre los actores, del representante del Ministerio Público. Su presencia simboliza la transcripción del conflicto en un conflicto de interés público. El interés de la víctima, lesionado por el delito, es sustituido por el interés de la sociedad por la pena, el interés de la víctima se traduce en un interés privado, incidental, de resarcimiento; para ello, la víctima dispone de una acción paralela a la del Ministerio Público. A esto se agrega, en la mayor parte de los delitos, la incidencia sobre todo el proceso del principio de legalidad, lo cual hace perseguible de oficio el ilícito penal, activa a la policía y a todo funcionario público en el ejercicio obligatorio de la acción y confía este ejercicio, de modo facultativo, pero sin embargo independiente de la iniciativa de la víctima, a todo ciudadano.

Se ha hablado mucho, en los últimos tiempos, del papel completamente subordinado de la víctima en el proceso penal; de la forma inadecuada en que sus intereses reales son representados; de la incidencia negativa y expropiadora del procedimiento sobre la víctima, porque ésta no tiene ningún poder –en la mayoría de los casos– sobre el desarrollo y prosecución del proceso; se han subrayado los efectos destructivos de éste, en relación con la posibilidad de comunicación y conciliación que puedan existir entre las partes originarias[7]. Respecto del autor del delito, se ha destacado la gran distancia que puede mediar, también desde el punto de vista temporal, entre el autor implicado en el conflicto real y el procesado o el condenado, en el papel que el proceso le asigna. La pena ha sido juzgada como un sufrimiento inútil e innecesario, impuesto a un hombre que es "otro" en relación con el que ha cometido el delito. Por otra parte, el proceso penal y la pena suelen tener la cualidad de desvanecer cualquier posibilidad de recuperación y reparación, que en una relación extrapenal se hubiera podido realizar por parte del condenado.

En la determinación de la responsabilidad en el proceso penal, la distancia entre la realidad y la construcción hecha en el laboratorio del Derecho se vuelve muy extensa. Muy

[7] En general, en la criminología y en la ciencia penal, desde hace tiempo es posible encontrar una tendencia a poner en el centro de la atención el papel de la víctima de actos criminales, en el interior del sistema de la justicia penal, constatando la posición completamente marginal que ella posee en la realidad operativa de sistema; cfr. D. KRAUSS (1983), G. KAISER (1985, 109 ss.). Dicha discusión ha tenido, en Alemania Federal, una salida, aunque parcial, en una reciente ley (ley de protección de la víctima del 3 de octubre de 1986, en vigencia desde el 1° de abril de 1987) que refuerza notablemente la posición de la víctima en el interior del proceso penal aumentando considerablemente sus facultades de intervenir activamente en la fase del desarrollo del procedimiento, previendo una tutela mayor a su esfera personal y resaltando el principio de reparación del daño. En relación con esto, véanse las valoraciones (también críticas en relación con el peligro de una pérdida de las garantías de la defensa y la escasa coherencia de la intervención legislativa) desarrolladas sobre la base del proyecto legislativo por B. SCHÜNEMANN (1986), H. JUNG (1987).

grande se presenta la diferencia entre la investigación extraprocesal de la verdad y la investigación de la verdad procesal. Hablando de "realidad" y de "verdad", no se quiere contraponer a la determinación de la responsabilidad en el proceso, un conocimiento entendido naturalísticamente. Se quiere más bien señalar la diferencia entre una manera más profunda de construir y de interpretar los conflictos en su contexto situacional y la del Derecho. La ciencia social estudia los conflictos desde un concepto amplio de *situación* que abarca potencialmente a todo el sistema social.

Dentro de este concepto, el comportamiento individual se presenta como una *variable dependiente*. Esto significa que no podemos comprender la situación partiendo del comportamiento individual; por el contrario, podemos comprender a éste, sólo partiendo de aquélla. La ciencia social permite, además, distinguir entre el lugar donde se ha presentado un conflicto y el lugar, en el sistema, en que el conflicto se origina, que puede ser muy remoto respecto de aquél[8].

Por el contrario, en el laboratorio del Derecho, el comportamiento individual se presenta como una variable independiente respecto de la situación. La determinación de la responsabilidad está, en efecto, subordinada a esa independencia y al grado de ésta. El análisis de la situación, en la lógica del proceso de verificación de la responsabilidad, debe limitarse a una construcción abstracta que la separa del contexto social y hace imposible o de todas formas irrelevante, el conocimiento de las raíces del conflicto. Por ello se ha dicho que, en la realidad procesal, el comportamiento del individuo se vuelve *incomprensible* y el conocimiento de los conflictos se reduce al conocimiento de su sintomatología. En el proceso penal, por lo tanto, los conflictos no pueden ser arreglados o resueltos, sino únicamente reprimidos.

[8] Sobre el tema, cfr. las observaciones de N. LUHMANN (1974, 42s).

2. *Los requisitos subjetivos de la imputación de responsabilidad penal. Evolución reciente y crisis del concepto de culpabilidad*

Una buena parte de la crítica se ha dirigido al contenido del concepto de responsabilidad penal y al de sus requisitos subjetivos: la imputabilidad y la culpabilidad. Partiendo de una correcta teoría de lo ficticio jurídico, se ha negado el carácter ontológico de estos conceptos y se ha reconocido su carácter meramente normativo. Los juicios relacionados con la responsabilidad, la imputabilidad y la culpabilidad han sido de tal manera reconocidos como juicios "atributivos" y no como descriptivos (H.L. HART, 1951): se quiere de tal forma indicar que, con el uso de estos juicios, no se describen cualidades existentes en un sujeto, sino que se le atribuyen a él las correspondientes cualidades. La determinación de la responsabilidad es, por tanto, una *imputación* de responsabilidad y los presupuestos de tal determinación son criterios normativos construidos por el Derecho, que corresponden no a hechos, sino a tipos de hechos (las figuras delictivas). Estas condicionan normativamente y no "ontológicamente" la imputación de responsabilidad. Dentro de una sociología del proceso que utiliza el paradigma interpretativo, la "normativización" de los criterios de determinación y valoración de la responsabilidad, se ha extendido no sólo a la culpabilidad e imputabilidad, sino también a otras características del comportamiento del sujeto, como a los móviles y la actitud moral (Gesinnung)[9]. Todas las características sobre las cuales se basa la motivación de la sentencia de condena se revelan entonces como cualidades *atribuidas* al sujeto, mientras las variables *latentes* de la decisión judicial que no

[9] Sobre los procesos de atribución de motivos y las funciones que ellas cumplen en el contexto de la interacción cotidiana, cfr. C.W. MILLS (1940), A. F. BLUM, P. MCHUGH (1971), H. KELLY (1971). En particular en relación con el proceso de determinación de la responsabilidad penal, G. BIERBRAUER (1978).

hallan correspondencia en la sentencia y su motivación son reportadas, en las más rigurosa investigación sociológica sobre el proceso penal, al status social del procesado y a los estereotípos de criminal y criminalidad de los que son portadores los órganos de la justicia penal, como también la opinión pública[10].

El proceso de "normativización" que ha alcanzado en la teoría del Derecho y en la sociología del proceso al concepto de responsabilidad y sus criterios de determinación encuentra correspondencia en los desarrollos de la doctrina de la responsabilidad penal de los últimos tiempos y, en particular, en el de la culpabilidad.

Ya a comienzos de siglo con el advenimiento de la llamada teoría normativa de la culpabilidad (R. FRANK, 1907), el juicio de culpabilidad tendía a desvincularse de la verificación de ciertos ingredientes sicológicos de la acción y se centralizaba sobre la *reprochabilidad* de ésta. Por mucho tiempo sin embargo, el juicio de reprochabilidad permanecía atado a un fundamento ontológico que estaría constituido por la posibilidad, rechazada por el autor de un delito de comportarse de otra manera (Andershandelnkönen); o sea, a la opción descartada por él, de orientar el propio comportamiento según las normas y valores constitutivos del ordenamiento. La estigmatización del comportamiento era entendida entonces como un juicio a la actitud de *infidelidad* del ciudadano en relación con el ordenamiento jurídico (H. WELZEL, 1941), actitud verificable sobre el presupuesto de una dispo-

[10] Cfr. la investigación empírica sobre la praxis de la decisión judicial relacionada con la dosificación de la pena y la concesión de atenuantes u otros beneficios, hecha por D. PETERS (1973), la cual demuestra que los jueces se orientan por un estereotipo de "criminal normal", cuyos requisitos objetivos y subjetivos coinciden del todo con los que determinan la pertenencia a las clases sociales más débiles (precariedad de la situación laboral, financiera y de vivienda, desorganización familiar, bajo nivel de educación, etc.). A los mismos resultados llegan también las investigaciones sobre la praxis, seguida por los órganos del Ministerio Público en las decisiones relacionadas con la iniciación de la acción penal, hecha por D. BLANKENBURG, K. SESSAR, WISTEFEN (1978).

nibilidad real de opciones conformes con la ley del conocimiento de la norma violada y de la exigibilidad del comportamiento acorde con ella.

La radical "normativización" del concepto de culpabilidad, cuyos resultados son evidentes en la doctrina alemana de nuestro tiempo, pasó por diversas fases: a) el reconocimiento de la libertad de actuar "como un artificio del legislador" (E. KOHLRAUSCH, 1910); b) la demostración de la judiciabilidad; es decir, de la imposibilidad de determinar judicialmente el pretendido fundamento ontológico del juicio de culpabilidad, el "haber podido actuar diversamente", y de medir el grado de culpabilidad (G. ELLSCHEID, 1986); c) el reconocimiento de la independencia lógica del juicio respecto del pretendido presupuesto ontológico (C. ROXIN, 1973, G. JAKOBS, 1976).

Este desarrollo doctrinal culmina, en la fase más reciente, en la tendencia a desvincular el juicio de culpabilidad del contenido ético de la reprobación; en la tentativa de construir un concepto de culpabilidad sin estigmatización (G. ELLSCHEID, W. HASSEMER, 1977) y hasta en la perspectiva de una teoría del delito sin culpabilidad (cfr. M. BAURMANN, 1980).

En esta *crisis* de la culpabilidad (cfr. H. MULLER-DIETZ, 1967), que alcanza la estructura dogmática de un derecho penal construido por el legislador sobre el principio de culpabilidad, como lo son el Derecho penal italiano y alemán, la relación funcional entre este principio y la pena-sufrimiento se modifica: entre la función de fundar la pena-sufrimiento y la de limitar la responsabilidad penal, esta última en la doctrina más avanzada tiende a sobreponerse[11].

[11] Para una reconstrucción crítica de los recientes desarrollos de la dogmática de la culpabilidad en Alemania y sobre el estado de la categoría de la culpabilidad en el Derecho penal "preventivo", u orientado a las consecuencias, cfr. M. SILBERNAGL (1985; 1987). La doctrina más reciente que coloca al centro de sus reflexiones jurídico-penales, el problema de las consecuencias de las decisiones, considera justas y por tanto legitimadoras sólo las medidas punitivas que corresponden a exigencias de prevención (especial o general); cfr. D. SCUNEMANN, a cargo de, (1984), W. HASSEMER (1986).

El "progreso" representado por dicha tendencia es, sin embargo, más aparente que real. Es un progreso de las *buenas intenciones*, o –es lo mismo en este caso– de la *mala conciencia* en relación con el sistema de la justicia penal; sobre el plano objetivo eso no modifica, pero en cierto sentido hace todavía más irracional, la relación funcional entre la imputación de culpabilidad y la suministración de la pena-sufrimiento. En primer lugar, en efecto, no se ve cómo la culpabilidad, de la que no es posible medir *objetivamente* el grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado en relación con formas subjetivas, intuitivas y presuntivas de determinación de ella. En segundo lugar, la función limitativa de la culpabilidad en relación con la pena-sufrimiento, técnicamente imposible al estado actual de la construcción dogmática, se transforma en *ideología negativa*, en un elemento (también técnicamente débil) de una estrategia de garantía exclusivamente defensiva. En efecto, si se reduce su fundamento en la culpabilidad, y de otra parte, las pretendidas funciones útiles logran cada vez menos compensar esta pérdida de fundamento en la denominada teoría "absoluta" de la pena; entonces, la pena-sufrimiento es aceptada como un dato natural, como un aspecto *inevitable* de la violencia institucional que el Derecho puede sólo limitar dentro de requisitos formales y sustanciales, pero no puede, ni legitimar, ni excluir, como la técnica de la Ingeniería puede contener la violencia de las aguas construyendo diques, pero sin cuestionar su existencia.

La pérdida del contenido ontológico y ético de la culpabilidad, de la que existen señales autorizadas en la reciente doctrina penal, los intentos de sustraerle la función estigmatizadora, no son por tanto, la expresión de una crisis del concepto de culpabilidad, sino de una crisis que abarca toda la teoría de la pena y de la responsabilidad penal. Miremos la pena carcelaria, que sigue siendo la pena principal y característica del sistema punitivo: todos los intentos teóricos y prácticos por justificarla, resaltando las funciones úti-

les, como la resocialización, se pueden considerar fracasados. Los esfuerzos que se pueden y se deben hacer (hasta que la acción política y cultural por liberar a la sociedad de la necesidad de la cárcel[12] dé sus frutos), sólo pueden introducir elementos de recuperación individual y social más allá y más acá de los muros de la cárcel, en las condiciones negativas impuestas por la pena-sufrimiento, pero no transformar a ésta en un instrumento útil para el individuo y para la comunidad.

Aparece cada vez más evidente que la pena en sí misma, y en particular la pena carcelaria, no puede producir efectos útiles; sino que éstos pueden ser perseguidos solamente abriendo espacios de libertad y de interacción con la sociedad externa, cada vez mayores en el régimen penitenciario. Esto puede ser interpretado como el signo de una progresiva separación entre la política de resocialización y de prevención y la pena (cfr. M. PAVARINI, 1986; G. MOSCONI, 1986). Esta separación hace de la pena el aspecto puramente negativo del sufrimiento, un límite del que tenemos que alejarnos, para perseguir las finalidades positivas de las políticas citadas. La tendencia a disociar el elemento subjetivo del delito, la culpabilidad, la estigmatización; a construirlo como límite de la responsabilidad, y por tanto, como suministro de sufrimiento, antes que como justificación de la misma, refleja en la ciencia penal más avanzada, la crisis de legitimación que abarca el sistema punitivo.

[12] "Liberarse de la necesidad de la cárcel" es el nombre y *Leitmotiv* de acción de una asociación constituida en los últimos años en Italia entre operadores del sistema de la justicia penal, encarcelados, asistentes sociales, políticos, hombres de cultura y de ciencia, que se propone coordinar e impulsar debates e intervenciones operativas sobre la cuestión de la cárcel y promover un amplio movimiento cultural y político por la reducción de la esfera de intervención de la violencia punitiva, con la perspectiva de su eliminación definitiva como respuesta institucional privilegiada a situaciones problemáticas y como instrumento de represión de los conflictos (cfr. ASSOCIAZIONE NAZIONALE "LIBERARSI DELLA NECESSITÀ DEL CARCERE", 1986).

3. El formalismo del proceso y la técnica de limitación de la respuesta represiva a los conflictos

Mientras en la intervención punitiva el suministro de sufrimiento sea la condición real, sin que sea el fin declarado, de la forma en que la justicia penal interviene sobre los conflictos, la manera artificial de interpretar y transcribir estos conflictos, propia de aquella institución, será ineliminable y *debe* ser mantenida.

Aislar una acción voluntaria del contexto situacional y del macrocosmos social, así como de la continuidad del microcosmos personal, para concentrar en ella la determinación judicial de la cantidad de sufrimiento que debe ser suministrado a una persona, es una operación inadecuada para una interpretación científica de la realidad de los conflictos; sin embargo, sigue siendo una técnica indispensable para la limitación de la responsabilidad penal.

Esta técnica de limitación se basa en tres principios que representan el punto más avanzado de la construcción de una teoría jurídica del delito en función de la intervención penal mínima y de la máxima garantía para el imputado y para la víctima: a) el *principio de responsabilidad personal* (que excluye la responsabilidad objetiva y colectiva); b) el *principio de la responsabilidad por el hecho* (que excluye los criterios de responsabilidad basados en las características de la persona, como la llamada "peligrosidad"); c) el *principio de la exigibilidad social del comportamiento conforme con la ley* (alrededor del cual giran hoy los intentos de reconstrucción del concepto de culpabilidad en la más avanzada doctrina penal) (cfr. A. BARATTA, 1985).

El jurista y el juez, que construyen y manejan estos criterios de determinación de la responsabilidad, deberían ser conscientes de la distancia y de la contradicción que subsisten entre el modo de interpretación de la situación conflictiva, impuesto por las finalidades limitativas asignadas al proceso penal, y la "realidad" del conflicto que puede ser interpretada en la construcción más profunda, por parte de la

ciencia social. Respecto de la "realidad" del conflicto, la interpretación centrada sobre el acto y no sobre el contexto se adecua a una respuesta represiva, mas no a una respuesta preventiva y restitutiva. Y sin embargo, mientras la interpretación de los conflictos deba hacerse en un teatro judicial preparado para establecer las condiciones previstas por el Derecho para una respuesta represiva, ni la más evolucionada construcción jurídica podrá refutar el gran artificio de la justicia, que transforma el acto delictivo de una variable dependiente, en una variable independiente. Ningún trabajo de construcción jurídica puede pretender hacer *judiciable* lo real para hacer coincidir la verdad procesal con la verdad científica.

Para evitar que la construcción artificial de la realidad en el proceso penal traiga más consecuencias, todavía más negativas sobre la realidad misma, o sea sobre la existencia de los hombres y sobre la sociedad; o al menos para limitar las consecuencias negativas, la única posibilidad es, por el momento, que los actores implicados en el drama procesal, especialmente los juristas, adquieran y desarrollen una conciencia adecuada sobre la distancia que separa el artefacto jurídico de la realidad. Esto presupone una participación personal de los actores, según las respectivas posibilidades de elaboración, y de participación, en el otro gran laboratorio de la realidad, aquél en el que se construye el *saber social.*

De esta tesis se derivan consecuencias importantes en relación con la preparación y la experiencia práctica de los actores profesionales, de los juristas directamente implicados en el proceso penal; pero también, más en general, de los que lo son indirectamente, por estar comprometidos en la construcción doctrinal. Recordamos las brillantes reflexiones de dos grandes juristas: Widar Cesarini Sforza iniciaba su *Filosofía* del Derecho (1958) con las palabras: "No es verdadero y completo jurista el que, aun conociendo con precisión científica el derecho positivo de un determinado país, no se da cuenta de la abismal distancia entre el Dere-

cho y la vida..."; Gustav RADBRUCH (1973) hablaba de la "mala conciencia" *sin la cual no es posible ser un verdadero jurista.*

Propongo llamar "opción crítica" a esta actitud que permite vivir la experiencia al interior del sistema de la justicia penal siendo consciente de sus artefactos necesarios, para usarlos de modo tal, de limitar los efectos negativos y los costos sociales del sistema. Su contrario podrá ser denominado "opción ideológica". Esta es la actitud de quien pretende poder interpretar "objetivamente" la realidad más allá del sistema, usando los códigos de interpretación propios de éste. Permanecer en una concepción ontológica de la responsabilidad y de la culpabilidad, como si conflictos y situaciones socialmente negativas pudieran ser explicados, en la realidad, partiendo de los actos personales, es la manera como en una buena parte de los juristas, y en modo altamente generalizado en el "sentido común", sigue cumpliéndose la legitimación de la pena-sufrimiento[13].

Un avance hacia cambios profundos del sistema de la justicia penal, puede hacerse con la difusión de la "opción crítica" entre los juristas y la opinión pública, con el crecimiento entre los juristas y en la sociedad que hace uso de la justicia punitiva, de aquella "mala conciencia" de que hablaba Gustav RADBRUCH. Se trata de un progreso en la formación y en la conciencia profesional de los juristas.

En relación con el proceso penal, se trata, antes que de los mejoramientos posibles y necesarios en el Derecho procesal, de una transformación del *sentido* en el que el drama procesal es vivido en la percepción y en la experiencia de los actores implicados.

En la búsqueda de un más alto grado de civilización del proceso, a menudo se ha insistido en la oportunidad de reducir los artefactos del Derecho, de aproximar el proceso a

[13] Cfr., con relación a la correspondencia de la concepción dogmática de la culpabilidad y con la concepción generalmente dominante en el "sentido común", G. SMAUS (1985, 57 ss.).

la realidad, a la vida. Pero es fácil por esta vía perseguir ilusiones teóricas e incurrir en graves riesgos en la práctica. A este propósito debe ser subrayado el carácter ideológico de un discurso basado en la contraposición entre artificial y natural, en una civilización en la cual la realidad es construida con intervenciones artificiales. En una sociedad como la nuestra, la idea del "regreso a la naturaleza" puede volverse fácilmente en un mito con el cual, antes que afrontarlos, se sustraen los problemas de las transformaciones necesarias para hacer la realidad más humana, o sea, para sustituir los *malos* artefactos con *buenos* artefactos.

Los artefactos del Derecho no son menos necesarios para un Derecho más justo y humano, de cuanto no sean operantes en los ordenamientos existentes. Por el contrario, la experiencia nos enseña que muchos de los regímenes más injustos y autoritarios de los últimos tiempos, han estado acompañados de una degeneración (F. VON HIPPEL, 1955) del ordenamiento jurídico determinado también por la pretensión de superar el formalismo legalista con la introducción de confusas ideologías sustancialistas, en nombre de un pretendido acercamiento de la praxis jurídica a la realidad política y a la "sustancia ética" de la nación[14]. Los intentos por superar los artefactos y el formalismo del Derecho, mientras quedan inalteradas las relaciones de poder y de sujeción, y permanece el impacto negativo de la violencia punitiva sobre los individuos y sobre la sociedad, no podrán ja-

[14] Para un análisis de las tendencias sustancialistas en la ciencia jurídica precursoras del desarrollo de un Derecho penal autoritario "de la actitud interior", contemporáneo al advenimiento y la consolidación del totalitarismo nacional socialista, en la Alemania de los años 30, cfr. A. BARATTA (1966); sobre el sustancialismo y antiformalismo moralizantes predominantes en la ciencia jurídica y en el Derecho autoritario de la Alemania nacional socialista, cfr., también B. RÜTHERS (1968) y las contribuciones presentadas en el congreso de la sección internacional de la Asociación de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), llevado a cabo en Berlín los días 11 y 12 de octubre de 1982 (H. ROTTLEUTHNER, a cargo de, 1983). Para comparar similares tendencias en los ordenamientos jurídicos de los regímenes autoritarios en América Latina, véase E. GARCIA MENDEZ (1985).

más significar un progreso hacia formas más elevadas de civilización del Derecho. A los conocidos inconvenientes de la ocultación de las posibilidades de comunicación dentro de un rito procesal con roles, criterios de argumentación y códigos de verdad predeterminados, pueden fácilmente sustituirse, como efecto de cruzadas antiformalistas, inconvenientes todavía más graves. Esto se verificaría, por ejemplo, cuando el poder punitivo real, antes que ser circunscripto por el formalismo del rito, fuera confiado a la libre comunicación entre las partes y a la libre búsqueda de la verdad por parte de un juez paternalista.

Con todos sus defectos, el formalismo procesal aplicado a un correcto régimen acusatorio y garantista tiene la virtud de contener, en lugar de ampliar, la desigualdad de poder entre las partes que intervienen en el proceso penal. El modelo de transformación del proceso desde su interior, que aquí se propone, se basa en el reconocimiento del carácter artificial del mundo del Derecho, pero al mismo tiempo, en la civilizada participación de los actores y del público en la obra de reforma de los artefactos de la justicia, en la perspectiva de un proceso más justo en relación con los derechos del imputado y de la víctima.

El proceso cultural y político que debe conducir a una más elevada civilización en el proceso es representado en este modelo, no tanto por la reducción de la distancia comunicativa y existencial entre los actores del drama procesal encerrados en los propios roles, cuanto más bien por el nuevo sentido que el drama adquiere para cada uno de los actores, si le son aseguradas las condiciones para ver, antes que la realidad social a través de los artefactos de la justicia, los artefactos de la justicia a través de la realidad social. Es este nuevo *"sentido"* el que puede reunir a los actores del proceso en una armoniosa comunicación, en su calidad de hombres y de ciudadanos, aun sin pretender sustraerlos de sus roles en el teatro procesal.

La introducción de la "opción crítica" en el modo de vivir la experiencia procesal por parte de todos los sujetos impli-

cados puede ser representada usando como metáfora una poética teatral muy cercana a la de Bertold Brecht. Sobre el teatro están los actores que representan sus papeles, pero al mismo tiempo ellos hacen parte del público; despiertan a través de esta participación, su conciencia crítica. Son una guia para el público, porque son no sólo actores, sino también el público de ellos mismos. Recitan y se ven recitar: son actores del teatro que se saben tal ante todo, actores de la vida.

Del mismo modo actúan los actores del proceso, en el modelo ideal propuesto. La vida entraría en el proceso, de este modo, a través de la *ironía*. Ironía significa vivir viéndose vivir.

En este caso significa recitar con ritual, respecto de las reglas y los roles, la propia parte en el proceso, a sabiendas de que en el teatro procesal, sólo sucede una transcripción ficticia del drama social. Un importante elemento político entraría de tal modo en el proceso. La ironía de la que se habla, en efecto, es la conciencia dramática que rescata a los actores de sus roles y los hace ser al mismo tiempo críticamente partícipes, fuera de aquéllos, de la vida de la sociedad. Pero la ironía de los actores, es al mismo tiempo el modo como ellos representan al público, la sociedad misma, en el proceso. El rito procesal, que de otra manera constituye el escenario de la conservación y del consenso en relación con el *statu quo* social[15], se transformaría así en el teatro de una crítica de la realidad, en un lugar de emancipación.

Si en la sociedad el proceso penal es visto y vivido a través de una relación crítica con la realidad, es posible no sólo alimentar la reforma procesal con una participación más amplia que la de los "expertos" sino también, imprimirle la dirección correcta: aquélla en que la reforma del proceso se

[15] La funcionalidad del proceso en relación con la asimilación y neutralización de la protesta y con la legitimación de la realidad, es puesta al centro de la reflexión, N. LUHMANN (1975) desarrolla sobre tal institución, al interior del sistema jurídico, administrativo y político.

convierte en parte de un proyecto de emancipación de la sociedad. Se trata de relativizar la verdad procesal, aunque conservándola en la justicia penal, como elemento de limitación de la responsabilidad que el Derecho asigna a las personas; de acompañarla de un conocimiento más profundo de la realidad social y de los conflictos de los que el delito es expresión.

4. *La escuela de la ironía: historia, ciencia social y sabiduría popular. Por una reforma del "sentido" del proceso penal*

¿En cuál *escuela* puede ser adquirido dicho conocimiento? Se ha hablado mucho de promover su adquisición por parte de los actores profesionales de la justicia, a través de una más amplia formación científica, basada en la integración de la ciencia jurídica con las ciencias sociales[16]; se han hecho avances conceptuales al interior de la misma teoría jurídica del delito, que pueden hacer las categorías dogmáticas menos impermeables al conocimiento científico de la sociedad.

La problemática reciente del concepto de culpabilidad puede ser interpretada en el contexto de dicha búsqueda a pesar de que se encuentren en ella direcciones de desarrollo contradictorias. Junto a soluciones de tipo tecnocrático que han sido objeto de discusión y crítica (cfr. A. BARATTA, 1984), se pueden encontrar nuevas posibilidades para la introducción, en sentido emancipador, de elementos *judiciables* del saber científico sobre la sociedad y los conflictos, en la estructura dogmática del concepto[17].

[16] En la perspectiva de una integración del saber de las ciencias sociales con el de las ciencias jurídicas, dentro de las ciencias penales y criminológicas, cfr. los textos recogidos en K. LUDERSSEN, F. SACK a cargo de, (1975; 1977; 1980a; 1980b), W. HASSEMER, K. LUDERSSEN, a cargo de, (1978), W. HASSEMER, a cargo de, (1984); para una reflexión crítica sobre el modelo integrado de ciencia penal, cfr. A. BARATTA (1979).

[17] Una indicación importante se puede tomar, por ejemplo de la teoría de la co-culpabilidad desarrollada por un ilustre penalista argentino, E. R.

Fuera de la *escuela* de la ciencia, sin embargo, hay otra no menos importante, de la cual también los juristas pueden adquirir mucho: la sabiduría popular. La ironía de la que antes se ha hablado no necesita ser inventada. Ella existe ya y es practicada fuera de la cultura "oficial" en una tradición que tiene como protagonistas a las clases populares, los pobres y los marginados, los cuales han sido siempre la clientela privilegiada del sistema de la justicia penal. La cultura popular está llena de ejemplos de la sabia ironía con la cual las clases desfavorecidas, los individuos procesados y condenados, que de ellas forman parte, sus familias, su ámbito social cercano, viven su propia inclusión histórica en el sistema de la justicia penal, su presencia "privilegiada" en los juzgados y en las cárceles. Una historia de la justicia penal *desde abajo*[18], la historia depositada en la concepción popular y no contada en los documentos del saber oficial, con los que en gran parte se forman los juristas, puede ser una fuente extraordinaria de conocimientos y de conciencia profesional para los operadores de la justicia, como en general para todos los ciudadanos, que se sienten representados y asegurados por la justicia penal.

A la escuela de la historia se agrega en la realidad cotidiana del proceso, la experiencia popular, que se expresa en

---

ZAFFARONI (1982, 65 ss. 74; 1985, 97 ss.). Esta puede permitir, en efecto, operaciones de valoración compensatoria de la responsabilidad de los individuos en condiciones sociales desventajosas, considerando las diversas posibilidades de comportamiento que el individuo posee según su status social e introduciendo así en la apreciación jurídica, la consideración de la injusticia social y de la "culpabilidad" de la sociedad por las condiciones en que tales individuos han sido dejados.

[18] La ciencia histórico-social y en particular la historia del sistema penal ha realizado en los tiempos recientes una verdadera transformación de su perspectiva de investigación, y en consecuencia, ha trasladado sus intereses cognoscitivos dedicando particular atención, en la reconstrucción histórica del desarrollo de las instituciones sociales, en la percepción y experiencia respecto de éstas, de la gente común y en la vida cotidiana; véanse entre otros a D. BLASIUS (1978), J. DAVID (1982) y las indicaciones bibliográficas sobre la historia de la criminalidad y del sistema penal inglés en el siglo XVIII recogidas por P. WETTMANN (1987).

la persona del imputado, cuando éste, como sucede en la mayoría de los casos, proviene de los estratos más bajos de la sociedad. También del contacto procesal con el mundo del imputado, los actores profesionales que representan el poder institucional y la cultura dominante de la sociedad pueden aprender mucho si, fuera de la participación ritual, se establece con él una relación humana y política para comprender su lenguaje, y a través de esto, como es posible en muchos casos, entender la antigua y sabia ironía de los pobres.

Es incuestionable por otra parte, que hoy en el proceso penal se encuentran como imputados, también representantes de los grupos socialmente poderosos. Piénsese en los procesos contra la criminalidad organizada, contra graves desviaciones de los órganos estatales. Aunque mirando la producción de la máquina de la justicia penal, es decir, la población carcelaria, la presencia de los individuos provenientes de grupos poderosos es un hecho excepcional (también en la época de los grandes procesos contra la mafia), la experiencia de estos procesos contra individuos potentes es importante e instructiva.

Se trata de la intervención de la justicia penal en conflictos de tal magnitud, que hace posible su definición como *luchas sociales*, como encuentros por el poder y otros recursos que se desarrollan en el contexto de las relaciones complejas de contraposición y compenetración entre poder legal y poder ilegal en la sociedad[19]. La incapacidad del sistema de la justicia penal contra el reto de una criminalidad organizada, capaz no sólo de competir con los poderes del Estado, sino también de condicionarlos, puede ser considerada con la misma "opción crítica" vivida con la *ironía*, como en el caso de los procesos con imputados socialmente débiles. Hablar de escasez de medios a disposición de las instituciones de la justicia penal para explicar aquella incapacidad, de valorización de la máquina de la justicia penal como solución, es en

[19] Con esta perspectiva en el análisis del fenómeno de la mafia, véase entre otros, a H. Hess (1984).

este caso, limitar el discurso dentro de una perspectiva demasiado estrecha. Para dar a ello una amplitud adecuada, se debe, ante todo, hablar de la forma reductiva con que los conflictos de esta naturaleza son interpretados y reconstruidos en la óptica del Derecho penal; del ocultamiento de su dimensión técnico-jurídica. Antes de poner la cuestión de los recursos materiales del sistema de la justicia penal, es necesario restituirle a los conflictos de esta naturaleza sus dimensiones reales. Esto significa también, ampliar el frente de la lucha contra la criminalidad organizada como el frente de una lucha política que interesa a toda la sociedad civil; fomentar un proceso de toma de conciencia y de acción del que son protagonistas todas las fuerzas democráticas y no sólo los órganos de la justicia penal.

Para entender la distancia que hay entre la compleja realidad de los conflictos y su reconstrucción en el proceso, los juristas tienen a su disposición, también en este caso, la gran escuela de la ciencia social y de la Historia. Esta revela la conexión funcional entre los procesos de acumulación ilegal y los de circulación legal del capital; el carácter estructural de formas de corrupción y colusión con el poder mafioso en los órganos del Estado en determinadas condiciones histórico-sociales; la dependencia endémica de los delitos y desviaciones de los órganos públicos de degeneraciones partidocráticas del sistema de la representación política.

Es necesario ser conscientes de la imposibilidad de controlar sólo con la intervención represiva sobre los comportamientos individuales de las personas físicas –más allá de los cuales la justicia penal de un Estado de Derecho no puede ir–, conflictos que tienen como sujetos y modalidades organizaciones y sistemas complejos de acciones, antes que individuos y comportamientos singularizables, que tienen relación con formas ilegales de extracción y de acumulación de los recursos, cuyos usufructuarios pueden estar funcionalmente bien lejos de los autores, como sucede por ejemplo, en el caso de operaciones ilegales de grandes sociedades nacionales y multinacionales.

También en este caso, junto a la escuela de la Historia y de la Ciencia, está a disposición de los operadores y del público de la justicia penal, la escuela cotidiana de la experiencia procesal. También el procesado potente es portador, aunque en modo diverso y opuesto al del procesado socialmente débil, de un *mensaje* importante, que sólo puede ser descifrado en una relación con el código social y político que sobrepasa la que se desarrolla con el código de la justicia penal. Desde este punto de vista, la ironía de los potentes, que saben que están librando una batalla que no será decisiva para la suerte de su guerra, no es menos sabia y rica de enseñanzas que la ironía de los pobres, que saben que la "guerra contra la criminalidad" que la justicia penal libra contra ellos, no cambiará las condiciones de su batalla cotidiana en la periferia de la sociedad.

Referencias bibliográficas

ASSOCIAZIONE NAZIONALE "LIBERARSI DELLA NECESSITÀ DEL CARCERE" (1986), *Documento, fondativo del Coordinamento Nazionale "Liberarsi della Necessità del Carcere"*, en "Dei Delitti e delle Pene", IV, 2.

BARATTA, Alessandro (1966), *Antinomie Giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano.

BARATTA, Alessandro (1979), *Criminologia e dogmática penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", V, 2, ps. 147-183.

BARATTA, Alessandro, (1982), *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna.

BARATTA, Alessandro (1984), *La teoria della prevenzione integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica* en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1, ps. 5-30.

BARATTA, Alessandro (1985), *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 3, ps. 443-473.

BAURMANN, Michael (1980), "Shuldose Dogmatik?", en *Seminario: Abweichendes Verhalten, IV, Kriminalpolitik und Stra-*

frecht, a cargo de K. Lüderssen, F. Sack, Surkamp, Frankfurt A. M., ps. 196-265.

BERGER, Peter L., LUCKMANN, Thomas (1966), *The Social Construction of Reality*, Doubleday, Garden City, New York (trad. ital. *La realta come costruzione sociale*, Il Mulino, Bologna. 1969).

BIERBRAUER, Günter (1978), "Attributionstheoretische Uberlegungen zur strafrechtlichen Schuld", in *Sozialwissinschaften im Studium des Rechts, Ed. II, Strafrecht*, a cargo de W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, Beck, München, ps. 130-152.

BLANKENBURG, Erhard; SESSAR, Klaus; STEFFEN, Wielke (1978), *Die Staatsanwaltschaft und prozesse von Strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Duncker & Humblot, Berlin.

BLASIUS, Dirk (1978), *Kriminalität im Alltag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

BLOCH, Ernst (1959), *Prinzip Hoffnung*, 1ª ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M.

BLUM, Alan F., MCHUG, Peter (1971), *The Social Ascription of Motives*, en "American Sociological Review", 39, ps. 98-127.

CARRINO, Agostino (1983), *L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, Esi, Napoli.

CESARINI SFORZA, Widar (1958), *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano.

CHRISTIE, Nils (1982), *Limits to pain*, Martin Robertson, Oxford (trad. it. *Abolire le Pene? Il paradosso del sistema penale*, Abele, Torino, 1985).

CICCUREL, Aaron V. (1970), *The Acquisition of Social Structure. Toward a Development Sociology*, en *Understanding Everyday Life*, a cargo de J. C. DOUGLAS, Aldine Publ., Chicago, ps. 136-163.

DAVID, Jones (1982), *Crime, protest, community and police in nineteenth-century Britain*, Routledge & Kegan, London.

DOUGLAS, Jack D., a cargo de (1970), *Understanding Everyday life*, Aldine Publ., Chicago.

ELLSCHEID, Günther, HASSEMER, Winfried (1975), "Strafe ohne Vorwurf", in *Seminar: Abweichendes Verhalten, II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, I*, a cargo de K. LÜDERSSEN, F. SACK, Suhrakmp, Frankfurt a. M.

ENGISCH, Karl (1965), *Vom Welthild des Juristen*, Carl Winter, Heidelberg.

FRANK, Reinhard (1907), *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1985), *Recht und Autoritarismus in Latein Amerika: Argentinien, Uruguay und Chile 1970-1980*, Ed. Iberoamericana, Frankfurt a. M.

GIDDENS, Anthony (1984), *The Constitution of Society*, Polity Press, Cambridge.

HABERMAS, Jürgen (1981), *Theorie des Kommunikativen Handelns, Bd. 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

HART, Herbert L. A. (1951), *The Ascription of Responsability and Richts, in Logic and Language*, a cargo de A. FLEW, Clarendon Press, Oxford.

HASSEMER, Winfried, a cargo de (1984), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, Luchterhand, Neuwied.

HASSEMER, Winfried, LÜDERSSEN, Klaus, a cargo de, (1978), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. III, Strafrecth*, Beck, München.

HESS, Henner (1984), *Mafia*, Laterza, Bari.

HIPPEL, Fritz von (1955), *Die Perversion von Rechtsordungen*, Mohr, Tübingen.

JAKOBS, Günther (1976), *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen.

JUNG, Heike (1987), *Das opferschutzgesetz*, en JuS, 2, ps. 157-160.

KAISER, Güther (1985), *Kriminologie*, Müller, Heidelberg, Karlsruhe.

KELLEY, Harold H. (1971), *Attribution in Social Interaction*, General Learning Press, New York.

KOHLRAUSCH Eduard (1910), "Sollen und Können als Grundlage strafrechtlicher Zurechnung", en *Festgabe für Güterbock*, Duncker, Humblot, Berlin, ps. 26-48.

KRAUSS, Detlev, (1983), *La vittima del reato nel processo penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", I, 2, ps. 283-298.

LASK, Emil (1932), "Rechtsphilosophie", in *Gesammelte Schriften*, a cargo de E. HERRIGEL, Mohr, Tübingen, ps. 275-332.

LÜDERSSEN, Klaus; SACK, Fritz, a cargo de (1975a), *Seminario Abweichendes Verhalten, I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

LÜDERSSEN, Klaus; SACK, Fritz, a cargo de (1975b), *Seminar: Abweichendes Verhalten, II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 1*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

LÜDERSSEN, Klaus, SACK, Fritz, a cargo de (1976), *Seminario Abweichendes Verhalten, III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 2, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

LUHMANN, Niklas (1974), *Soziologische Aufklärug. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4 a ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.

LUHMANN, Niklas (1975), *Legitimation durch Verfahren*, 2. a ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M.

MATHIESEN, Thomas (1974), *The Politics of Abolition*, Universitestsforlaget, Oslo.

MEAD, George H. (1936), *Mind, Self and Society*, Aldine Publ., Chicago (trad., it. *Mentè, Se società*, Florencia 1966).

MILLS, C., Wright (1940), *Situated Actions and Vocabularies of Motive*, en "American Sociological Review", V, 6, ps. 904-913.

MOSCONI, Giuseppe (1986), *Riferimenti per un alternativa reale al carcere*, en "Dei Delitti e delle Pene", IV, 2, ps. 277-315.

MÖLLER-DIETZ, Heinz (1967), *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Müller, Karlsruhe.

PAVARINI, Massimo (1986), *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell ossessione correzionale*, en "Dei Delitti e delle Pene", IV, 2, ps. 251-276.

PETERS, Dorothee (1973), *Richter im Dienste der Macht*, Enke, Stuttgart.

POULANTZAS, Nicos (1974), *Les classes sociales dans le capitalisme aujord'hui*, Editions du Seuil, Paris.

RADBRUCH, Gustav (1973), *Rechtsphilosophie*, Mohr, Tübingen.

ROTTLEUTHNER, Hubert, a cargo de (1983), *Recht, Rechttsphilosophie und Nationalsozialismus*, "ARSP" Beiheft, 28, Steiner, Wiesbaden.

ROXIN, Claus (1973), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gryter, Berlin, New York.

RUTHERS, Bernd (1968), *Die unbegrenzte auslegung. Zum wandel der privatrechtsordnung im nationalsozialismus*, Mohr, Tübingen.

SACK, Fritz (1978), *Probleme der kriminal soziologie, in hand buch der empirischen sozial Forschung*, Bd. 12 Wahlverhalten, vorurteile, Kriminalität, a cargo de: R. König, enke, Stuttgart, ps. 192-492.

SCHÜNEMANN, Bernd, a cargo de (1984), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, de Gruyten, Berlin, New York.

SCHÜNEMANN, Bernd (1986), *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, en "NStZ", VI, 5, ps. 193-200.

SCHÜTZ, Alfred (1960), *Der sinnhafte Aufbau der sozialen, Welt*, 2ª. Ed. Springer Wien (trad. it., *La fenomenologia del mondo sociale*, Il Mulino, Bologna).

SCHÜTZ, Alfred (1962), *Collected Papers, 1, The Problem of Social Reality*, The Hague.

SILBERNAGL, Michele (1985), *Dogmatica penale e scienze sociali. Appunti critici sui recenti sviluppi della categoria della colpevolezza nella dottrina tedesca ovvero sulla ricezione di sapere sociologico da parte della scienza giuridico penale*, tesis de grado, Universidad de Bologna.

SILBERNAGL, Michele (1987), *Il diritto penale senza colpevolezza. Appunti critici sul processo di dissoluzione della categoria della colpevolezza nel diritto penale preventivo*, "Dei Delitti e delle Pene", V, 2, de próxima publicación.

SMAUS, Gerlinda (1985), *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung*, Westdeutscher Verlag, Opladen.

WACHTER, Gerld H. (1984), *Der doppelte Charakter des Strafrechts. Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts*, en "Kritische Justiz", XVII, ps. 161-185.

WELZEL, Hans (1941), *Persönlichkeit und Schuld*, en "ZStW", LX, ps. 428-474.

WETTMANN, Peter (1987), *Il sistema penale inglese nel 18. Secolo. Sviluppi nel campo della ricerca storica*, en "Dei Delitti e delle Pene", V, 1, ps. 223-230.

ZAFFARONI, E. Raúl (1982), *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. IV, Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI, E. Raúl (1985), *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Buenos Aires.

FUNCIONES INSTRUMENTALES Y SIMBÓLICAS DEL DERECHO PENAL: UNA DISCUSIÓN EN LA PERSPECTIVA DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA*

Hasta hace algún tiempo parecían haberse alcanzado puntos definitivos sobre la cuestión del bien jurídico en el Derecho penal. Por lo menos, los términos del problema parecían seguros. No parecía problemática la distinción tradicional entre las dos funciones asignadas al concepto de bien jurídico: una función inmanente al sistema del Derecho penal positivo y una función extrasistemática.

La primera función obedece a la interpretación teológica de las normas penales y a su construcción sistemática. La consecuencia dogmática principal de este uso intrasistemático del concepto de bien jurídico es la duplicación de la antijuridicidad: Antijuridicidad formal como violación de la norma social o jurídica correspondiente al tipo delictivo (BINDING) y antijuridicidad material como lesión o puesta en peligro del interés protegido por la norma. Hay responsabilidad penal sólo si se realizan ambas formas de antijuridicidad. Sin embargo, la antijuridicidad material está condicionada a la existencia de la antijuridicidad formal[1].

Junto a esta función instrasistemática y con una pretendida independencia de ésta, se construye una función extrasistemática de concepto de bien jurídico como criterio de valoración del sistema positivo y de la política criminal. No existe una correlación necesaria entre antijuridicidad mate-

* Traducción de Mauricio Martínez Sánchez (Universidad del Sarre, Alemania Federal). Publicado en "Pena y Estado", nº 1, 1991, Barcelona, España.

[1] Cfr. entre otros, R. MAURACH/H. ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilbad. 1,6ª, Munich 1983; H. -H. JESCHEK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Berlin 1978, p. 5 y ss.; H. -J. RUDOLPHI, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en *Festchrift für R. -m. Honig*, 1970, pág. 151 ss.; K. -H. GÖSSEL, "Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeit-einschränkendes Tatbestandsmerkmal", en *Festschrift für D. Dhlen*, 1985, pág. 97 ss.; véase también G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridici*, en "Scritti giuridici", tomo II, Padova, 1966, pág. 911 ss.

rial considerada a la luz del uso extrasistemático del bien jurídico y la antijuridicidad formal (intrasistemática) de un comportamiento. Es decir, se admite que el legislador penal puede separarse de ella por defecto o por exceso; dejar de tutelar intereses merecedores de ella, considerados vitales para la sociedad, o tutelar intereses que no lo merecen[2].

En realidad, a esta duplicidad de funciones[3] no ha correspondido hasta ahora una terminología unívoca. Por ejemplo, AMELUNG asigna a la función extrasistemática el término "antisocialidad"[4], con la cual se hace referencia a una antigua tradición de la ciencia penal alemana. En ésta, la voz "bien jurídico" ha sido utilizada principalmente para la función intrasistemática. En 1872 BINDING escribía que "sólo la norma penal eleva un objeto a la categoría de bien jurídico"[5]. Von LISZT hablaba en 1888 de las "condiciones vitales de la comunidad estatal" que el legislador penal transforma en "objeto real de tutela", pero que de otra parte, puede faltar por defecto o por exceso[6].

Sin embargo, a pesar de las diferencias terminológicas, en el pensamiento penal alemán aparece clara la distinción entre dos niveles de construcción en la teoría de los bienes jurídicos (o en sentido negativo, de la antisocialidad o antijuridicidad material que corresponde a las dos funciones distinguidas por HASSEMER[7]). A nivel ideológico y político se trata de la individualización de las condiciones necesarias (y/o suficientes) de producción de normas penales (función

[2] Véase para el efecto F. v. LISZT, *Lehrbuch des Strafrechts*, 12/13ª. ed., Berlin, 1903, pág. 140 ss.; BINDING, *Die Norme und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bc. I *(Normen und Strafgesetze)*, Aalen 1872, pág. 193.

[3] Cfr. a propósito W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt 1973.

[4] Véase K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt 1972.

[5] K. BINDING, *Die Normen*, cit. pág. 193.

[6] F. v. LISZT, *Des Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der "Enzyklopädie" des Wissenschaften*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchafts", VIII, 1888, ps. 133-156.

[7] Véase W. HASSEMER, *Theorie*, cit. pág. 19 ss.

de legitimación y/o de limitación); a nivel exegético y dogmático, se trata de la interpretación y de la sistematización *teológica* de las normas; las diferencias hacen relación a los presupuestos ontológicos y epistemológicos que intervienen en las operaciones propias de los dos niveles de discurso[8].

El concepto intrasistemático de bien jurídico es, normalmente, utilizado por el legislador mismo en el articulado de la "parte especial" del Código Penal y en la intitulación con base en el objeto a proteger. Igualmente en la "parte general" del Código Penal, el concepto de bien jurídico es usado por el legislador en sus propias elaboraciones técnico-jurídicas: piénsese en la formulación del estado de necesidad como justificante, del artículo 34 del Código Penal alemán[9]. No se trata siempre, entonces, en la función extrasistemática del bien jurídico, de definiciones "tácticas" del legislador y de meras construcciones doctrinarias, sino, frecuentemente, de enunciados legislativos que designan los objetos de la tutela prestada por las normas penales y que deben ser empleadas por la doctrina y la jurisprudencia.

En el ámbito del presente discurso, no es posible analizar las variantes y los diversos presupuestos que se encuentran en la historia más que centenaria de los usos de "bien jurídico", o de expresiones equivalentes, en las dos funciones arriba mencionadas. La literatura al respecto es rica en análisis históricos y a ella nos remitimos[10].

[8] Cfr. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939.

[9] El estado de necesidad como justificante se fundamenta en el principio de compensación de intereses, sobre todo entre interés amenazado e interés sacrificado para su salvación. Cfr. H.H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit. pág. 288 ss.

[10] Entre otros, véase P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Bael 1962; W. NAUCKE, *Zur Lehre von strafbaren Betrug*, Frankfurt 1964; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit. ps. 25-56; M. FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlin 1987, ps. 115-168.

Me limitaré a indicar una alternativa entre dos tendencias que comienzan a perfilarse desde los orígenes de las teorías del bien jurídico y que acompañan la historia. Se trata de la alternativa entre un uso exclusivamente defensivo y un uso también promocional de la pena respecto de bienes e intereses relevantes. La segunda alternativa tiene su más notable expresión en la llamada "teoría metodológica" del bien jurídico, introducida por HONIG en 1919 [11]. Se trata de dos tendencias en la misma concepción instrumental de la función punitiva.

Podemos denominar "teorías del bien jurídico", en sentido lato, a las teorías promocionales. Sin embargo, esta distinción, como se verá más adelante, se ha vuelto cada vez menos precisa y ha perdido relevancia práctica, en la medida en que la tutela se ha extendido de intereses individuales y circunstancias, hacia áreas de intereses generales y difusos[12].

Igualmente la distinción entre teorías intrasistemáticas y teorías extrasistemáticas se revela problemática, en un análisis más riguroso. Esta distinción clasifica los discursos según las intenciones de los autores, pero no es del todo apropiada para clasificarlos según las premisas epistemológicas y los contenidos. Esto sería posible sólo si la definición extrasistemática de áreas de intereses dignos de tutela fuese realmente independiente de la definición intrasistemática, tanto respecto a las premisas epistemológicas como a los contenidos y si, viceversa, el criterio del bien jurídico utilizado en las operaciones exegéticas y sistemáticas sobre las normas existentes, fuese realmente independiente de las valoraciones político-criminales dirigidas a lo que *debería ser* tutelado por las normas penales.

[11] R. HONIG, *Die Bewilligung des Verletzten*, I, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1919, pág. 94.

[12] W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1984, pág. 109 ss.

En una reciente contribución, BALOG ha demostrado que esta condición no ha sido realizada ni en uno ni en otro sentido[13]. En realidad, las definiciones extrasistemáticas de los bienes dignos de tutela han sido obtenidas utilizando ampliamente, como punto de vista heurístico, el sistema de los bienes protegidos por las normas penales existentes. En cambio, en las definiciones intrasistemáticas, a las operaciones analíticas sobre las normas penales existentes, se sobreponen ampliamente los modelos ideales y las valoraciones político-criminales de los diferentes autores.

La circularidad del resultado se traduce en un doble inconveniente; por un lado, intereses y valores "extrapositivos" son definidos en la lógica del discurso punitivo, en el cual la sociedad es considerada como una comunidad homogénea de valores e intereses que se defiende de una minoría de personas desviadas. En segundo lugar, la atención del discurso es polarizada sobre los conflictos interindividuales y sobre aquéllos entre individuos y la "sociedad", mientras quedan excluidos los conflictos estructurales y grupales. Aparece evidente que si estas características influencian la óptica "extrasistemática" sobre la negatividad social, se producirá una visión deformada y parcial de ella, incapaz de proveer criterios eficaces para la valoración crítica de los sistemas punitivos existentes y para la formulación de proyectos innovadores de política del control social.

Por otro lado, los contenidos positivos del Derecho penal son idealizados y legitimados a través de la vinculación "metodológica" con principios y valoraciones extrasistemáticas. Éstas a su vez, hacen parte de contextos de discurso que tienen en común con el discurso punitivo las dos características principales de éste: la visión consensual de la sociedad[14] y la óptica parcial sobre los conflictos[15].

[13] Cfr. A. BALOG, *Rechtsgüter in Theorie und Praxis*, en "Kriminalsoziologische Biographie", VIII, 1981, ps. 51-57.

[14] Esta visión ha encontrado entre los dos siglos su formulación clásica (aún vigente) en la teoría de la pena de DURKHEIM, según la cual, la fun-

Algunas teorías extrasistemáticas de los bienes jurídicos elaborados con una indudable perspectiva crítica, tampoco logran sustraerse del todo a una doble función de legitimación que ellas cumplen, independientemente de la intención de los autores, en relación con los sistemas de la justicia criminal. Tomemos como ejemplo la teoría "personal" del bien jurídico elaborada recientemente por HASSEMER[16]: su intención es rigurosamente limitativa. En efecto, es admitida en esta teoría la legitimidad extrasistemática de la tutela penal de bienes jurídicos sólo "aferrables" y determinados, relacionados directa o indirectamente con intereses de personas físicas. La deslegitimación de las normas penales de tutela de intereses difusos y de "funciones" implica, sin embargo, una indirecta legitimación de las otras normas.

El riesgo es que la exclusión "por principio" de los bienes jurídicos difusos e indeterminados sea compensada con una aceptación, también "por principio", de los bienes jurídicos personales e indeterminados, y que esta aceptación sustituya la comprobación empírica de la hipótesis de la idoneidad de la pena en la tutela de estos bienes, transformándose en un nuevo soporte ideológico de la teoría instrumental del Derecho penal. De esta manera, la portada crítica y política del discurso queda, de hecho, limitada a la dimensión cuantitativa (contener la expansión del sistema punitivo) sin intervenir sobre la dimensión cualitativa, es decir, sobre el concepto de la función instrumental del Derecho penal *tout court*.

---

ción de la sanción penal sería la de expresar y reforzar los valores entorno a los cuales la sociedad está integrada. Crf. E. DURKHEIM, *Les règles de la mèthode sociologique*, 13ª. ed., Paris 1956, pág. 64 ss. *De la división du travail social. Etude sur l'organisation des sociétés supérieures*, 2ª ed., Paris 1902, pág. 35 ss.

[15] Al respecto me permito remitir a mi *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo XXI, México 1986, especialmente, en el capítulo X, "Las teorías conflictivas de la criminalidad".

[16] Véase la contribución de W. HASSEMER recopilado en *Scritti in onore di A. Kaufmann per il suo 65 compleano*.

La legitimación de ciertos objetos de tutela y no de otros, sobre la base de su "relevancia penal", deja abierto el problema de la legitimación del Derecho penal sobre la base de su cualidad instrumental. Por más que sea loable cualquier operación teórica y política dirigida a reducir cuantitativamente los sistemas penales y a contener su tendencia expansiva, el déficit de verificación cualitativa de la legitimación instrumental del sistema no será jamás saneado por los resultados cuantitativos de aquella operación.

La distinción entre concepto extrasistemático e intrasistemático de bien jurídico deviene más problemática con la incertidumbre y la fluidez de los confines que deberían delimitar al "sistema". ¿Se trata del Derecho penal "en sentido estricto", o también del Derecho penal administrativo? Más, en general, ¿debemos considerar un sector específico del ordenamiento (el Derecho penal), o el ordenamiento en su conjunto? Y si la consideración intrasistemática se extiende hasta las normas constitucionales, ¿se hace referencia a la constitución en sentido formal, o comprenderá también la constitución en sentido material? ¿Se limitará a la praxis interpretativa de la constitución o se anticipará dinámicamente a las posibles praxis interpretativas del mañana? Si se tienen presentes estos interrogantes y se considera cuán difícil es distinguir entre interpretación de las normas constitucionales y construcción de teorías sociológicas y políticas, y cuán arduo es distinguir entre principios normativos de la constitución positiva y principios generales del Derecho, fácilmente nos daremos cuenta que la construcción intrasistemática y la extrasistemática, antes que corresponder a dos esferas de operaciones limitadas entre sí, son momentos de un continuum en el que suceden pasajes relativos, en cuyo transcurso lo que era "extrasistemático" en una fase precedente, deviene "intrasistemático" en la fase posterior y así sucesivamente.

La relatividad de la distinción entre concepto intrasistemático y extrasistemático de los bienes jurídicos explica la óptica deformada con la cual, a veces, los juristas buscan

definir bienes e intereses dignos de tutela independiente del Derecho penal positivo, sin preocuparse por abandonar previamente la visión del penalista. El programa mismo de la investigación, es decir el que define áreas de negatividad social desde el punto de vista del posible empleo instrumental del sistema de la justicia criminal, representa una reificación de este sistema y de la negatividad social. De esta manera, no se tiene en cuenta que la negatividad social y los sistemas de control son objetos de una construcción social e institucional que refleja la dinámica de los conflictos y su dislocación; o sea, la transformación del poder de definir de los actores implicados y de las relaciones de poder entre ellos.

Desde el punto de vista epistemológico, esta reificación se deriva de una inversión conceptual característica de saberes sociales separados, generados en el interior de sectores especializados de la función pública. Ella se verifica cuando los juristas intentan definir qué problemas o conflictos son aptos para ser afrontados con el instrumental del sistema criminal, antes que, cuáles de los instrumentos existentes en los diversos arsenales institucionales o que deben todavía ser inventados, sean aptos para afrontar determinados problemas o conflictos.

El resultado es, en primer lugar, la reproducción ideológica y material del sistema punitivo; en segundo lugar, la distinción tradicional entre situaciones "relevantes" y "no relevantes" para éste. En el último caso, estamos en presencia de otro razonamiento circular típico de los saberes sociales separados: se deduce la llamada "fragmentariedad" del sistema penal de la relevancia de ciertas materias y no de otras, mientras al mismo tiempo la relevancia de ciertas materias se deduce del hecho de que éstas, y no otras, son objeto de la intervención de aquel sistema.

Se derivan así, definiciones de interés y de bienes dignos de tutela personal, o demasiado genéricas (la vida, la libertad personal) o demasiado específicas. Los resultados hasta ahora alcanzados por las investigaciones extrasistemáticas

sobre el bien jurídico y sobre la negatividad social, han sido modestos e inadecuados a las finalidades críticas y de política del Derecho asignadas a ella en el ámbito de las posiciones más "progresistas" que encontramos en la literatura[17].

Éste es un síntoma de la escasa interdisciplinariedad y de la parcialidad autorreflexiva con la cual se ha desarrollado generalmente, salvo alguna excepción[18], la discusión sobre los bienes jurídicos dentro de la ciencia penal.

Examinando esta discusión, hay fundamentos para sostener que el interés específico haya hecho perder de vista el carácter general del concepto que es relevante en todos los sectores del Derecho y no sólo en el Derecho penal. Mientras la pretensión de que los intereses protegidos penalmente tengan una cualidad privilegiada respecto a todos los otros intereses que son y pueden ser tutelados por el Derecho, es un ejemplo ulterior de argumentación circular, o sea, se define el Derecho penal como un instrumento que tutela los intereses vitales y fundamentales de las personas y de la sociedad, pero al mismo tiempo se definen como vitales y fundamentales los intereses que tradicionalmente ha tomado en consideración el Derecho penal.

Bienes constitucionalmente relevantes como la libertad, la integridad personal, el honor, la salud, o el funcionamiento de los órganos del Estado y de las instituciones públicas, son objeto de tutela por parte de prácticamente todas las ramas del Derecho. Realmente la "fragmentariedad" de las áreas de tutela en cada rama del Derecho depende no tanto de la naturaleza de los bienes, como de la estructura de las diversas situaciones que le son perjudiciales y de la que varias ramas del Derecho se "hacen cargo", concurriendo y en parte sobreponiéndose entre ellas con las propias y específi-

[17] A análogas conclusiones llega también A. BALOG, *Rechtsgüter*, cit. pág 56 ss.

[18] Entre las investigaciones sobre el bien jurídico que se caracterizan por su interdisciplinariedad, merecen mención expresa por su profundidad teórica y por la originalidad que logran, las investigaciones de W. HASSEMER, *Theorie*, cit., K. AMELUNG, *Rechstgüterschutz*, cit.

cas técnicas de tutela. Por ello, la cuestión de los contenidos de la tutela colocada en términos de la cualidad intrínseca de los bienes jurídicos es, al fin y al cabo, una cuestión imposible de resolver y por lo tanto vana.

Desde un punto de vista epistemológico, una investigación correctamente "extrasistemática" sobre los "bienes jurídicos", o sobre las situaciones conflictivas o problemáticas en las que aquéllos pueden encontrarse comprometidos, debería, por lo menos, respetar dos condiciones: la primera consiste en colocar provisionalmente "entre paréntesis", con un procedimiento de sustracción o de *epoché* metodológica[19], los conceptos de "delito" y de "pena" y la existencia de la justicia criminal. La segunda condición consiste en considerar, entre las situaciones conflictivas y problemáticas, aquéllas producidas por la intervención del sistema de la justicia criminal[20]. En realidad, una correcta investigación "extrasistemática" sobre la "negatividad social" debe tener un horizonte exhaustivo, y no puede excluir del propio objeto la realidad institucional, pues ésta, según la colocación de los actores en los conflictos y la percepción de ellos, es la sede de su "resolución", o la sede de su producción o consumación. Cuando se habla de "referente material"[21] de las definiciones de desviación y de criminalidad, no se hace referencia a las cualidades ontológicas de situaciones y de procesos de control, sino a objetivos cuyas cualidades son atri-

[19] Cfr. al respecto mis reflexiones en *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, en "Dei Dellitti e delle Pene" III, 1985. Epoché: del griego epekho: suspensión.

[20] Insiste particularmente sobre este punto en sus análisis críticos del sistema de la justicia criminal, L.H.C. HULSMAN, "Critical Criminology and the Concept of Crime", en H. BIANCHI, R. VAN SWAANINGEN (a cargo de) *Abolition –Toward a Non-repressive Approach to Crime (proceedings of the Second Internacional Conference on Prison Abolitior, Amsterdam, 1985*, Amsterdam 1986, pág 25-41; cfr. también L.H.C. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le mystère pénal en question*, Paris 1982.

[21] Cfr. para un intento por definir epistemológicamente tal concepto, A. BARATTA, *Forma giuridica e contenuto sociale: labelling approach*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, ps. 241-269.

buidas por los actores implicados en los conflictos y que reflejan la dinámica de éstos y de las relaciones de poder entre los actores. Se trata también de los resultados de una redefinición continua de las finalidades, de los objetos y de los límites del "control social"[22].

Una vez cumplidas estas condiciones epistemológicas, será después más oportuno, desde el punto de vista de la terminología, reservar el término "bien jurídico" a los resultados de las construcciones intrasistemáticas y llamar con otro nombre al referente material construido en el ámbito de operaciones extrasistemáticas[23].

Como hubo de observarse precedentemente, la distinción entre concepción defensiva y concepción promocional del bien jurídico ha perdido en buena parte su significado. Esto se debe, como quedó señalado, a la expansión del área de la tutela penal hacia intereses difusos o colectivos (el ambiente, la salud, los intereses del consumidor, el del orden público, etc.) y hacia funciones de la administración pública (como el sistema monetario, el sistema de la economía, la actividad del Estado como monopolista del mercado de cambios, etc.). La estructura misma de estos bienes jurídicos hace que, en relación con éstos, el concepto estático, defensivo, de los bienes jurídicos, no se pueda seguir distinguiendo claramente del concepto dinámico, promocional.

El fenómeno general en que se inscribe este devenir evanescente de la línea de distinción entre función defensiva y función promocional del concepto de bien jurídico, puede ser

[22] Cfr. T. PITCH, "Che cos'è il controllo sociale", en P. de LEONARDIS y otros (a cargo de), *Curare e punire*, Milano 1989, ps. 21-44.

[23] En mis investigaciones uso los términos "negatividad social y/o situaciones problemáticas y conflictivas". Véase entre otros, A. BARATTA, *Problemas sociales y decepción de la criminalidad*, en "Revista del Colegio de Abogados del Valle", 9, ps. 17-32; *Principi*, cit. También las críticas formuladas contra un uso "indiscriminado" del concepto "problemas sociales" de STEINERT, *Widersprüche, Kapitalstrategien und widerstand oder: warum ich der Begriff "Sociale Problems nicht mehr hören kann"*, en "Kriminalsoziologische Biographie", VIII, 32, ps. 56-88

indicado como "administrativización" del Derecho penal. Este término indica, por lo menos, dos hechos complementarios pero distintos: en primer lugar, el hecho de que la mayor parte de las normas penales, que los legisladores producen en cantidad cada vez mayor, junto a los códigos y también algunas leyes de reforma de los códigos mismos (véanse, por ejemplo, los nuevos artículos sobre tutela del ambiente, incorporados al código de la República Federal de Alemania[24]), sean normas penales accesorias a las normas generales y a la actividad administrativa del Estado y de los entes públicos; o sea, normas que sostienen las funciones, interveniendo de manera subrogativa. Esto significa, como ha sido puesto en evidencia por LASCOUMES[25], que la disciplina penal interviene, eventualmente, en una fase avanzada de la interacción entre administración y sujetos privados, cuando su comportamiento no parece regulable mediante mecanismos de control propios de la acción administrativa, en este caso de accesoriedad administrativa, no existe una "norma social" que sirva de base a la norma penal, como lo sostenía la teoría clásica de BINDING[26], sino una función administrativa pública.

La otra circunstancia comprendida en el término "administrativización" es aquella por la cual tales tipos penales nuevos se parecen cada vez más en su forma, a las normas de intervención de la administración pública, alejándose de los requisitos "clásicos" de la ley (abstracción y generalidad). Las normas penales se transforman, de esta manera, en un instrumento de administración de situaciones particulares, de riesgos excepcionales; en otras palabras, en un instrumento de respuesta contingente y puntual a "emergencias"

[24] Cfr. H.P. SANDER, *Umweltstraf -und Ordnungswidrigkeits- recht: mit Einführung zu allgemeinen Fragen des Straf-, Ordnungswidrigkeiten und Verfahrensrechts*, Berlin, 1981.

[25] Cfr. P. LASCOUMES, *Sanction des fautes en question des illegalismes. Un exemple, la repression de la fraude fiscal*, en "Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques", 10, 1983, ps. 125-156.

[26] K. BINDING, *Die Normen*, cit. 35 ss.

concretas[27]. Al mismo tiempo, ha sido puesto en evidencia por STORTONI y otros[28], cómo se expande la esfera de competencia decisional y de discrecionalidad de la magistratura; las decisiones judiciales tienden a asumir un carácter pragmático y "político" similar al de las leyes.

Este fenómeno del "Derecho penal jurisprudencial" es ayudado, en primer lugar, por la técnica legislativa usada en la formulación de las leyes (empleo de conceptos indeterminados, de elementos normativos o de cláusulas generales). Esta técnica es el instrumento por el cual el legislador, como sucede en no pocas ocasiones, a causa de los inciertos equilibrios de las mayorías parlamentarias y de los gobiernos de coalición, procura transferir a las decisiones judiciales la responsabilidad política que él no puede o no quiere asumir con las decisiones "programáticas" que le corresponderían (esperando del juez, en cambio, aquéllas "programadas" de los casos particulares).

En segundo lugar, la consolidación de un Derecho penal jurisprudencial proviene de transformaciones en la estructura y en la función de la magistratura; de una expansión, por así decirlo, autógena de su discrecionalidad, que se manifiesta con el compromiso con la gestión política de los conflictos. Estos cambios que recientemente han llamado la atención en Italia, corresponden a su vez a los que intervienen en las relaciones entre poder jurisdiccional y los otros poderes, entre magistratura y sociedad y en la interacción comunicativa entre jueces y opinión pública y publicada.

En ambos casos, nos encontramos en presencia de fenómenos complementarios que concurren a lo que ha sido definido como la asignación y/o la asunción por parte de la

[27] Respecto a este fenómeno cfr. las observaciones críticas de W. NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985.

[28] Me refiero a los actos no publicados todavía de un seminario sobre "el Derecho penal jurisprudencial" que tuvo lugar en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Trento, en marzo de 1988.

magistratura de una "función de suplencia" respecto del poder legislativo y de la administración[29]. Para comprender estos fenómenos en su raíz histórico-política, es necesario dejar el campo específico de la justicia penal y tener presentes las transformaciones que intervienen en la realidad del Estado contemporáneo en su conjunto.

En una reciente contribución de DENNINGER[30], se nos presenta un cuadro analítico bastante útil para comprender esta transformación de la estructura política, y a través de ella, las transformaciones en curso en los sistemas penales de las sociedades industrializadas avanzadas. DENNINGER analiza la evolución del Estado hacia un "Estado de la prevención". En una confrontación con el modelo clásico, esta transformación significa que la *seguridad de los bienes jurídicos* tiende a prevalecer (se podría agregar: por lo menos desde el punto de vista de las funciones declaradas) sobre la seguridad o "certeza" del Derecho. El Estado preventivo es entonces el "Estado de la Seguridad", en el sentido en que esta expresión es usada por HIRSCH en un significativo libro de 1980 [31]. Éste a su vez, no es sino la manera como la estructura política se adecua a las características de una sociedad que, en forma cada vez más acelerada, conduce a situaciones de riesgo: es la forma política que asume la "sociedad del riesgo" tal como BECK ha definido nuestra sociedad[32]. El Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente, como respuesta a una situación de *emergencia estructural*.

[29] Ibidem.

[30] E. DENNINGER, *Der Präventions-Staat*, en "Kritische Justiz", XXI, ps. 1-15.

[31] J. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat. Das "Modell Deutschland" und seine soziale Bewegung*, Frankfurt, 1980.

[32] U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt 1980.

Esto explica la "delegación" de competencias decisionales por parte del legislador a la administración y a la justicia; pero se explica también el fenómeno que DENNINGER estudia bajo la etiqueta de "dinamización de los bienes jurídicos"[33]. La dinamización de los bienes jurídicos posee por lo menos dos significados: en primer lugar, un desplazamiento en la relación entre Estado y sociedad, con referencia a la producción y protección de bienes jurídicos. En el modelo del Estado liberal clásico, el Estado de la certeza del Derecho, los sustratos reales de los bienes jurídicos son producidos en la sociedad civil, preconstituidos en relación con las funciones públicas. En el Estado de la prevención, los bienes jurídicos para proteger son, cada vez más, "bienes" producidos por el Estado mismo que conciernen a infraestructuras, complejos administrativos y funciones que tienen que ver con la actividad del Estado y de los entes públicos.

En segundo lugar, el Estado de la prevención asume por sí mismo, ampliamente, la distribución de los bienes producidos en la sociedad civil, el control de su producción, así como la administración de los riesgos que acompañan a la producción[34]. La administrativización del Derecho penal, en el sentido de la tendencia de las normas y de las decisiones penales a devenir accesorias a normas y a funciones administrativas constituye, entonces, sólo un aspecto de una administrativización general del Estado. De garante de la certeza del Derecho (o sea de las reglas del juego y del espacio jurídico en el que se realizan las relaciones de producción y los relativos conflictos), el Estado se transforma en garante de la seguridad de los bienes, administrador de los riesgos anexos a la producción de ellos y de los conflictos que los acompañan.

El segundo aspecto de la transformación de los sistemas penales indicado por el término "dinamización de los bienes jurídicos" hace relación al desarrollo de técnicas de imputa-

[33] E. DENNINGER, ob. cit. pág. 7.
[34] E. DENNINGER, ob. cit., pág. 10 ss.

ción de responsabilidad penal que anticipan la esfera de punibilidad a fases anteriores de la conducta en las cuales no se ha realizado todavía una lesión efectiva del bien tutelado. Han sido estudiadas las formas en que esta tendencia se manifiesta con motivo de la respuesta de algunos sistemas punitivos a la emergencia terrorista primero, y luego a "nuevas" emergencias[35]. Basta recordar la reciente discusión sobre los tipos de peligro abstracto[36], sobre los delitos de asociación, así como sobre las figuras de responsabilidad penal "por sospecha", para usar la terminología empleada por FERRAJOLI en el análisis de ciertos aspectos de la legislación antiterrorista en Italia[37].

La anticipación de la esfera de punibilidad y la aceptación que ella goza entre la opinión pública señalan igualmente una tendencia de desarrollo hacia una nueva forma de "personalización" de la antijuridicidad distinguida por una mayor relevancia de los "elementos subjetivos" de los tipos penales[38], por un mayor empleo de elementos normativos en su formulación, por una tendencia del Derecho penal a controlar no sólo la conducta, sino también la lealtad del sujeto al ordenamiento y al Estado[39]. Se trata de aspectos de

[35] Cfr. entre la extensa literatura sobre el impacto de la emergencia terrorista en el sistema del Derecho penal, AA.VV., *Terrorismo e stato della crisi*, fascículo especial de "La Questione Criminale" V, 1979; F. BRICOLA, *Legagalità e crisi: l' art, 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degla anni 79*, en "La Questione Criminale", VI, 1980, ps. 179-275; L. FERRAJOLI, *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1984, págs 271-292; y sobre la emergencia mafiosa y de la criminalidad organizada en general, A. GAMBERINI, *Lotta al crimine organizzato e ciclori processuali. Riconoscibilità dell' interventnto.. e... della funzione difensiva*, en "Dei Delitti e delle Pene", IV, ps. 63-74.

[36] C. FIANGACA, *La tipizzazione del...*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1984, ps. 441-472.

[37] L. FERRAJOLI, *Emergenza penale*, cit.

[38] Cfr. para una interpretación "garantista" de la subjetivización de la figura del delito, G. BETTIOL, *Sul diritto penalle dell' attoggiamneto interiore*, en "Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1971, pág. 3 ss.

[39] La crítica en particular de la legislación sobre los "arrepentidos" del terrorismo, primero, y de la mafia posteriormente, denuncia con fuerza el

lo que contextualmente puede ser considerado como una transferencia del concepto de antijuridicidad y de las técnicas de imputación de responsabilidad penal de las características de la acción hacia las características del autor[40].

Estas tendencias han sido interpretadas por JAKOBS en una significativa contribución de 1985 [41], como el desplazamiento de una concepción *liberal* del Derecho penal "orientado hacia el ciudadano", a una *autoritaria* de un Derecho penal "orientado hacia el enemigo". En este caso la imputación de responsabilidad penal no tiene como término de referencia a un ciudadano dotado de una esfera de derechos y de un espacio de libertad interior, sustraídos del control del

---

aporte sustancial de estas disciplinas a la transformación general del sistema penal italiano en el sentido indicado en el texto. Véase entre otros L. FERRAJOLI, cit.; T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, en "Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1981; E. RESTA, *Il diritto penale "Nuove strategie di controllo sociale"*, "Dei Deliti e delle Pene", I, 1983, pág. 41-70.

[40] En realidad, como resulta de numerosas investigaciones sociológicas sobre la influencia de los estereotipos y de las teorías de "todos los días" (every day theories), o del "sentido común" sobre los procesos de aplicación de las normas penales y de imputación de la responsabilidad penal en particular, estos procesos interpretativos son guiados por una "gramática" (second code) en la cual adquieren relevancia, ante todo, criterios subjetivos de adjudicación de responsabilidad independientemente de las formulaciones más o menos "objetivas" del tipo normativo. Cfr. David SUDNOW, *Normal Crimes. Sociological Features of the Penal Code*, en Earl RUBINGTON, Martin S. WEINBERG (a cargo de), *Deviance*. The Interactionist Perspective, New York – London, 1968, ps. 158-169; H. Laurence ROSS, *Traffic Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London, New York, Sidney, Toronto, 1968; Karl Dieter OPP, *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Straf prosess*, en "Kritische Justiz", 3, 1970, pág. 383 ss.; Rudiger LAUTMANN, *Justiz die stille Gewalt*, Frankfurt A.M., 1972, Dorotea PETERS, *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart 1973; Gerlinda SMAUS, *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache des deutschen Bevölkerung*, Opladen 1989; cfr. también últimamente, Claudia SCHÖNBORN, Gabriele FRÖHLICH, Waldeman LILL *Der Prozess der Kategorisierung einer Person als Krimineller-eine experimentelle Untersuchung*, en "Kriminologisches Journal", 3, 1978, ps. 229-238.

[41] G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft", XCVII, 1985, ps. 75-785.

Estado, sino a un sujeto concebido como fuente de peligro para los bienes jurídicos a proteger, como potencial "enemigo". Se comprende entonces, cómo pueden ser abandonados los límites objetivos del comportamiento, cómo el control penal puede penetrar también en la esfera de las intenciones y de las opiniones. Igualmente, el principio *"cogitationis penam nemo patitur"* no queda más fuera de discusión, concluye JAKOBS.

Para dar un instrumento técnico de análisis de los problemas relativos a esta materia, JAKOBS, que toma decididamente posición a favor del Derecho penal "orientado hacia el ciudadano", propone distinguir entre tutela anticipada de bienes jurídicos y anticipación de bienes jurídicos a los fines de la tutela. En este segundo caso, la norma penal no protege anticipadamente el bien jurídico "principal" (como sucede en el primer caso, que ha sido también hasta ahora el más estudiado), sino protegería, por el contrario, un fragmento de él ("bien jurídico instrumental"), que constituye un momento funcional. JAKOBS presta particular atención a esta forma de anticipación; en ella el ilícito no se basaría, como en el primer caso, el de la tutela anticipada de los bienes jurídicos, en la puesta en peligro de la norma que los protege (piénsese por ejemplo en la responsabilidad para la tentativa), sino sobre la puesta en peligro de una norma subsidiaria que protege la norma principal. Sería en este sentido, un ilícito parcial.

El bien jurídico parcial protegido por la norma subsidiaria es, según JAKOBS, la validez de la norma principal. Esta validez se refiere a terceros, excluyendo en consecuencia, tanto al autor como a la víctima potencial. O sea, se trata de la seguridad cognoscitiva de los coasociados, de su confianza en la norma principal[42]. A diferencia de la transgresión de la norma principal que representa un atentado directo e inmediato a su validez, se trata, en estos casos, de un atentado indirecto. JAKOBS estudia bajo este aspecto una serie de

[42] Ibidem, pág. 775.

figuras de delito del Código Penal alemán, conocidas con la etiqueta de "perturbación de la paz pública" y de "perturbación del clima social". ¿Cuáles atentados indirectos a la validez de la norma principal –se pregunta– podrán constituir hipótesis criminosas en un Derecho penal orientado hacia el ciudadano?

La crítica del autor se extiende a la mayor parte de los tipos penales pertenecientes a las categorías arriba mencionadas[43]. No son compatibles con un Derecho penal orientado al ciudadano, principalmente: la apología del delito (§ 140 StGB –Código Penal alemán–); instigación a la población (§ 130 StGB); incitación al odio racial (§ 131 StGB); exaltación de la violencia (§ 132 StGB). En cambio en el caso de la amenaza de efectuar acciones delictivas (§ 126, 241, StGB), el perjuicio sufrido por la confianza en la norma principal podría ser considerado relevante en dicho Derecho. A diferencia de lo que sucede en ese tipo, en las normas arriba mencionadas se castiga, sobre todo, la expresión de opiniones o sentimientos, o simplemente la desaprobación del ordenamiento jurídico, mientras la confianza en la norma principal encuentra una protección natural en la capacidad de juicio que debería ser reconocida a terceros. Sólo el reconocimiento de una situación de emergencia podría justificar la imposición al autor, del sacrificio de una parte del Derecho propio; pero esta legitimación –concluye JAKOBS– equivale a una declaración de bancarrota del ordenamiento jurídico liberal.

La tendencia expansiva de los sistemas penales hacia la tutela de bienes jurídicos difusos o de funciones y hacia una progresiva anticipación de la esfera de tutela son dos fenómenos estrictamente complementarios. Es la misma estructura de los intereses difusos y de las funciones, en cuanto se asuman como objeto de tutela penal, la que favorece la adopción de formas de tutela anticipada, de incriminación por peligro abstracto o por la defensa de bienes jurídicos "instrumentales" en el sentido indicado por JAKOBS. Por otra

[43] Ibídem, pág. 775 ss.

parte, la lógica del riesgo y de la emergencia comporta no sólo la extensión, sino también la administrativización del Derecho penal y se encuentra con la tendencia del sistema político analizado por DENNINGER. La consecuencia es la disminución del status de ciudadano de todos los sujetos comprendidos por la administración de la justicia criminal: autores, víctimas y terceros.

¿Es posible y útil contraponer a la línea de expansión de los sistemas penales, como estrategia de crítica y contención, una teoría extrasistemática reduccionista de las áreas de tutela penal legítima en un Derecho penal liberal u "orientado al ciudadano"? Los intentos, como los aquí recordados, de HASSEMER y de JAKOBS, encuentran, a mi manera de ver, tres dificultades principales: la primera dificultad es de carácter histórico. Sabemos que el concepto extrasistemático de bien jurídico ha sido hasta ahora usado prevalentemente en sentido extensivo y no en sentido restrictivo. Aun recientemente, la extensión de la tutela penal desde los derechos individuales hacia los intereses difusos –en particular los de los consumidores y el interés de la colectividad en la defensa de la ecología– era una bandera de las corrientes progresistas en la ciencia del Derecho penal[44]. Además, se puede verificar, por lo menos hasta los años setenta, una convergencia en el programa expansionista de corrientes progresistas y conservadoras, que acompaña todo el arco de desarrollo de la doctrina de los bienes jurídicos.

Realmente desde el comienzo, la historia del concepto, a partir de la famosa crítica de BIRNBAUM a su construcción individualista por parte de FEUERBACH[45], ha sido la historia de la extensión de la tutela penal de la esfera de los derechos de las personas a los intereses difusos y a las funciones. A

[44] Piénsese en el interesante ensayo de SGUBBI F., *Tutele penale di interessi difussi*, en "La Questione Criminale" 3, 1975, pág. 43. y ss.

[45] J.A.F. BIRNBAUM, *Uber das Erfordernis einer Rechtsgüterverletzung zur Begriffe des Verbrechens mit besonderen Rücksicht auf der Begriff der Ehrenkränkung*, en "Archiv des Kriminalrecht, No. F", XV, 1834, p. 149 ss.

ella ha correspondido, precisamente, la historia de las técnicas de imputación con la tendencia a anticipar la esfera de la punibilidad.

La segunda dificultad es de carácter normativo. Es fácil verificar el vicio de argumentaciones que pretenden hacer derivar del reconocimiento de valores e intereses en la constitución, la obligación del legislador de proveerles una tutela penal. No existen bienes jurídicos reconocidos en la constitución que *por su naturaleza* impongan asumir en ella la existencia de una norma tácita que tenga por objeto una obligación de este tipo[46]. Pero también es cierto lo contrario. Es áspero el recorrido que debe atravesar quien quiera hacer derivar de la naturaleza de los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos y de su colocación jerárquica en el sistema constitucional de los valores, una prohibición de criminalizar las conductas que ofenden o ponen en peligro dichos bienes.

La tercera dificultad, tal vez la principal, es de naturaleza epistemológica. A ella me refería anteriormente, cuando expresaba mis dudas acerca del carácter "extrasistemático" de un referente material construido bajo la óptica del sistema punitivo, como el provisto precisamente por la teoría penal de los bienes jurídicos. Un discurso crítico sobre los bienes jurídicos no puede ser solamente un discurso relativamente extrasistemático; debe colocarse decididamente en un punto de vista externo al sistema penal y a la lógica de su legitimación instrumental.

La legitimación instrumental de los sistemas punitivos ha llegado en efecto, en mi criterio, a una crisis irreversible. La función de prevención especial positiva (resocialización

[46] Por el contrario, el reclamo a los dictámenes constitucionales en materia penal representa una importante estrategia interior de un discurso crítico del Derecho penal positivo dirigido a reducir drásticamente el área de intervención, cfr. como ejemplo particularmente significativo, F. F. BRICOLA, *Teoría generale del reato* voz del "Nuovissimo digesto italiano", Torino, 1973, ps. 8-93.

del infractor) en la que se habían basado los programas de rehabilitación en América del Norte y en Europa en los años setenta, puede ser hoy en día vista como una hipótesis falsificada por los programas investigativos de control[47]. La función de prevención general negativa (disuasión de potenciales infractores), sobre la cual todavía en buena parte se basa el consenso de que goza el sistema penal en el "sentido común", puede ser considerada a su vez como una hipótesis empírica no verificada ni verificable. La función de prevención especial negativa es hoy sostenida, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, en dos formas alternativas o complementarias: la neutralización del infractor (*incapacitation*) y la intimidación específica (*specific deterrence*). Mientras la discusión sobre su verificación empírica está todavía abierta, ambas formas pueden ser consideradas, en relación con el discurso axiológico, como dos variantes de una ideología tecnocrática del Derecho, incompatible con el principio de la dignidad de la persona como fin en sí mismo

[47] Cfr. entre otros D. LIOTAR, R. MARTINSEN, J. WILKS, *The Effectivennes of Correctional Treatment. A Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, 1975; L.B. SECHREST, S.O. WHITE, E.D. BROWN, (a cargo de) *The Rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects*, Washington 1979; S.E. MARTIN, L.B. SECHREST, R. REDNER (a cargo de), *New Directions in the Rehabilitation of Criminal Offenders*, Washington 1981. En la literatura, sin embargo, el juicio negativo sobre el fracaso del tratamiento no es tan perentorio como parece hacer creer el texto. En efecto, modificando los criterios de lectura de los datos empíricos, por ejemplo de la reincidencia, se ha llegado a un juicio menos negativo respecto de los resultados de los programas de resocialización, sobre todo, revalorizando los efectos de "intimidación específica" debidos a métodos de tratamiento, antes que a los de verdadera "resocialización. Cfr. ad es. J.G. WILSON, *What works? Revisited: New Dnifings on Criminal Rehabilitation*, en "The Public Interest", C1, 1981, ps. 3-17. De aquí se ha abierto una amplia y muy articulada discusión metodológica sobre los programas investigativos de control de las formas de tratamiento. Para un cuadro general introductorio de la problemática, véase H. KURY, *Zur Methodenkiskussion in der Behandlungsforschung*, en "Methodische Probleme der Behandlungsforschung – insbesondere in der Sozialtherapie", a cargo de KURY et al., Colonia 1983, ps. 27-80.

y con una visión que asigna al hombre, antes que al "sistema", la prioridad en la escala de los valores[48].

En lo que respecta a la verificación empírica, la teoría de la prevención especial negativa no es falsificable del mismo modo en que lo son las otras dos teorías instrumentales de la pena en la defensa de los bienes jurídicos y de la sociedad. Esto significa que los comportamientos delictivos a manifestarse sufrirían una relevante disminución. Este fin útil, a su vez, se lograría a través de la realización de las funciones específicas inmediatas que están en el centro de las diversas teorías.

En el caso de la teoría de la resocialización, aquel fin se lograría "transformando" al condenado de tal modo que se vuelva "capaz de una vida en libertad sin delitos"[49]. La función inmediata es esta transformación del infractor. En el caso de la teoría de la intimidación general, en cambio, la defensa social se realizaría creando a través de la amenaza de la pena y/o el espectáculo de su aplicación, una contramotivación en los potenciales infractores, o sea, en todos aquellos sujetos que, aun no siendo autores de infracciones, se puede hipotetizar que no tengan una actitud "espontánea" de lealtad con el ordenamiento. Tal contramotivación es la función inmediata. En el caso de la teoría de la prevención especial negativa, en fin, el objetivo se realizaría volviendo definitiva o temporalmente al autor de una infracción incapaz de cometer ulteriores delitos (*incapacitation*), sea con la destrucción física o psíquica, con una custodia de máxima seguridad, con intervenciones quirúrgicas o con formas hoy experimentadas de control electrónico en libertad, o produciendo en el autor a través de un tratamiento severo una

[48] Cfr. A. BARATTA, *La teoría della prevenzione – intergrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoría sistemica*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1984, ps. 5-30 y G. SAMAUS, *Technokratische Legitimierungen des Strafrechts*, en "Zeitschrift für Rechtssoziologie", VI, 1985, ps. 90-103.

[49] Así en la formulación de la vigente ley penitenciaria de la República Federal Alemana.

contramotivación a cometer ulteriores infracciones (intimidación específica).

Fuera de las dificultades axiológicas que ha investido su legitimación, y sobre las cuales no quisiera detenerme, la crisis de las primeras dos teorías instrumentales se ha debido también a la clasificación o a la falta de verificación de sus bases empíricas, o sea, la realización de las funciones inmediatas asumidas respectivamente. La falta de evidencia empírica para la realización de estas funciones en medida estadísticamente relevante ha hecho surgir dudas sobre la posibilidad de alcanzar la finalidad inmediata: la tutela de los bienes jurídicos y la defensa social. Dicho déficit de verificación empírica no parece haber quebrantado, hasta ahora, la base empírica de la teoría de la prevención especial negativa. La realización de las funciones inmediatas es asumida como evidente por el "sentido común", y no ha encontrado hasta ahora serias dificultades de verificación científica. En lo que respecta a la hipótesis de la neutralización, los programas de control empírico no han alcanzado un nivel comparable con el obtenido en relación con otras teorías utilitarias y por esto, la hipótesis no es considerada ni falsificada ni verificable; en lo que respecta a la hipótesis de la intimidación específica, algunas investigaciones de control que han hecho uso de nuevas metodologías estadísticas, parecen haberle otorgado verificaciones parciales[50]. Ello explica por qué la teoría de la prevención especial negativa se ha vuelto hoy, en los Estados Unidos, la última frontera de resistencia de la concepción instrumental del Derecho penal.

Sin embargo, ya hay signos de fragilidad de esta frontera, y diversas consideraciones hacen surgir dudas sobre la base empírica de la teoría. Me limitaré a indicar la principal de ellas: se puede observar que la realización de la finalidad mediata es bastante menos "evidente" en este caso, de lo que parece ser la realización de los efectos inmediatos. Para valorar la relevancia de tales efectos para la tutela de los bie-

[50] Cfr. L.C. WILSON, ... cit. (nota 55).

nes jurídicos y la defensa social, es necesario tener en cuenta también, en el caso de esta teoría, la elevadísima selectividad de los sistemas punitivos en el reclutamiento de su clientela potencial. Como se ha observado, la impunidad no es la excepción sino la regla en el sistema de la justicia criminal[51]. El porcentaje de infractores que son, o pueden ser disuadidos o neutralizados (en la mayor parte de los casos sólo temporalmente) con la intervención de la justicia criminal, es tan bajo, que es justo preguntarse si ella es significativa, también en relación con los costos sociales de la intervención. La cuestión resulta crucial para la teoría cuando se tiene presente que el funcionamiento selectivo de la justicia penal no depende solamente de la discrepancia entre programas de acción (las normas penales) y los recursos dispuestos o disponibles en el sistema para su implementación[52], sino también de otras variables estructurales, como la especificidad de las infracciones y las connotaciones sociales de los autores "típicos" de ellas[53]. Sabemos que en la clientela de la cárcel son subestimadas algunas de las infracciones a las que se relaciona la producción de los más altos daños sociales (delitos económicos, ecológicos, acciones de la criminalidad organizada, graves desviaciones de los órganos del Estado) y sobreestimadas infracciones de relativamente menor dañosidad social, como delitos contra el patrimonio, especialmente los que tienen como autor típico a individuos pertenecientes a los estratos sociales más débiles y marginados[54].

[51] Cfr. L.H.C. HULSMAN, *Critical Criminology*, citado.

[52] Cfr. BARATTA, *Il diritto penale*, citado.

[53] Cfr., al respecto, A. BARATTA, *Criminología crítica*, cit. y del mismo autor, *Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", V. 1979, ps. 147-183.

[54] En el curso de la reciente discusión sobre el control social y médico se ha reformado la hipótesis de que el sistema penal (carcelario), tiende a desarrollarse como un sistema especializado de control para individuos "peligrosos" y que, a diferencia del modelo positivista, la "peligrosidad" es la característica de individuos dotados, no de menor, sino de mayor "subjetividad" o sea, de capacidad de control de los propios actos o de más am-

La principal actividad de esta teoría de la pena es, sin embargo, de carácter axiológico. En efecto, ésta debe justificar la limitación de los derechos y los sufrimientos impuestos al condenado con razones instrumentales; pero esto equivale a negar a la persona la calidad de sujeto y a considerarlo, en cambio, como objeto. Tal vez, precisamente a causa de esta dificultad axiológica, ha habido en los Estados Unidos, simultáneamente con la consolidación de esta teoría, una verificación de la concepción "retributiva" o "absoluta" de la pena. El ligamen sutil que subsiste entre la teoría de la pena "útil" y la teoría de la pena "justa" en el ámbito de la misma orientación "neoclásica" del pensamiento penal norteamericano de hoy[55], a pesar de su diversidad (la primera es una teoría de la función instrumental, la segunda una teoría de la función simbólica de la pena), tiene una razón profunda. El principio metafísico de la justicia es una especie de compensación del pragmatismo cínico que caracteriza la teoría de la prevención especial negativa. Se trata de una mezcla de invocación retórica a valores y de razón instrumental típica de la cultura "oficial" de los Estados Unidos bajo la administración de Ronald Reagan.

Sin embargo, la coexistencia con el neorretribucionismo no es un símbolo de fuerza, sino de debilidad y también de la potencial crisis de la concepción instrumental del Derecho penal en aquel país. En realidad, las teorías de la pena jus-

---

plias alternativas comportamentales. Según esta hipótesis, es sobre todo la subjetividad y no el mero comportamiento negativo, la que determina el reclutamiento en la "población criminal" en la que debe ser "incapacitada", porque ésta es potencialmente rebelde respecto de la normalidad vigente y del actual proyecto de "normalización" conservador que se está realizando en nuestros días en Europa. Cfr. al respecto, T. PITCH, ob. citada.

[55] Cfr. A. V. HIRSCH, *Doing Justice. The Choice of Punishment. Report of the Commitee for the Study of Incarceration*, New York, 1976. Para una valoración crítica del pensamiento "neoclásico" americano y ulteriores referencias bibliográficas, véase Th. WEIGEND, "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", XCIV, 1982, ps. 801-814 y N. CHRISTIE, *Die versteckte Botschaft des Neckclassizismus*, en "Kriminologisches Journal", 15, 1988, ps. 14-33.

ta representan, en el interior del pensamiento neoclásico, el "núcleo fuerte" que tiende a llevarlo fuera de aquella concepción, dirigiéndolo hacia una visión simbólica en la que el control del delito, la protección de bienes jurídicos y la defensa social no son la finalidad principal de la pena. No es improbable que estemos hoy en presencia, en los Estados Unidos de Norteamérica, de la última ilusión del utilitarismo penal, destinada también ella a desaparecer con el "ocaso" de la prevención, o más precisamente de la concepción instrumental de ésta.

El traslado de la pena de funciones instrumentales a funciones simbólicas, parece ocurrir en los Estados Unidos mucho más decididamente en la práctica del sistema punitivo que en la teoría. En Europa Occidental en cambio, la teoría parece de algún modo anticiparse en relación a la praxis en este desplazamiento de la función de la pena. Es en la praxis del sistema que se han utilizado políticas de neutralización y de disuasión específica, especialmente respecto de las formas de desviación caracterizadas por mayor subjetividad y rebelión al orden constituido: la violencia política y el terrorismo de izquierda primero, las nuevas "clases peligrosas" luego, o sea, los que podríamos denominar "marginales por convicción", o sea, los grupos reticentes a las reglas impuestas por el proyecto de normalización conservadora en curso. La teoría, en gran parte, se ha limitado a registrar esta tendencia, a menudo con reservas y críticas. En ella, junto al ocaso de las concepciones instrumentales de la prevención, encontramos más bien, una nueva atención a funciones simbólicas sobre las que se habían basado teorías clásicas, "declarativas" de la pena, a partir de Emile DURKHEIM y que ahora son repropuestas en el ámbito de la teoría de la "prevención general positiva" o "prevención-integración", principalmente en la República Federal de Alemania.

Según esta teoría, la función de la pena no va dirigida ni a los infractores actuales ni a los potenciales, sino sobre todo a los ciudadanos fieles a la ley, a los que se supone, tengan una tendencia "espontánea" a respetarla. Frente a ellos,

la previsión o aplicación de penas no tiene la función de prevenir los delitos (prevención negativa) sino la de reforzar la validez de las normas (prevención positiva): esto significa restablecer la "confianza institucional"[56] en el ordenamiento quebrantada por la percepción de la desviación. Uno de los principales representantes de esta teoría define el fin de la pena como el de "entrenar a los ciudadanos en el ejercicio de la validez de la norma"[57], fórmula no lejana de la utilizada por ANDENAES, quien hablaba de "educación de los ciudadanos conformes a la ley"[58].

La teoría de la prevención general positiva es, entonces, una teoría de la función simbólica del Derecho penal, en el sentido de que las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica y no empírica, por ser independiente de la cantidad de infracciones y de su reducción. La defensa de los bienes jurídicos no puede ser considerada como una función principal de las normas penales, según la teoría de la prevención-integración. Desde este punto de vista, el Derecho penal no es tanto un instrumento de imposición de la "moral dominante", sino más bien un medio eficaz de representación (simbólica) de ésta[59].

Las nuevas concepciones de la función simbólica del Derecho penal representan posiciones de la teoría más avanzadas que la práctica, ya que señalan, acreditan y en parte anticipan la línea de tendencia del desarrollo real del sistema punitivo. Su eficacia es estudiada, en efecto, a la luz de estas teorías, considerándola no tanto como un sistema de

[56] G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlage des Zurechnungslehre*, Berlin, New York, 1988.

[57] Ibidem.

[58] ANDENAES, Johanes, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press, Enarpot, 1974.

[59] Cfr. P. STEINART, *Morale del lavoro e indignazione penale: storia del controllo sociale, ovvero storia delle strategie del capitale*, en "Dei Delitti e delle Pene", 11, 1984, ps. 213-240.

producción de seguridad real de los bienes jurídicos sino más bien, como instrumento de respuesta simbólica (y precisamente, en este sentido, tecnocrático) a la demanda de pena[60] y seguridad[61] por parte del "público" de la política, pero eso corresponde a lo que sucede en la realidad de la política criminal y de la política en general, cuando en ésta la "comunicación política de base" se presenta entre ciudadanos y entre ciudadanos y sus representantes. O sea que la democracia es sustituida por la comunicación entre "políticos" y su público, esto es, por la tecnocracia. Cuando ello sucede, la política toma cada vez más la forma del espectáculo. En efecto, en la "política como espectáculo" las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública[62].

La relación entre funciones instrumentales y funciones simbólicas del Derecho penal se ha vuelto, por las razones señaladas, un punto central en la discusión sobre los sistemas punitivos y las políticas criminales en Europa. Esta relación se vuelve cada vez más problemática y contradictoria. Las funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones, que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones perma-

[60] Cfr. S. HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, en "Goldhammers Archiv für Strafrecht", VII, 1976, ps. 33-57. Cfr. sobre la teoría de la integración-prevención de la pena y su crítica. Véase A. BARATTA, *Integración-intervención*, citado.

[61] Cfr. JAKOBS, Strafrecht, All Teil, citado.

[62] Cfr. BARATTA, A., *Introducción a la criminología de la droga*, en "Nuevo Foro Penal", 41, 1989 (traducción de Mauricio Martínez Sánchez).

nece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho: piénsese en la defensa de la ecología, en la lucha contra la criminalidad organizada, en el control de las toxicodependencias y en la mortalidad en el tráfico automotor.

Teniendo evidentemente en mira un modelo de Derecho penal racional caracterizado por un satisfactorio equilibrio entre la realización de funciones simbólicas y funciones instrumentales, HASSEMER ha analizado críticamente la actual tendencia de desarrollo de los sistemas punitivos denunciando la pérdida de aquel equilibrio. Cada vez más los sistemas punitivos realizan, y los políticos persiguen, funciones simbólicas, mientras declaran cumplir funciones instrumentales[63]. La contradicción denunciada por HASSEMER es, ante todo, la contradicción entre lo que el legislador declara perseguir (véanse por ejemplo los prólogos a los proyectos de ley) y lo que él persigue realmente o lo que el sistema efectivamente realiza.

Para el caso en que se produzca una discrepancia consciente entre finalidad perseguida y finalidad declarada, HASSEMER habla de "engaño" al ciudadano por parte del legislador. Pero esta situación no es sólo una situación de "engaño" por parte del legislador frente al público; llama la atención cada vez más, en los últimos tiempos, la distancia que se crea entre adquisiciones científicas relativas a las reales posibilidades de acción instrumental del sistema de la justicia criminal y las sedes de las decisiones políticas del legislador.

Se trata de un problema general que respeta la estructura misma del sistema de la representación política en la sociedad industrial avanzada y las relaciones comunicativas entre todos los actos implicados: "políticos"; publicistas, expertos y público. Se crean "círculos cerrados" en los que se

[63] Cfr. la ponencia de HASSEMER en las "Jornadas de Derecho Penal" sobre "Las funciones simbólicas del Derecho penal" llevadas a cabo en la Universidad Autónoma de Barcelona en Mayo de 1989.

estabiliza, antes que una visión realista, una visión deformada de los problemas y de las incidencias que sobre ellos puede tener el sistema punitivo[64]. El "engaño" de que habla HASSEMER no es tanto un complot de los "políticos" para poner en jaque a su público, sino, sobre todo, la expresión del jaque en el que se encuentra el sistema decisional público, a causa de las disfunciones que abarcan la estructura política y comunicativa de la sociedad.

La pérdida del equilibrio entre funciones simbólicas y funciones instrumentales en el sistema de la justicia criminal (suponiendo que este equilibrio haya existido alguna vez) significa también que las funciones simbólicas perseguidas con la ley penal se vuelven cada vez más independientes de la naturaleza real de los conflictos y de los problemas en relación a los cuales los símbolos son producidos. La crisis de la prevención, de la función instrumental de la justicia penal significa también que no es tanto esta última la que debe ser utilizada como instrumento para resolver determinados problemas y conflictos, sino que, más bien, son determinados problemas y conflictos, cuando alcanzan un cierto grado de interés y de alarma social en el público, los que se convierten en la oportunidad de una acción política dirigida, antes que a funciones instrumentales específicas, a una función simbólica general: la obtención del consenso buscado por los políticos en la llamada "opinión pública".

La Escuela Clásica y la llamada Escuela "social" del Derecho penal son el origen de una conexión funcional entre la concepción del Derecho como garantía del delincuente (La Magna Charta de von Liszt) y del ciudadano que todavía no ha delinquido. Reconociendo la función instrumental de la norma punitiva, las escuelas antes citadas habían creído poder individualizar en la utilidad y en la necesidad de la incriminación el límite del *ius puniendi* del Estado y al mismo tiempo el fundamento de la pena justa. En realidad la pretendida función instrumental del Derecho ha servido siem-

[64] Cfr. A. BARATTA, *Introducción a...* citado.

pre para desplazar en sentido extensivo aquellos límites, a ocultar las funciones simbólicas y políticas de la acción punitiva, a mitificar la realidad de la pena como violencia institucional y su función latente, o sea, la de reproducir el subsistema de la justicia penal (correspondida su propia clientela)[65] y servir a la producción ideológica y material de las relaciones de desigualdad en la sociedad[66].

El reto que se debe plantear hoy al derecho penal de los estados democráticos es el de ser coherente con sus principios garantistas. En este sentido, un uso alternativo del Derecho penal significa, ante todo, aplicarlo, transformarlo y reducirlo de conformidad a esos principios. Significa poner una técnica rigurosa de limitación de lo que tal vez en un tiempo parecía una función útil y que hoy, cada vez más, aparece como la violencia inútil de las penas. Esto presupone un uso instrumental del Derecho penal liberado de la ilusión de la instrumentalidad de la pena.

[65] Cfr. A. BARATTA, *Problemas*... citado.

[66] Cfr. A. BARATTA, *Criminología Crítica*... cit., cap. "Cárcel y marginación social".

CAPÍTULO II

CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

ENFOQUE CRÍTICO DEL SISTEMA PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA EN EUROPA*

1. La etiqueta "criminología crítica" se refiere a un campo muy vasto y no homogéneo de discursos que, en el campo del pensamiento criminológico y sociológico-jurídico contemporáneo, tienen en común una característica que los distingue de la criminología "tradicional": la nueva forma de definir el objeto y los términos mismos de la *cuestión criminal*. La diferencia es también y por sobre todo, una consecuencia de aquello que, utilizando la nomenclatura de una teoría reciente sobre las "revoluciones científicas" (KUHN, Th. S., 1962) puede ser definido como un "cambio de paradigma" producido en la criminología moderna. Sobre la base del paradigma etiológico la criminología se ha convertido en sinónimo de la ciencia de las causas de la criminalidad. Este paradigma, con el cual nace la criminología positivista hacia el final del siglo pasado, constituye la base de toda la criminología "tradicional", aún de sus corrientes más modernas, las cuales, a la pregunta sobre las causas de la criminalidad, otorgan respuestas diferentes a aquellas de orden antropológico o patológico del primer positivismo, y que han nacido en parte de la polémica con éste (teorías funcionalistas, teorías ecológicas, teorías multifactorales, etc.).

* Publicado en "Criminología Crítica", Universidad de Medellín, Colombia, 1984.

El paradigma etiológico supone una noción *ontológica* de la criminalidad entendida como una premisa preconstituida a las definiciones y por tanto también a la reacción social, institucional o no institucional que pone en marcha esas definiciones. De esta manera quedan fuera del objeto de la reflexión criminológica las normas jurídicas o sociales, la acción de las instancias oficiales, la reacción social, respectiva y, más en general los mecanismos institucionales y sociales a través de los cuales se realiza la definición de ciertos comportamientos y sujetos calificados como "criminales".

La pretensión de la criminología tradicional, de efectuar una teoría de las condiciones (o causas) de la criminalidad, no está justificada desde el punto de vista epistemológico. Una investigación de las causas no es procedente con respecto a objetos definidos por normas, convenciones o evaluaciones sociales e institucionales (MACLVER, R.M., 1942, p. 88). Aplicar a objetos de ese tipo, un conocimiento causal-naturalista, produce una "reificación" de los resultados de esas definiciones normativas, considerándolos como "cosas" existentes independientemente de estos. La "criminalidad", "los criminales" son sin duda alguna, objetos de este tipo: resultan impensables sin la intervención de procesos institucionales y sociales de definición, sin la aplicación de la ley penal por parte de las instancias oficiales y por último sin las definiciones y las reacciones no institucionales[1].

A este respecto debe subrayarse el carácter fragmentario de dichas definiciones, que actúan separando fragmentos de clases de fenómenos sociales homogéneos, reagrupables en función de la misma negatividad social, es decir, del ataque a los mismos bienes o intereses de importancia social (BARATTA, A., 1983). En su libro de próxima publicación Chr. DEBUYST (1983), pone de relieve que contra la presuposición de

[1] Sobre la noción de criminalidad en el sentido común, también con relación a una investigación sobre "La reacción social a la criminalidad con referencia particular al sector no institucional" (bajo la dir., de A. BARATTA, G. SAMUS, F. SACK), cfr. la monografía de G. SMAUS (1981).

DURKHEIM, de la cual parte la criminología tradicional, el desigual tratamiento de situaciones y de sujetos iguales en el proceso social de definición de la "criminalidad", responde a una lógica de relaciones asimétricas de la distribución del poder y de los recursos en la sociedad. La imposibilidad de una investigación causal sobre un objeto definido de forma tan fragmentaria como la criminalidad, ya fue indicada por D. CHAPMAN (1968, p. 3) según el cual, paralelamente a todos los comportamientos prohibidos, existen muchos otros (socialmente) idénticos, que o son evaluados en forma neutra o incluso permitidos.

La reificación de la criminalidad producida por la criminología etiológica, comporta como el reverso de una medalla una grave inconsecuencia: los elementos para construir la teoría de la criminalidad son obtenidos observando solamente una parte de los fenómenos respectivos, y es justamente esta parte la que es seleccionada por los mecanismos institucionales y sociales de definición, los cuales, según la hipótesis de la que parte la criminología etiológica, deberían ser indiferentes para la existencia de su objeto de investigación.

La introducción del *labelling approach* (teoría del etiquetamiento), debido sobre todo a la influencia de corrientes sociológicas de origen fenomenológico (como el interaccionismo simbólico y etnometodológico), en la sociología de la desviación y del control social, y de otros desarrollos de la reflexión sociológica e histórica sobre el fenómeno criminal y sobre el derecho penal, han determinado, en el interior de la criminología contemporánea, un cambio del paradigma mediante el cual estos mecanismos de definición y de reacción social han ido ocupando un lugar cada vez más central en el objeto de la investigación criminológica. Se ha consolidado así un paradigma alternativo con relación al paradigma etiológico, y que es llamado justamente paradigma de la "reacción social" o "paradigma de la definición". Sobre la base del nuevo paradigma la investigación criminológica tiene la tendencia a desplazarse de las causas del comportamiento criminal hacia las condiciones a partir de las cuales, en una so-

ciedad dada, las etiquetas de criminalidad y el status de criminal son atribuidos a ciertos comportamientos y a ciertos sujetos, así como hacia el funcionamiento de la reacción social informal e institucional (proceso de criminalización).

Aún en su estructura más elemental, el nuevo paradigma implica un análisis del proceso de definición y de reacción social que se extiende a la distribución del poder de definición y de reacción en una sociedad, a la desigual distribución de este poder y a los conflictos de intereses que están en el origen de este proceso. Cuando, junto a la "dimensión de la definición", la "dimensión del poder" (cfr. KECKEISEN, W., 1976, ps. 29 y ss.) aparece suficientemente desarrollada en la construcción de una teoría, estamos en presencia del mínimo denominador común de toda esta perspectiva que podemos ordenar bajo la denominación de "criminología crítica".

La simple introducción del *labelling approach* en una teoría de la criminalidad no es suficiente para calificar a esta última. Las coartadas teóricas y prácticas ligadas al empleo del *labellig approach* al interior de contextos teóricos subjetivistas e idealistas (como el interaccionismo simbólico y la etnometodología) han sido ampliamente denunciadas dentro de la crítica "de izquierda"[2], en parte de inspiración marxista, que se ha desarrollado entre otras, a partir de posiciones

[2] Con el término "de derecha" se puede calificar a las críticas del *labelling approach* contenidas en las posiciones orientadas hacia una restauración del modelo tradicional de criminología y hacia la conservación del actual sistema penal, comprometidos a defender ambos contra la crisis de legitimidad científica y política que los afecta. Se pueden llamar "críticas de izquierda" aquellas que toman la posición por el contrario, de llevar esta crisis hasta sus consecuencias radicales, en una perspectiva científica y política que adopta el punto de vista del interés de las clases subalternas. La diferencia entre los dos tipos de crítica es grande; la crítica de "derecha" tiene la tendencia de negar el *labelling approach* volviendo atrás con relación a su introducción en la teoría de la desviación y de la criminalidad. Una correcta crítica de "izquierda", en mi opinión, es aquella que tiende a ir más allá del *labelling approach*, a través del *labelling approach*. Para algunos de los principales ejemplos de esta crítica al *labelling approach*, cfr. GOULDNER A. (1968); LIAZOS, A. (1972); THIO, A. (1973); KECKEISEN, W. (1976).

teóricas caracterizadas por una consecución radical del paradigma de la reacción social. Los principales resultados de la crítica "de izquierda" al *labelling approach* han sido con posterioridad recibidos por la criminología crítica y fueron parte de aquellos puntos de vista, plenamente aceptados, pero con el fin de su ulterior desarrollo.

La crítica "de izquierda" ha denunciado en particular, tres efectos mistificantes posibles, propios del empleo del *labelling approach* en un contexto idealista:

a) Evaluar la criminalidad y la desviación como resultados de un proceso de definiciones puede provocar, dentro de tal contexto, el ocultamiento de situaciones socialmente negativas y de sufrimientos reales que en muchos casos, pueden ser consideradas como el *punto de referencia objetivo* de las definiciones;

b) Hacer derivar del reconocimiento de efectos estigmatizantes de la pena o de otras intervenciones institucionales la tesis de la "radical no intervención", significa crear una excusa para las intervenciones socialmente adecuadas y justas;

c) Concentrar las investigaciones sobre ciertos sectores de desviación y la criminalidad sobre los cuales en efecto se concentran con su funcionamiento socialmente selectivo, los procesos de etiquetado y de criminalización (las capas más débiles y marginales del proletariado urbano), puede contribuir a la consolidación del estereotipo dominante de la criminalidad y de la desviación, como comportamiento *normal* de estos grupos sociales y desviar así la atención de los comportamientos socialmente negativos de la delincuencia de "cuello blanco" y de los poderosos.

En el interior de la criminología crítica se están produciendo desde hace algún tiempo, tentativas para desarrollar una teoría materialista de las situaciones y de los comportamientos socialmente negativos así como de la criminalización. Una teoría materialista de este tipo se caracteriza por el hecho de relacionar los dos puntos de la cuestión criminal, las situaciones socialmente negativas y el proceso de criminalización, a las relaciones sociales de producción y, en

lo que respecta a nuestra sociedad, a la estructura del proceso de valoración del capital. La discusión que recientemente ha tenido lugar también en el interior del marxismo con respecto a estos temas ha mostrado, según mi opinión, que aun una teoría materialista que se refiere de forma no dogmática a las enseñanzas de MARX puede operar con una correcta y radical aplicación del nuevo paradigma criminológico sin caer por ello, en las mistificaciones del empleo idealista del *labelling approach* (KECKEISEN, W. , 1976, p. 121 ss.); ella puede denunciar y superar este uso idealista sin tener por ello que utilizar una concepción ontológica o naturalista de la criminalidad o permanecer en el nivel del *sentido común.*

2. La "racionalidad" en tanto aproximación para un fundamento teórico de la política criminal y de la reforma penal, puede significar dos cosas diferentes. Ella puede significar un criterio tecnológico y pragmático expresado por los términos de "practicabilidad" y de "eficacia". En este caso me parece que sería mejor hablar de "racionalización", es decir, de ajustes al sistema que dejen intacta la estructura del conjunto, con el fin de un mejor funcionamiento. Aquí "racionalidad" indica el resultado a perseguir. El modelo de ciencia social que corresponde a esta concepción de la racionalidad es un modelo tecnológico. Es el modelo de la criminología tradicional, es decir de la criminología etiológica, que en este sentido debe ser considerada como una ciencia auxiliar tanto del derecho como de la política criminal oficial.

¿Cuál es entonces, el concepto de racionalidad coherente con una estrategia radical de reforma (política criminal alternativa) y con el modelo de ciencia social correspondiente? A diferencia de la *razón tecnológica* que es sobre todo un punto de llegada de la práctica, la *razón crítica* es sobre todo un punto de partida de la teoría. Ella no es una norma para la acción, sino una norma del pensamiento y al mismo tiempo, ley y lógica de la realidad. Pero lo real, la *realidad social* está en movimiento. Su lógica, es decir el modelo de racionalidad que nos permite comprenderla, no es la lógica estática

que corresponde al principio de no contradicción, sino la lógica dinámica que es la lógica de la contradicción dialéctica. Una de las principales conquistas del pensamiento moderno es justamente haber formulado esta lógica de la contradicción, la dialéctica, como *ratio essendi* al mismo tiempo que *ratio cognoscendi* de la realidad. La teoría social de MARX y muchas otras orientaciones entre ellas las más fecundas del pensamiento histórico y sociológico contemporáneo tienen su fundamento en esta lógica.

Si llegamos a la conclusión que los principios estructurales y funcionales necesarios para organizar científicamente el conocimiento del sistema penal están opuestos a aquellos que son declarados por el mismo, entonces, partiendo de un concepto dialéctico de racionalidad, excluiremos que esta contradicción entre los principios declarados y el funcionamiento real del sistema, sea un caso de azar, un contratiempo emergente de su realización, imperfecto como todo lo que es humano. Nosotros no consideraremos la imagen ideal que el sistema propone de sí mismo únicamente como un *error* de parte de los operadores y del público, sino que le atribuiremos el status de una *ideología*. Esta idelología penal deviene una parte integrante del objeto de un análisis científico del sistema penal. El funcionamiento del sistema no se realiza *no obstante* sino *a través* de esta contradicción. Ella es un elemento importante, como otros elementos del sistema, para asegurar la realización de las funciones que ella tiene en el interior del conjunto de la estructura social (cfr. BARATTA, A., 1982).

El elemento ideológico no es contingente sino inherente a la estructura y a la forma de funcionamiento del sistema penal, así como éste, en general, es inherente a la estructura y al funcionamiento del derecho abstracto moderno. La forma de la mediación jurídica de las relaciones de producción y las relaciones sociales en la sociedad capitalista moderna (el derecho igual) es *ideológica:* el funcionamiento del derecho no sirve, en efecto, para producir la igualdad, sino para reproducir y mantener la desigualdad. El derecho contribuye

a asegurar, reproducir y aun legitimar (esto último es una función esencial para el mecanismo de reproducción de la realidad social) las relaciones de desigualdad que caracterizan a nuestra sociedad, en particular la escala social vertical, es decir, la distribución diversa de recursos y de poder, la consecuencia visible del modo de producción capitalista[3].

El funcionamiento desigual y fragmentario del sistema no refleja solamente la desigual distribución de los recursos y del poder en la sociedad y la correspondiente jerarquía de los intereses en juego, sino que concurre también y de forma no desechable, a la reproducción material de las relaciones de subordinación y de explotación. Es también una parte integrante del mecanismo a través del cual se opera la legitimación de estas relaciones, es decir, la producción de un consenso real o artificial, y sobre todo la desarticulación del disenso.

Los diferentes conceptos de racionalidad explican la diferencia entre la perspectiva de reforma propia a un modelo reformista de la racionalización y aquella que es propia al modelo "abolicionista" de la transformación radical. La razón tecnológica encuentra un límite natural en cuanto a su forma de poder concurrir a la resolución de contradicciones del sistema, considerando como irracional la contradicción entre los efectos deseados y no deseados del sistema, ella no se encuentra en posición sino de estudiar los últimos desde el punto de vista de los primeros y permanece, por ello, en el interior de la ideología penal. La razón tecnológica no alcanza a actuar sino sobre aquellas contradicciones del sistema que parecen susceptibles de ser resueltas en el interior del sistema mismo, llevando la ideología penal a los niveles más avanzados y humanitarios e intentando mejorar e integrar las herramientas de la política criminal actual.

[3] Una consecuencia que por otra parte no deja de producirse, por razones estructurales y en dimensiones diferentes, también en otras sociedades contemporáneas.

[4] N. del E.: La cita 4 falta en el original.

La razón crítica descubre la racionalidad funcional de las contradicciones del sistema, pero no las considera como si fueran susceptibles de ser resueltas en el interior del sistema, a través de perfeccionamientos ideológicos y mejoramientos técnicos. Asumiendo la ideología jurídica como objeto de conocimiento, la razón crítica produce una perspectiva de política criminal que se ubica al exterior de la misma. Por esta razón no constituye una perspectiva de racionalización sino una perspectiva racional de superación del sistema penal.

3. A estas dos diferentes perspectivas de política criminal y a las dos diferentes concepciones de razón que ellas implican, corresponden dos modelos diferentes de ciencia social y de criminología. La criminología tradicional que, adoptando el paradigma etiológico se presenta como ciencia de las causas de la criminalidad, es la base clásica de toda política criminal de tipo reformista. Ella no existe sino en la medida de controlar el funcionamiento del sistema, es decir la eficacia de los medios de los cuales se sirve para perseguir sus propios fines declarados para proponer mejores instrumentos. Estudiando la criminalidad como eso que el sistema penal declara combatir, y no la forma por la que éste define aquella, la criminología tradicional opera como una instancia del sistema, no como una teoría científica sobre éste (cfr. BARATTA, A., 1977b; 1982; PAVARINI, M., 1981; ANIYAR DE CASTRO, L., 1981). Su contribución a la racionalización del sistema es también y sobre todo una contribución a su legitimación. En efecto, poniendo su propio saber causal (la teoría de las causas de la "criminalidad") y su saber tecnológico (teoría de las medidas penales y alternativas) al servicio de los fines declarados por el sistema, la criminología tradicional acredita, desde el punto de vista de la ciencia, una imagen del sistema que se encuentra dominada por dichos fines.

La criminología tradicional etiológica aun en sus versiones más actualizadas (a través de la aproximación "multifactorial") tiene por su naturaleza una función inmediata y di-

rectamente *auxiliar* con relación al sistema penal existente y a la política criminal oficial. Su universo de referencia y su horizonte de acción le son impuestos siempre por el sistema penal existente. Es por esto que está obligada a dar en préstamo al sistema penal la definición de su propio objeto de investigación: la "criminalidad" en tanto definida por las normas y las estadísticas, los "criminales" como individuos seleccionados y estigmatizados (y de esta forma disponibles para la observación clínica) a través de la institución de la prisión (cfr. BARATTA, A., 1982; PAVARINI, M., 1981).

Comparada con la criminología tradicional, la criminología crítica se ubica en una relación radicalmente diferente respecto a la práctica. Para la criminología tradicional el sistema penal existente y la práctica oficial son los *destinatarios* y beneficiarios de su saber, en otras palabras, el príncipe para el cual es llamada a ser la consejera. Para la criminología crítica el sistema positivo y la práctica oficial son ante todo el objeto de su saber. La relación con el sistema es *crítica*; su tarea inmediata no es la de realizar las recetas de la política criminal, sino de examinar de forma científica la génesis del sistema, su estructura, sus mecanismos de selección, las funciones que realmente ejerce, sus costos económicos y sociales y evaluar sin prejuicios el tipo de respuesta que está en condiciones de dar y que efectivamente da a los problemas sociales reales. Ella se pone al servicio de una construcción alternativa o antagónica (ver más abajo en el texto) de los problemas sociales ligados a los comportamientos socialmente negativos.

Es natural que a partir de estas premisas una criminología crítica no pueda tener siempre la función inmediata de proyecto que tiene la criminología tradicional. Su influencia sobre una transformación del sistema penal podría realizarse en tiempo relativamente breve únicamente bajo dos condiciones: la primera es que una transformación de las relaciones de hegemonía permita llevar a cabo una reforma del sistema penal donde el interés de las clases subalternas pudiera devenir realmente determinante; la segunda es que el

retardo histórico que aún hoy tiene la cultura oficial de izquierda y el movimiento obrero, subalternos en relación con la cultura y con la ideología burguesa sobre la forma de construir y resolver los problemas sociales ligados a la "criminalidad", fuera recuperado a través del despliegue de una *conciencia* y de una *cultura* alternativa de clases subalternas y a través de una política autónoma y antagónica del movimiento obrero en el sector del control social. Si estas condiciones no se dan, la influencia de la criminología crítica para los proyectos de alternativas no puede ser sino indirecta, realizable a medio y largo plazo.

Esto no constituye, sin embargo, una debilidad, sino al contrario, la fuerza de la criminología crítica en la perspectiva de una reforma. Si no se quiere medir el valor práctico de la teoría en función al aporte tecnocrático de la racionalización de los instrumentos institucionales y si se le asigna, por el contrario, la tarea de preparar una transformación radical del sistema penal; es decir, una *política criminal* alternativa que no se reduzca a la *política penal*, se deberá convenir que la contribución que la criminología crítica puede efectuar a esta reforma a través del análisis crítico del sistema y de la *reconstrucción* de los problemas sociales, no es menos importante, a mediano y largo plazo, que lo que son las recetas de aplicación inmediata.

Creo también que en la medida en que la criminología crítica persiga sin compromisos su propia función científica y política, su contribución está destinada a ejercer un rol importante, el cual el legislador y las instancias institucionales no podrán dejar de tener en cuenta. Para ello, se deberá, igualmente, evitar de parte del movimiento científico y político para una reforma radical, toda actitud sectaria de oposición global al Estado y al "poder" como si el Estado y el poder tuvieran por una ley natural el monopolio de los movimientos tradicionales o conservadores. La criminología crítica y el movimiento para la reforma radical deberán, por el contrario, defenderse sin compromisos de las tentativas de deslegitimación de las cuales a veces son objeto y afirmar la legitimidad de su

propio rol en todos los niveles institucionales, científicos, administrativos y políticos donde ellas *concurren* con el mismo derecho que otras formas del pensamiento[5].

Como ya lo he señalado, la suposición de la que parte la criminología etiológica en su función auxiliar y legitimadora con relación al sistema penal y a la política criminal oficial, es que existe una cualidad natural de comportamientos y de sujetos que tienen una característica que los distingue de todos los otros comportamientos y de todos los otros sujetos: esa cualidad natural sería la criminalidad. Siendo la criminalidad una entidad ontológica, sería posible investigar sus causas y poner la ciencia de las causas al servicio de la práctica que debe combatirla. Esta forma de considerar la criminalidad está de tal modo enraizada en el sentido común, que una concepción que se proponga ponerla en tela de juicio arriesga ser considerada como una renuncia a combatir situaciones y acciones socialmente negativas. Utilizando el paradigma de la reacción social y considerando por lo tanto a la criminalidad, no como una cualidad natural de comportamientos o de sujetos, sino como una cualidad que es atribuida a través de procesos de definición por parte de las instancias oficiales o de la opinión pública, la criminología crítica parece desafiar, ante todo, al sentido común. Pero en este caso también, como en tantos otros, la contradicción entre la teoría y el sentido común no es sino aparente. Quien confunde estos dos diferentes niveles del discurso finaliza frecuentemente atribuyéndole erróneamente a la teoría consecuencias que parecerían volverla absurda en el plano del sentido común. No es raro encontrar este tipo de críticas en teorías que adoptan el paradigma de la reacción social. Ellas se asemejan entre sí por sostener ciertas argumentaciones extravagantes que pueden resumirse como sigue:

1) Quien sostiene que la cualidad criminal de ciertas acciones y de ciertos individuos es el resultado de procesos de definición, sostiene que la *criminalidad* no existe.

[5] Conf. BARATTA A., SMAUS, G. (1981).

2) Quien sostiene que, dado el carácter *atributivo* y por tanto relativo de las definiciones de criminalidad, no es posible efectuar un discurso científico sobre las causas de la criminalidad como si ella fuera una realidad natural, sostiene que la criminalidad carece de causas.

3) Quien sostiene las dos tesis arriba enumeradas excluye que se pueda combatir la criminalidad y sus causas y excluye en particular una política criminal preventiva.

Es fácil darse cuenta que estas críticas basadas en el sentido común y en un discurso *científico* que no alcanza a trascenderla se pierden en la nada. Un discurso científico sobre la cuestión criminal nace cuando las definiciones de criminalidad del sentido común así como las definiciones legales de criminalidad no son más el postulado del que se parte, sino que devienen el objeto mismo del discurso. Es justamente este salto cualitativo el que permite al discurso trascender las definiciones positivas del sentido común acerca de la criminalidad y de la desviación, y como consecuencia, también el campo de referencia conceptual al que se encuentra ligado el sistema existente de control social. En otras palabras, esto es exactamente lo que caracteriza a la criminología crítica frente a la criminología tradicional. Su capacidad para establecer un discurso científico diferente y más amplio que aquel de la criminología tradicional depende –aunque no solamente– del pasaje del paradigma etiológico al paradigma de la reacción social.

Ubicarse en el punto de vista de una criminología que acepta ese cambio de paradigma no significa negar la existencia "objetiva" de situaciones y de acciones socialmente negativas.

Serias dificultades teóricas que no encuentran una solución unívoca en una discusión en el interior del "realismo" marxista, aparecen cuando se quiere dar una significación precisa al concepto de objetividad aquí mencionado. Afirmar la existencia "objetiva" de situaciones o de acciones socialmente negativas es una operación que admite ser incluida en el proceso más general por el cual son definidos o *cons-*

truidos los problemas sociales ante una respuesta posible, institucional o no. Aceptando lo que excluyo a la luz de los desarrollos de la epistemología moderna, un regreso a una concepción naturalista de la objetividad, quisiera hacer alusión a una hipótesis diferente que aproveche la utilización combinada de construcciones teóricas obtenidas en tres campos diferentes de investigación: a) una teoría de la *construcción* de los problemas sociales[6]; b) una teoría de las necesidades[7]; c) una teoría de la "comunicación libre del poder"[8].

Si se utiliza el término "negatividad social" para las situaciones o comportamientos que pueden considerarse como la negación o la represión de necesidades *reales*, entendiendo *"necesidad real"* como la posibilidad de existir y desarrollar la propia existencia que tienen los individuos en función de la evolución de las capacidades de producción material y cultural en una sociedad dada, se podrá entonces tomar en consideración como "objetiva" una construcción de los problemas sociales en cuanto resultado de una "comunicación libre del poder" entre los portadores de estas necesidades. Tal construcción de los problemas sociales es una construcción alternativa o antagónica (según el grado de conflictividad característico de una sociedad en relación a las definiciones *oficiales* o aquellas del sentido común).

Se pueden considerar las definiciones oficiales y aquellas del sentido común como el resultado de una comunicación *ideológica*, entendida como una comunicación funcional para la reproducción de las relaciones de poder existentes. En

[6] Para una primera orientación, cfr. MERTON, R. K. (1957, p. 19); BECHER, H. (ed., 1996); MERTON, R. K., NISBET, R. A. (1971); HORDRICH, K. O. (ed., 1975); SPECTOR, M., KITSUSE, J. (1977); STALLBERG, F. W. (1979); MATTES, J. (ed., 1980).

[7] Para una orientación historicista en la teoría de las necesidades en el interior de un discurso de inspiración marxista alternativo con relación al "antropologismo" de la conocida interpretación de A. HELLER, cfr. PICCIONE, L. (1978).

[8] Para este concepto cfr. HABERMAS, J. (1975; 1973, p. 228 y ss.).

este sentido, "comunicación libre del poder" no indica una realidad de hecho, sino más bien un principio de *emancipación* y de autonomía que guía al interior de las clases subalternas esos procesos de comunicación entre portadores de necesidades a través de los cuales se desarrolla la conciencia y la acción política de estas clases con vista a una transformación de las relaciones de hegemonía en la sociedad. Las construcciones alternativas son aquellas que adoptan este punto de vista para la definición de problemas a resolver y para la elaboración de respuestas alternativas. Estas construcciones competirían con las construcciones *ideológicas* donde los problemas sociales están por el contrario, construidos en función de la reproducción de las relaciones sociales y de poder existentes. Luego "criminalidad" y "desviación" no denotan cualidades naturales sino culturales, en el sentido que ellas resultan de procesos de definición que se desarrollan en el interior del mecanismo ideológico por el cual tiene lugar la reproducción de la realidad social.

No resulta sin embargo posible, desde el punto de vista epistemológico, proponer una investigación de las causas (así como una política apta para combatirlas) de los comportamientos definidos como "criminalidad" y "desviación", sin aceptar al mismo tiempo sus definiciones y acreditar en consecuencia, los mecanismos de comunicación y de poder a las cuales estas corresponden. Quien niega, sobre la base de un análisis histórico y sociológico del sistema penal existente, que su principal función real coincide con la función declarada de combatir la criminalidad, e identifica al contrario, la función real del sistema en la reproducción de las relaciones sociales de desigualdad y de subordinación, no puede al mismo tiempo aceptar participar en una construcción ideológica de los problemas sociales desde la óptica del sistema penal y del sentido común que le es complementario.

El sistema penal, utilizando las nociones de criminalidad y de pena como puntos naturales de referencia, tiende a reducir en forma fragmentaria y artificial la identificación de las zonas de negatividad social y de necesidades individua-

les y comunitarias que pueden justificar o postular una intervención institucional[9].

El mero hecho que estas nociones tengan sus raíces más primitivas e irracionales en la psique social no justifica que su utilización sea aceptada como natural para una construcción "racional" de los problemas sociales y del sistema de control social. Bien por el contrario, la deformación que estos dos términos tradicionales de la *cuestión criminal* han sufrido al servicio secular del poder debería, al menos, sugerir una gran prudencia en lo que concierne a la posibilidad de ponerlos al servicio de una construcción alternativa de los problemas sociales o de una articulación autónoma de las necesidades y de los intereses de las clases subalternas.

El criterio guía del movimiento de las clases subalternas en una sociedad en transición no puede consistir simplemente en desplazar la fuerza y el impacto del proceso de criminalización de ciertos tipos de situación a otros. La historia del socialismo real muestra que el uso inflacionario de las definiciones de desviación y de criminalidad no es compatible con la realización del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales bajo el estandarte que el proletariado tuvo al asaltar el Palacio de Invierno. El principio cardinal del modelo de una política criminal alternativa no es la criminalización alternativa, sino la descriminalización, la más rigurosa reducción posible del sistema penal.

Esto no significa, resulta útil repetirlo, un desinterés por los problemas sociales "objetivos", sino una fuerte relativización del momento "penal" o "correccional", una construcción alternativa con vista a intervenciones institucionales y comunitarias más adecuadas a las necesidades y a los intereses importantes en una sociedad en transición. Entre la idea de una fuerte reducción del sistema penal y de todo el sistema de control social y el "catecismo de la no interferencia" (cfr. YOUNG, J., 1975) o el principio de la "no intervención ra-

[9] Cfr. en este sentido STEINERT, H. (1980, p. 82); Dal Lago, A. (1981); BARATTA, A. (1982, 1983).

dical" (cfr. SCHUR, E., 1978) hay, como se ha visto, una gran distancia. Se debe señalar que la perspectiva de una construcción alternativa de los problemas sociales que evite un empleo demasiado extenso de definiciones de criminalidad y de definiciones negativas de desviación no tiene nada que ver con una concepción de la desviación como algo enteramente positivo que caracterizó la *actitud romántica* frente a la desviación en la "nueva criminología" inglesa en sus comienzos (cfr. TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J., 1963). Tampoco tiene que ver con una actitud de "simpatía" por los desviados, desmintificada de una vez para siempre por GOULDNER (cfr. GOULDNER, A.W., 1968 ps. 37 ss.; cfr. igualmente YOUNG, J., 1970) que acompaña frecuentemente aquello que es llamado "ciminology of the unterdogs", enfoque que se ha preocupado exclusivamente de las sub-culturas desviadas y de los movimientos socialmente subalternos y marginalizados (GOULDNER, A.W., 1970).

4. La perspectiva de reforma radical que surge de una criminología crítica, parte del conocimiento de los mecanismos selectivos y de las funciones reales del sistema ligadas a la desigual distribución del "bien negativo" criminalidad (SACK, F., 1968, pág. 469); parte, como bien lo ha formulado E. RESTA (1981, pág. 143), de la "conciencia de la desigualdad".

Desigualdad no significa solamente una desigual distribución de los status de criminal entre los individuos. En el campo de la protección de los "bienes jurídicos" ella se traduce en un aislamiento extremadamente parcial y fragmentario de ámbitos susceptibles de ser ofendidos y de situaciones de ofensa a intereses o valores importantes. Se trata de un mecanismo sutil de concretización del "bien jurídico", al cual concurren todas las instancias operantes en los diversos niveles o segmentos del sistema penal, del legislador a los órganos de aplicación. Y concurre igualmente el hombre de la calle y de la clase media. Desigualdad quiere decir en este caso, respuesta desigual a las situaciones negativas y a los problemas sociales homólogos. Este carácter desigual

(fragmentario) de la protección penal es justificado habitualmente por la mayor o menor disposición de las situaciones de ofensa destinadas a ser objeto de intervención penal. Esta justificación es un círculo vicioso. En efecto, argumentando de esta forma, la intervención penal y sus características técnico-jurídicas que serán consolidadas en la tradición y en la práctica, son consideradas como elementos naturales que corresponden a los ámbitos naturales de la medida penal de los problemas.

Se debe reconocer por otra parte, que la forma fragmentaria de operar del derecho penal en la definición de los dominios limitados en el interior de zonas más vastas de problemas sociales homogéneos, es un límite *estructural* del instrumento penal; pero este límite no depende de la estructura natural de los problemas. Estos son susceptibles de construcciones diferentes y alternativas, de las cuales puede derivar una estructura interpretativa y una respuesta institucional o social independiente de la óptica penal (cfr. BARATTA, A., 1983). Aun una política criminal alternativa encuentra estos límites infranqueables del instrumento penal en cuanto a su capacidad de proteger los intereses realmente importantes.

Los desplazamientos significativos, pero siempre limitados, en el campo efectivo de protección, son posibles y deseables en el cuadro de tal política. Sobre todo en épocas de tensión y de transiciones que tornan inestables los equilibrios reales del poder, existen continuamente ejemplos de esos ajustes parciales de los campos selectivos de protección, ajustes que frecuentemente escapan a la intervención del legislador y se realizan en otros niveles del sistema como ha sucedido recientemente en Italia en ciertos casos. En una política criminal alternativa, el momento penal no puede tener sino un rol relativo y en ciertos casos "provisorio".

La relativización del momento penal como técnica de construcción y de resolución de problemas sociales significa, ante todo, su integración en una perspectiva extrapenal más compleja de reconstrucción de los problemas, en vista a una respuesta adecuada y orgánica a éstos.

Dicha reconstrucción supone considerar los efectos nocivos y los costos sociales de la pena evaluados a la luz de un serio control empírico de su efectividad. Para la exigencia de una política de descriminalización en una perspectiva más amplia y adecuada sobre los problemas sociales y los deberes institucionales, D. PULITANO ha encontrado una fórmula feliz: "decodificación por zonas de materia –escribe (1981, págs. 119-120)– y orientación hacia nuevos modelos integrados (extrapenales) de solución, las tareas sociales parecen las vías a través de las cuales el derecho penal también puede encontrar un "nuevo perfil".

La función natural del sistema penal es conservar y reproducir la realidad social existente. Una política de transformación de esta realidad, una estrategia alternativa basada sobre la afirmación de valores y de garantías constitucionales, un proyecto político alternativo y autónomo de los sectores populares no puede sin embargo, considerar al derecho penal como un frente avanzado, como un instrumento propulsor. Por el contrario el derecho penal queda en un triple sentido reducido a una actitud de defensa.

Defensa, ante todo, del derecho penal de los ataques llevados en nuestros días contra las garantías liberales que le asignan las constituciones de los estados de derecho. Defensa, en segundo lugar, frente al propio derecho penal, en lo que signifique contención y reducción de su campo de intervención tradicional y sobre todo de sus efectos negativos y de los costos sociales que pesan particularmente sobre las franjas más débiles y marginales del proletariado y que contribuyen de esta forma a dividirlo y a debilitarlo material y políticamente. Defensa, por fin, *a través* del derecho penal en la medida en que, por el momento, puede ser aún considerado como una respuesta legítima ante la falta de alternativas para resolver los problemas sociales en el marco de un modelo integrado.

De todas formas la idea reguladora de una política criminal alternativa implica la superación del sistema penal. Orientar la reforma sobre esta idea reguladora no significa

renunciar a las posibles reformas, sino que significa, debe remarcarse ello una vez más, elegir y evaluar las reformas sobre la base de sus posibilidades para transformar radicalmente el sistema en interés de las clases subalternas.

En otras ocasiones (BARATTA, A., 1977; 1982) traté de definir en sus lineamientos generales, el modelo de una política criminal alternativa que utiliza como idea reguladora o "utopía concreta", la superación del derecho penal. Proponer tal perspectiva no significa el reenvío de toda reforma posible en el presente para esperar el futuro, de una sociedad que haya superado el uso de la pena, sino afirmar un criterio según el cual orientarla y mediante el cual puedan medirse las elecciones de política criminal. En las teorías radicales de la política criminal, como son las teorías abolicionistas[10], el criterio funciona en el sentido de evaluar las reformas como si estas tuvieran la capacidad de superar al sistema penal tradicional y que dicha superación fuera efectivamente posible. En este sentido, un representante de esta perspectiva radical propone una táctica basada sobre la distinción estratégica entre reformas *positivas* (que sirven para conservar el sistema en sus funciones reales) y reformas *negativas* (que producen reales transformaciones cualitativas del sistema y sirven para superarlo parcialmente) (cfr. MATHIESEN, Th., 1974).

Se debe remarcar también que las perspectivas radicales de reformas de ese tipo, pueden ser propuestas y son propuestas, en relación con las teorías de la sociedad y los modelos de sociedad futura bastante diferentes uno del otro, y que no resulta posible reunir a todos bajo las mismas carac-

[10] Al interior de la actual discusión internacional sobre la descriminalización, los costos sociales del sistema penal, los límites de la institución de la prisión, etc., surgen los nombres de Louk HULSMANN y Hermann BIANCHI en los Países Bajos, y de Niels CHRISTIE en Noruega. Para una clasificación de las teorías sobre la política criminal bajo los "tipos ideales" de teorías "conservadoras", "reduccionistas" y "abolicionistas" cfr. LANDREVILLE, P. (1977). Ver también, en un marco más amplio de los modelos de política criminal, DELMAS-MARTY, M. (1983).

terísticas salvo desde un punto de vista estrictamente formal. La perspectiva abolicionista de la reforma penal ha encontrado en G. RADBRUCH una expresión que merece ser citada: "la mejor reforma del derecho penal no consiste en su substitución por un mejor derecho penal, sino su substitución por una cosa mejor que el derecho penal (cfr. RADBRUCH, G., 1963 p. 269). Desde el punto de vista formal esta expresión puede servir para calificar todas las teorías que pertenecen a la perspectiva "abolicionista", todos los proyectos de políticas y de prácticas que no vacilan en saltar la línea divisoria que separa los sistemas penales alternativos de las alternativas al derecho penal.

Referencias bibliográficas

ANIYAR DE CASTRO L. (1981), *Conocimiento y orden social.* Criminología como legitimación y criminología de la liberación, Maracaibo, Instituto de Criminología, Universidad del Zulia.

BARATTA A. (1977), *Criminología crítica e política penale alternativa*, en "La Questione Criminale", III, n. 3 ps. 339 ss.

BARATTA A. (1982), *Criminologia crítica e crítica del diritto penale.* Introduzione alla sociologia giuridico-penale, Bologna.

BARATTA A. (1983), *Problemi sociali e percezione della criminalità* en "Dei Delitti e delle Pene", I, n. 1, p. 15 ss.

BARATTA A., SMAUS G. (1981), *Comments on the paper of M. Brusten and L. Outriv*, en "Working Papers in European Criminology" nº 2, European Group for the Study of Deviance and social control.

BECKER H. (ed.) (1966), *Social Problems. A Modern Approach*, New York.

BRICOLA F. (1975) *Política criminale e política penale dell' ordine pubblico (a propósito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, en "La Questione Criminale", I, n. 2, p. 221 ss.

BRODEUR J. P. LANDREVILLE P. (1977), *Finalité du système de l'administration de la justice pénale et planification des politiques*, Université de Montréal, Ecole de Criminologie.

CHAPMAN D. (1968), *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London.

DAL LAGO A. (1981), *La produzione della devianza*. Teoría sociale e meccanismi di controllo, Milano.

DEBUYST CHR. (1983), *Pour une réflexion épistémologique en psychologie criminelle (titre temporaire)*, manuscrito a aparecer en la colección "Déviance et société", Ginebra.

DELMAS-MARTY M. (1983), *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris.

GOULDNER A. W. (1968), *The Sociologist as Partisan: Sociology and the Welfare State*, en "The American Sociologist", III.

HABERMAS J. (1975), *Strukturwandel der Offentlichket*, Frankfur/M.

HABERMAS J. (1978), *Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien*, 4ª ed., Frankfurt/M.

HONDRICH K. O. (ed) (1975), *Menschliche Bedürfnisse und Soziale Steuerung*, Reinbeck.

KECKEISEN W. (1976), *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens*. Perpektiven und Grenzen des labelling approach, 2ª ed., Munich.

KUHN TH. S. (1962), *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago.

LANDREVILLE P. (1978), *Réforme et abolition de la prison. Illusion ou réalité?* Exposición presentada en el VIII Congreso Internacional de Criminología, Lisboa, 4-9 septiembre 1978.

LIAZOS A. (1972), *The Poverty of the Sociology of Deviance: Nuts, Sluts and Preverts*, en "Social Problems", XX, nº 1, p. 103 ss.

MACIVER R. M. (1942), *Social Causation*, Boston (Mass.).

MATHIESEN TH. (1974), *The Politics of Abolition. Essays in Politica/Action Theory* ("Scardinavian Studies in Criminology", IV), Oslo, London.

MATTES J. (ed) (1980), *Lebenswelt und soziale Probleme. Verhandlungen des 20.* Deustchen Soziologentages zu Bremen, 1980, Francfurt/M., New York.

MERTON R. K.(1957), *Social Theory and Social Structure*, Glencoe (III).

MERTON R. K., NISBET R. A. (eds.) (1971), *Contemporary Social Problems*, 3ª ed., New York.

PAVARINI M. (1981), *Introduzione a... la criminologia*, Firenze.
PICCIONI L. (1978), *Teoría del valore e "teoría del bisogno" in Marx: filosofi morale o crítica dell' economía política?*, en "Giornale crítico della filosofía italiana", LVII (LIX), nºs 3/4, p. 357 y ss.
PULITANO D. (1981), *La teoría del bene giurídico fra codice e Constituzione*, en "La Questione Criminale", VII, nº 1, ps. 111 y ss.
RADBRUCH G. (1963), *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., Stuttgart.
RESTA E. (1981), *Atteggiamento verso la codificazione penale*, en "La Questione Criminale", VII, nº 1, ps. 139 y ss.
SACK F. (1968), "Neue Perspektiven in der Kriminologie", en *Kriminalsoziologie*, p. 431 y ss.
SCHUR E. (1978), *Radical Non-intervention*. Rethinking the Delinquency Problem, Englewood Cliffs (N.J.).
SMAUS G. (1981) *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung*. "Arbeiten aus dem Institut für Rechts-und Sozialphilosophie", Universidad del Sarre, Saarbrücken.
SPECTOR M., KITSUSE J. (1976), *Constructing Social Problems*, Menlo Park (Cal.).
STALLBERG F. W. (1979), *Konstitutionsbedingungen zozaler Probleme: Hinweis zu Analyse und Diskussionen*, en "Kriminalsoziologische Bibliographie", VI, p. 1 ss.
STEINERT H. (1980), "Zur Rolle der Massenmedien in specktakulären Kriminalfäl aus der Sicht der Justiz", en WASSERMAN R. (ed.), *Justiz und Medien*, Neuwie Darmstadt, p. 86 ss.
TAYLOR I., WALTON P., YOUNG J. (1963), *The New Criminology. For a social Theory* of *Deviance*, London.
THIO A. (1973), "Class Bias in the Sociology of Deviance", en *The American Sociologist*, VIII, ps. 1 ss.
YOUNG J. (1970), *The Zookeepers of Deviance*, en "Catalyst", V.
YOUNG J. (1975), Working-Class Criminology, en TAYLOR I., WALTON P., YOUNG J. (ed), *Critical Criminology*, London, Boston.

INTRODUCCIÓN A LA CRIMINOLOGÍA DE LA DROGA*

1. La política actual de criminalización de las drogas como sistema cerrado y autorreproductivo

En esta introducción a una "criminología de las drogas", se utiliza como punto de partida una hipótesis sociológica: aquella según la cual el *status quo* de la política de las drogas en nuestras sociedades, es decir, la política de criminalización de ciertas drogas, constituye un sistema "autorreferencial", un sistema que se autorreproduce ideológica y materialmente [1]. Por reproducción ideológica se entiende aquí el mecanismo general por medio del cual cada actor o grupo de actores dentro del sistema encuentra confirmación de la propia imagen de la realidad en la actitud de los otros actores. Este mecanismo puede ser simbolizado por un círculo: se trata, en efecto, de un proceso circular en el cual cada actor depende de los otros, de tal modo que esta dependencia hace difícil o improbable una modificación de la propia imagen de la realidad y de su actitud.

Por reproducción material se entiende el proceso por el cual la acción general del sistema, determinada por una imagen inicial de la realidad, modifica parcialmente la realidad misma, de tal modo que la hace en una fase ulterior, más cercana a la imagen inicial. Es decir, se trata del proceso por el cual el sistema produce una realidad conforme a la

* Publicado en "Nuevo Foro Penal", n° 41, julio-setiembre 1988, Bogotá, Colombia. Traducción del Dr. Mauricio Martínez, becario de la Fundación von Humboldt, en el Instituto de Filosofía del Derecho y Filosofía Social de la Universidad de Saarland, dirigido por el autor.

[1] Para una profundización de los principales conceptos de una teoría sistémica aplicada a los sistemas sociales, y en particular para el concepto de "autorreferencialidad", se remite a la obra fundamental de Niklas LUHMANN, *Soziales System, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., 1981. Sin embargo, la hipótesis aquí desarrollada y las tesis presentadas en este trabajo están lejos de constituir aplicaciones "ortodoxas" de la teoría sistémica de LUHMANN.

imagen de la cual parte y que lo legitima. Podemos simbolizar este proceso con una espiral: cuanto más se abre, más cerca está la realidad de la imagen inicial dominante del sistema.

La imagen, que llamaré "inicial", está caracterizada por cuatro elementos: a) vínculo necesario entre consumo y dependencia (así como la evolución necesaria de la dependencia de drogas livianas a la de drogas duras); b) la pertenencia de los adictos a una subcultura que no comparte el sentido de la realidad de la mayoría "normal"; c) el comportamiento asocial o delictivo de los adictos, que los aísla de la vida productiva y los inserta en carreras criminales; d) el estado física o síquicamente patológico de los dependientes y la irreversibilidad de la dependencia.

Los conocimientos científicos nos muestran, sin embargo, que esta imagen no corresponde a la realidad y que los elementos que la componen representan la excepción más bien que la regla, respecto de lo que ocurre cuando se consumen drogas ilícitas. Aún hoy, en una fase posterior a la "inicial", la gran mayoría de los consumidores de drogas ilícitas no son dependientes, no hacen parte de una subcultura desviada, no son asociales o delincuentes, no son enfermos (hay incomparablemente más enfermos y muertos por drogas permitidas, como tabaco y alcohol, que por drogas prohibidas); y, finalmente, la dependencia de las drogas es, desde el punto de vista clínico y social, curable. Pero la distancia entre la realidad y la imagen se acorta hoy. Actualmente hay más consumidores dependientes que en la fase "inicial": más dependientes de las drogas marginados en subculturas, que son infractores de normas penales e insertos en carreras criminales; la dependencia de las drogas ilícitas es menos curable de lo que sería si en esta pequeña parte del problema social de la adicción a las drogas no hubiera intervenido la justicia penal.

Para darnos cuenta de este proceso de autorreproducción material del sistema, podemos utilizar los conceptos de la moderna sociología, como el Teorema de Thomas y la pro-

fecía que se autorrealiza. Según el teorema sociológico, denominado por sus autores "de Thomas"[2], si se afirma una determinada imagen de la realidad, esta imagen tiene efectos reales. Y, efectivamente, en el sistema de la droga la reacción social criminalizadora y marginalizadora produce por sí misma la realidad que la legitima. La imagen de la "escena" de la droga está en el origen de la política en este sector y que fue utilizada por parte de los "empresarios morales"[3] que construyeron en buena parte el problema social correspondiente, es en este sentido una "profecía que se autorrealiza" según el contenido ilustrado por Robert K. MERTON[4].

Utilizo aquí una noción sociológica de sistema: como sistema de comportamiento y de comunicación. Los sistemas pueden ser, respecto a su extensión, más o menos generales o más o menos específicos. Podemos generalmente considerar cada sistema a su vez como subsistema específico de un sistema más general. Por su parte los subsistemas de referencia escogidos para estudiar un subsistema específico, pueden ser más o menos adecuados. A la búsqueda de adecuados sistemas de referencia, para un sistema tomado en examen, podemos denominarla "progresión metodológica" y constituye un

[2] Thomas SWAINE y Williams DOROTHY, "Situations defined as real are real in their consequences", en Gregory STON y Harvey FABERMANN, *Social Psychology through symbolic interactions*, Massachusetts-Toronto, ps. 154 y 155.

[3] Sobre la construcción de los problemas sociales y el papel de los "empresarios morales" en el marco sociológico del interaccionismo simbólico, véase a M. SPECTOR y J. KITSUSE, *Constructing social problems*. California, Menlo Park, 1976. Sobre la teoría de los problemas sociales y de la "construcción social" de la realidad, así como para la discusión del interaccionismo simbólico y sus consecuencias en criminología, véase a Alessandro BARATTA, *Problemi sociali e percezioni della criminalità*, en "Dei Delitti e delle Pene", I, 1, 1983; y *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 1986.

[4] Véase a Robert MERTON, "The Self-fullfilling prophecy", en *Social Theory and social structure*, 2ª ed., Illinois, ps. 421 a 436. Para un interesante desarrollo del concepto de "Self-fullfilling prophecy" véase a Jock YOUNG, *The role of the Police as amplifiers of Deviancy, negotiators of reality and translators of fantasy in images of deviance*, London, 1971.

proceso consecutivo de abstracción. El máximo nivel de este proceso es alcanzado cuando se individualiza el sistema de referencia más adecuado para realizar el interés cognoscitivo que precede al subsistema "política de la droga", que puede ser estudiado tomando distintos sistemas por referencia: la comunidad local o el Estado. En este caso el más adecuado para una comprensión cabal del fenómeno es, tal vez, la estructura política y económica de la sociedad supranacional, la sociedad tardocapitalista en que vivimos.

Se puede hacer una distinción entre los sistemas teniendo en cuenta el grado de consenso entre los actores, es decir, teniendo en cuenta la extensión de la mayoría dentro del sistema y su relación con la minoría. Desde este punto de vista los sistemas se disponen, según el grado de homogeneidad interna, entre dos polos: el sistema abierto y el sistema cerrado.

En el primer caso predominan el disenso y la transformación de las actitudes de los actores; ni las mayorías ni las minorías son estables. Desde el sistema general de referencia entran en el subsistema examinado, *inputs* diferentes y contrastantes que corresponden a las diferencias y contrastes entre las posiciones de los actores en el sistema de referencia; por ejemplo, los distintos partidos políticos. Un ejemplo de subsistema abierto es el actual sistema de relaciones entre justicia y ciudadanía en Italia y otros países[5]. En el sistema cerrado, en cambio, la mayoría se extiende a todos los grupos de actores, con excepción de uno, en el cual se concentra una minoría disidente. Un sistema como este es elevadamente homogéneo y refractario a las transformaciones y por ello parece ser más estable, lo contrario de lo que sucede en un sistema abierto.

[5] Las actitudes y las políticas con respecto al papel de la justicia y de los jueces, y a la reforma de las prerrogativas y las responsabilidades de los jueces, están en nuestros días en el centro de la discusión en Italia, sin que los "frentes" de la controversia correspondan rigurosamente a las clásicas diferencias ideológicas entre las distintas áreas sociopolíticas y los correspondientes medios de comunicación.

El sistema de las drogas constituye, en mi criterio, un ejemplo significativo de subsistema cerrado. Este se caracteriza porque los actores se condicionan recíprocamente en su actitud positiva respecto del *statu quo* de la política de las drogas. A este condicionamiento positivo se sustrae únicamente un grupo de actores: el que está constituido por los drogadictos. La presencia de un grupo único "desviado", en este caso los drogadictos (desviado en relación con el sentido de la realidad aceptada por los demás) refuerza el sistema cerrado, aumentando su capacidad de autorreproducción.

Paradójicamente, en las sociedades complejas sujetas a procesos de rápida transformación, el círculo autorreferencial alcanza la máxima estabilidad, no cuando hay total homogeneidad en las actitudes de los actores, sino cuando hay homogeneidad de todos, con excepción de un grupo de actores. Es fácil, en estos casos, que el grupo desviado desempeñe la función simbólica del chivo expiatorio. La hostilidad general dirigida hacia el chivo expiatorio suscita un alto grado de consenso y estabiliza la integración de la mayoría; esto se verifica sobre todo cuando, como en el caso del círculo de la droga, estamos en presencia de sistemas de control social y la minoría desviada es también el grupo en relación con el cual dicho control se ejerce.

En los sistemas cerrados, el papel de los medios de comunicación de masas es fundamental; eso no significa, sin embargo, como a veces se sostiene, que los medios de comunicación impongan a la "opinión pública" y a los otros actores del sistema una determinada imagen de la realidad o determinadas actitudes. Por el contrario, la relación entre los medios de comunicación y los otros actores es también una relación de condicionamiento recíproco. La tesis de la relación unilateral de condicionamiento del público por parte de los medios de comunicación, ha sido abandonada desde hace tiempo por la sociología de la comunicación[6]. Si esa tesis

[6] Véase, entre otros, a S. COHEN y J. YOUNG, *The Manufacture of News*, London, 1974. V. MEUDT, *Drogen und öffentlichkeit*, München, 1977.

fuera válida sería, entre otras razones, difícil de comprender el porqué periódicos y medios de comunicación de divergente línea política, producen información convergente en sistemas cerrados, como precisamente sucede en el caso de la política de la droga (antes que transferirle los antagonismos y las diferencias que los dividen sobre la mayor parte de las otras cuestiones, como se observa cuando ellos intervienen en sistemas abiertos).

Si existe, como en nuestro caso, un consenso generalizado del público con respecto al *statu quo* de la política de la droga, los medios de comunicación reflejan este consenso independientemente de sus diferencias de posición en otros asuntos. La convergencia en el tema de la droga, de periódicos que pertenecen a posiciones ideológicas distintas, ha quedado demostrada en un análisis de contenido, como por ejemplo el efectuado sobre los diarios alemanes "Die Welt" y "Süddeutsche Zeitung" en el período de 1967 a 1977. Similares resultados se han obtenido en investigaciones realizadas respecto de la prensa inglesa de Nueva York[7].

En realidad, los medios de comunicación no dependen de las actitudes preexistentes (en la situación llamada "precomunicativa") en el público, en cuanto las actitudes del público y de los otros actores dependen, a su vez, de los medios de comunicación. Por tanto, si las actitudes preexistentes son homogéneas, el flujo de información de los medios también lo será[8].

En los sistemas cerrados, como en el caso de la política de la droga, esta interdependencia y la correspondiente ho-

[7] Referencias en St. QUENSEL, "Gedankegefägnisse und ihre drogenpolitische Wirsamkeit" en St. QUENSEL, *Drogenelend, Cannabis, Heroin, Methadon: für eine neue Drogenpolitik*, Frankfurt, 1982, ps. 23 y 24. La unidimensional (privilegiando los aspectos positivos y la homogeneidad de la imagen del problema de la droga en los diferentes medios) resulta también de una investigación llevada a cabo sobre la prensa española en el período de septiembre de 1985 a mayo de 1986. Véase J. L. PRIETO, *La imagen de la droga en la prensa española*, en "Comunidad y Drogas", nº 4, 1987, ps. 29-45.

[8] Véase a V. MEUDT, ob. cit., nota 6.

mogeneidad de los mensajes emitidos por los medios de comunicación es evidente, siendo, a su vez, elemento determinante de su autorreproducción material e ideológica.

En la reproducción del círculo de la droga, cada grupo de actores depende de los otros y los afecta. Así, para dar unos ejemplos, los políticos dependen de la imagen del problema social y de las actitudes establecidas en el público, de donde provienen sus electores. Los medios de comunicación de masas son dependientes en la selección de las informaciones, de las actitudes existentes en el público y de su demanda de información y respaldo para la propia imagen de la realidad. Activando y actualizando tendencias ya existentes en el público y ofreciendo a los individuos aislados un elemento masivo de agregación y consenso, afectan no solo la imagen de la realidad sino la realidad misma. Los expertos y científicos, así como las instancias de la justicia penal, dependen en su actitud y en su acción de la selección de informaciones efectuadas por los medios. Esta selección afecta la percepción selectiva de la realidad, a la que no escapa ni el mismo planteamiento científico de los problemas de la droga, es decir, la selección de los asuntos por analizar, de los factores y de sus interrrelaciones, de los métodos y del mismo marco teórico y conceptual de las investigaciones. De esta manera se puede resumir, con palabras de MEUDT, que "expertos, instituciones, público y prensa se fortalecen mutuamente... juntos, ellos combaten (en el plano real y en el simbólico) la "guerra contra el problema de la droga", que esencialmente se dirige contra los consumidores de droga"[9].

La elevada interdependencia de la homogeneidad de los mensajes de los medios de comunicación y la homogeneidad de las actitudes del público y de los otros actores en los sistemas cerrados, es un aspecto particular de la manera como, en general, se realizan los procesos de comunicación en las sociedades industriales avanzadas. La esfera de comuni-

[9] V. MEUDT, idem, p. 281.

cación de experiencias directas entre sujetos, cede cada vez más el paso, en nuestra sociedad, a una "comunicación a través de los medios". Este fenómeno es tan importante para la cualidad de la estructura social que, a buen derecho, la sociedad industrial avanzada viene definida también como "sociedad de la comunicación de masas".

Esta cualidad de la estructura comunicativa y de la estructura en general de nuestra sociedad puede ser comprendida mejor si se tienen en cuenta dos formas distintas que puede tomar el fenómeno de la "comunicación entre personas a través de los medios". El primer aspecto es el de "comunicación entre espectadores": los sujetos asisten contemporáneamente al espectáculo de la realidad provisto por los medios de comunicación. Esta forma de comunicación es al mismo tiempo una forma de aislamiento de los sujetos comunicantes. Desde este punto de vista podríamos llamarle "incomunicación de masas", porque el espectáculo al que asisten A y B (por ejemplo una pareja de cónyuges ancianos sentados en su casa frente al televisor) sustituye al intercambio de la experiencia directa de la realidad entre A y B, y es un espectáculo de masas visto al mismo tiempo por otros millones de espectadores.

El segundo aspecto es el que podríamos llamar "comunicación entre espectadores": sólo en parte o sólo aparentemente, en este caso, la incomunicación entre espectadores cede el paso a la comunicación entre personas. En efecto, A y B continuarán siendo en gran parte los espectadores del caso anterior, incluso cuando se comunican entre ellos. Comunicación entre espectadores significa que A y B tenderán a intercambiar, más que sus experiencias directas de la realidad, las experiencias del espectáculo de la realidad provisto por los medios de comunicación.

La comunicación entre espectadores y la comunicación a través de los medios, los dos aspectos de la interacción social en la sociedad de la comunicación de masas, son particularmente efectivas en la conservación de los sistemas cerrados. La sustitución de las experiencias directas por la ex-

periencia del espectáculo se da según los objetos que reciben la comunicación y según su distancia respecto de la experiencia cotidiana de los actores. Este fenómeno que ha sido llamado la "colonización de los *mundos de vida*" por parte del "sistema"[10], abarca igualmente los ámbitos de la vida cotidiana y afectiva; sin embargo, la represión de la experiencia directa se reproduce de manera más evidente en la esfera de la política. Esta esfera será sustraída de la experiencia directa mientras más lejanas sean las instancias de las decisiones políticas respecto de la realidad en la cual inciden; o sea, mientras más se pase de los niveles de las políticas locales a los niveles más abstractos de las políticas regionales, nacional e internacional, y mientras menos eficaces sean, entre los distintos niveles, los instrumentos de participación política de los individuos[11].

En una sociedad en la cual dicha participación tiende a decrecer (sociedad con tendencia tecnocrática), la política se convierte cada vez más en espectáculo[12]; los sistemas abiertos tienden a cerrarse; los sistemas cerrados tienden a ser siempre menos permeables a cambios. En ambos tipos de sistema se produce una cantidad de microcambios que en muchos casos cumplen la función de estabilizarlos en sus características principales. Este fenómeno de los "cambios que no cambian" se puede observar en el campo de la droga. Por ejemplo, hasta ahora los "cambios" introducidos en las leyes penitenciarias (piénsese en el caso italiano) para favorecer el tratamiento alternativo de drogadictos autores de

[10] Para los conceptos de mundos de vida y su colonización por parte del sistema en general, véase a J. HABERMAS, *Theorie des kommnikativen Handelns*, II, *Zur Kritik der Funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt, 1981.

[11] Véase en este sentido a Louk HULSMAN, "Drug Politics as a source of Drug Problems and a vehicle of colonization and repression" en Ch. KAPLAN, M. KOOYMAN y W. SENGERS. *Proceedings of the second workshop on drug policy oriented research*, Rotterdam, 1985, p. 81. Véase también en "Nuevo Foro Penal", n° 35, Bogotá, Temis, 1987, ps. 49 y ss.

[12] Véase para este enfoque el reciente libro de G. STATERA, *La política come spettacolo*, Roma, 1987.

ilícitos penales, o para trasladar la intervención de la justicia penal del consumo al tráfico, del pequeño al gran comercio de drogas, no han cambiado significativamente, pues las cárceles se encuentran cada vez más abarrotadas de drogadictos.

Si esta es una connotación de nuestra sociedad, significa también que todo el sistema social –no sólo en sus subsistemas– tiende a transformarse en un sistema cerrado que se autorreproduce material e ideológicamente, mientras más limitadas sean las posibilidades de romper el círculo y de cerrar la espiral de los subsistemas cerrados y del sistema total.

La situación del "sistema droga" es emblemática desde este punto de vista, teniendo en cuenta el traslado significativo de las instancias decisivas del ámbito nacional al internacional, consecuencia de la "internacionalización" de la política de las drogas iniciada con la "single convention" de 1961.

Tanto en general como en particular en este campo, para contrastar las tendencias tecnocráticas, se deberán introducir circuitos comunicativos "alternativos", un trabajo cultural y una política de emancipación de la información que se base en la experiencia directa de las personas y que sustituya la "comunicación entre espectadores"; que fomente la comunicación política de base[13] y la participación democrática de los ciudadanos en todos los aspectos decisionales de la política.

Se trata de la instauración de procesos antitecnocráticos de información y elaboración colectiva de la información que reivindique al hombre como sujeto y que se oponga a la lógica de los sistemas cerrados; que contribuya a cambiar la sociedad de la comunicación de masas, restituyendo al individuo y a los movimientos sociales el papel activo en la elaboración de las políticas.

[13] Sobre este concepto, véase a Gerhard SCHMIDTCHEN, *Die befragte Nation*, Freiburg, 1959.

2. Efectos primarios y efectos secundarios de la droga

Por efectos secundarios se entienden, en una importante dirección de la actual investigación científica, aquellos que son debidos a la criminalización. Efectos primarios son, por el contrario, aquellos que se pueden reconducir a la naturaleza propia de las sustancias sicotrópicas, independientemente de su criminalización. Por ejemplo, efectos negativos que pueden ser legítima razón de una política preventiva, educativa e informativa, son los daños para la salud del consumidor y el riesgo de adicción; pero estos efectos pueden producirse tanto con droga ilícita como con droga lícita. Por otra parte, no todos los efectos de todas las sustancias sicotrópicas son negativos, puesto que la calidad del efecto depende, como es sabido, no sólo de la cantidad farmacológica sino también de una serie de otros factores como: entidad del consumo, situación del consumidor, medio social en que el consumo se produce, etc. Nadie, en nuestra tradición cultural, podría poner en tela de juicio el efecto positivo de un buen vaso de vino o de una taza de café.

Según los resultados de las investigaciones sobre los efectos secundarios de las sustancias prohibidas[14], estos son los que, en comparación con los primarios, más trascendencia tienen, tanto respecto de los consumidores como respecto de la sociedad. Una característica de los efectos secundarios, que abarca todos los hasta ahora conocidos, es que, a diferencia de los primarios, los efectos secundarios parecen ser todos efectos calificables de negativos; por esto, también podemos señalarlos con el rótulo de "costos sociales" de la criminalización de la droga. Estos costos derivan en parte de la propia criminalización y en parte de la reacción so-

[14] Véase a Louk HULSMAN, ob. cit., nota 11; a A. PILGRAM, "Die kosten der kriminalisierung des Drogen", en R. MADER y H. S. STROTSKA, *Drogenpolitik zwischen Therapie und Strafe*, Viena 1980, ps. 117-148; y a S. SCHEERER, "Drogenkontrollen", en S. SHEERER – I. VOGT, *Drogen und Drogenpolitik. Ein Handbuch*, manuscrito de próxima publicación.

cial informal, es decir, de la actitud negativa del público, que está a su vez condicionada por la criminalización. En una consideración rigurosamente sistemática del círculo de la droga se podría, quizás, afirmar que es el círculo completo el que constituye el medio a través del cual se producen los efectos secundarios de la droga ilícita.

Hay acuerdo en la literatura reciente en clasificar los costos sociales de la criminalización de la droga con respecto a: 1) los consumidores, 2) su ámbito social, 3) el sistema de justicia penal, y 4) los sistemas alternativos de control de la drogadicción, en particular el sistema terapéutico asistencial y el sistema educativo. Se podría añadir, por las razones sistemáticas que se indicarán, un quinto punto, concerniente a los efectos sobre el mercado de la droga.

1) Con respecto a los consumidores es útil tener en cuenta una distinción propuesta por SENGERS[15] para el estudio de la etiología en este campo, entre consumidores, adictos y "junkyzados". Ciertamente la "junkyzación" de los adictos es un efecto de la criminalización de la droga; su aislamiento social es efecto de la estigmatización masiva de la cual son objeto y que determina la tendencia a buscar respaldo, por la propia percepción de la realidad, en el interior de la subcultura de los adictos. Buena parte de los efectos que a menudo, inexactamente, se estudian como efectos primarios de la droga sobre los adictos, resultan en realidad efectos secundarios. La falta de diferenciación nos explica las incongruencias en las que, a veces, cae el planteamiento etiológico de la criminología tradicional y sus indecisiones en buscar la causa de la criminalidad en la droga, o, viceversa, la de la drogadicción en la criminalidad. En realidad, la mayor parte de los efectos más graves de la droga sobre la salud y el *status* social del drogadicto dependen de las condiciones en las que el consumo de la droga ilícita se realiza en un régimen de prohibición; la calidad de las sustancias que llegan

[15] W. SENGERS: "In search of major problems about the prevention of junkyzation" en Ch. KAPLAN, M. KOOYMANN y W. SENGERS, ob. cit., nota 11.

a la calle, no controladas, por el hecho de ser una mercancía ilícita; las condiciones higiénicas y de vida en las que el consumo se realiza y que añaden muchos nuevos riesgos a los efectos primarios; los precios elevados de la droga, que tienden a colocar a los adictos en los ámbitos criminales del comercio para procurársela, o a determinar otros comportamientos ilícitos con la misma finalidad. La investigación sociológica ha mostrado que los primeros contactos de los jóvenes consumidores de droga con la policía son los que a menudo los insertan en la carrera de adictos[16]. Lo mismo se puede decir por la detención en la cárcel, escuela no solo de criminalidad sino también de la droga.

Los efectos secundarios de la droga sobre los "junkyzados" son, como se ha dicho antes, el momento en que la política de la criminalización y el estereotipo del drogradicto, amplificado por los medios de comunicación de masas, producen su propia realidad. "La política de la droga determinada por esta estructura de actitud –escribe QUENSEL[17]– produce así su propia realidad como lo demuestra su historia en el último decenio."

Esta historia, en los Estados Unidos y en Europa es, en nuestros días, el resultado final del proceso llevado a cabo por efecto de la criminalización sobre la escena de la droga: su transformación de la escena "blanda" de los años sesenta, a la escena "dura" de los años setentá. Es este un fenómeno que no carece de inquietantes analogías con la transformación de las formas "blandas" de protesta política juvenil de los años sesenta en Europa, en formas de violencia política propias de los años setenta, debido fundamentalmente a la desproporcionada represión policial de los movimientos de protesta de este último decenio[18].

[16] C. R. SANDERS, "Caught in the 'Can-Game', the Young white drug user's contact with the legal System" en *Law and Society*, IX, 1975, ps. 197-217.

[17] ST. QUENSEL, ob. cit., nota 7, p. 35.

[18] Véase para esta interpretación a F. SACK y H. STEINERT, *Protest und Reaktion. Analysen zum terrorismus*, a cargo del Bundesminister des Inneren, vol. IV, Westdeutscher Verlag, 1984.

Aun la condición psíquica de los drogadictos "junkyzados" asume, por efectos de la represión y de la estigmatización, las características del estereotipo hoy dominante, produciéndose en los sujetos más sensibles síndromes de ansiedad, de aislamiento y hasta trastornos de personalidad que el "discurso oficial" sobre la droga, el discurso interno del sistema autorreferencial, indica como típicos del drogadicto y efectos (primarios) del consumo de droga.

2) También el ámbito social inmediato de los drogadictos está negativamente afectado por su "junkyzación" y estigmatización. El sufrimiento de los padres y de las personas próximas a los "junkyzados", el riesgo de marginación que también los incluye, los graves y dramáticos trastornos de los drogadictos en relación con su ámbito social natural, son aspectos trascendentales del problema social de la droga que derivan en su mayor parte de la situación en la que el drogadicto se encuentra por causa de la prohibición penal.

Para evitar formarse una imagen inexacta de los efectos secundarios de la droga sobre los consumidores y su ámbito social, es oportuno hacer precisiones. Nada está más lejos de la realidad del mundo de las drogas, que verlo unidimensionalmente bajo la imagen dramatizada de la "escena"[19]. El mundo de la droga son los mundos de la droga, y además de la "escena" que se caracteriza por su enorme visibilidad social, iluminada noche y día por los reflectores de la información de masas, hay otros mundos discretos, invisibles, y en este sentido, privilegiados. Hay innumerables consumidores y adictos a la droga que, al contrario del estereotipo de la "escena", siguen jugando sus papeles de profesionales y empleados sin mayores perjuicios para su identidad social. Ya se ha venido notando, por ejemplo en Italia, una tendencia de transformación del mundo de la droga hacia este tipo de consumidor: el que tiene la actitud de "pincharse" el sábado pa-

[19] Para una relativización de la imagen del consumidor de heroína, construida exclusivamente sobre el farmacodependiente, véase, entre otros, a G. ARNAO, *Il dilema eroina*, Milano, 1985.

ra ir a trabajar el lunes[20]. Pero el privilegio de la participación en estos mundos discretos de la droga es, como otros recursos, distribuido desigualmente en nuestra sociedad. También en el sistema de la droga, la pertenencia a grupos sociales menos aventajados produce una mayor exposición al ser insertado en el mundo marginalizado y criminalizado de la "escena", mientras que la participación en el consumo de drogas está distribuida en todas las capas sociales.

3) Los efectos negativos de la criminalización de la droga sobre el sistema de la justicia penal no son menos considerables. En primer lugar, el "nuevo" asunto ha polarizado una parte del sistema penal nacional e internacional en una tarea que, a luz de la experiencia, es prácticamente imposible, sustrayéndoles a tareas quizá, más adecuadas. No obstante los éxitos de los que los medios de comunicación de masas cotidianamente nos informan (detenciones, confiscación de sustancias), no se puede notar, en una escala mundial, un apreciable impacto de la represión penal sobre la circulación nacional e internacional de la droga y sobre el consumo. Situaciones de estancamiento, en ciertos países, del consumo de determinadas drogas, no pueden ser relacionadas con evidencia cientifica con el impacto de la acción penal. Por el contrario, las experiencias de descriminalización de hecho del cannabis, realizadas en Holanda[21] y en algunos Estados de EE.UU.[22], muestran lo insignificante que es este impacto, ya que el consumo en estos casos no ha crecido.

También el aumento de la población carcelaria, debido a las detenciones por ilícitos en materia de drogas, así como la epidemia del consumo de drogas y derivados baratos de ella en las cárceles de muchos países, pertenecen a los costos sociales de la criminalización sobre el sistema de la justicia pe-

[20] Véase C. CALVARUSO, "Droga in Europa: quialità delle esperienze a confronto" en *Comunicazione e droga, atti den Convegno "Droga e flussi informativi in Europa"*, Roma, 11-13 novembre 1985, Roma, 1986, ps. 17-25.

[21] Véase a Louk HULSMAN, op, cit., nota 11, p. 70 y ss.

[22] Véase a ST. QUENSEL, "Zur Ideologie des Cannabisverbots", en ST. QUENSEL, ob. cit., nota 7, ps. 76-95.

nal[23]. Un observador empírico que procediera de otro planeta y que por lo tanto fuera ignorante de otras razones que pudieran explicar el uso del sistema de la justicia penal en el control de este problema, se encontraría seriamente fastidiado al ver personas que por tener y consumir droga son arrancadas de la calle y confinadas, como reacción a esta actitud, en lugares cerrados en los que la circulación de la droga se presenta en una concentración tremendamente mayor que en el mundo exterior.

Serios son los riesgos de degeneración y hasta de corrupción del sistema de la justicia penal (cuya base objetiva está dada por la tendencia a la legislación sobre drogas, a apartarse de los principios generales del derecho y especialmente de la policía, debido a las formas características de este campo de acción, así como de otros campos de "crímenes sin víctimas"[24]), de asegurarse éxitos en la búsqueda de pruebas sin contar con la denuncia y la colaboración de las víctimas.

Las prácticas ilegales o semilegales de negociación con delatores de la "escena" mediante la garantía de cierta inmunidad a cambio de "colaboración", de introducción de agentes provocadores y otras prácticas dudosas de la policía al margen de la legalidad, han sido objeto de análisis y de denuncias en una literatura ya clásica[25].

No sólo desde el punto de vista de las prácticas policiales, sino también desde el de la contradicción con algunos principios básicos del sistema punitivo del Estado de Dere-

[23] En una recientísima investigación realizada por el Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para la Defensa Social (UNSDRI-Roma), sobre medidas penales en el campo de la droga en un número representativo de países con diversos sistemas políticos y distintos niveles en desarrollo, se señala la tendencia de las legislaciones penales en materia de droga, a apartarse de los principios generales del derecho. Cfr. UNSDRI: *Drugs and Punishment. An up to date interregional survey on drug-related offeners*, Roma, 1988.

[24] Sobre el concepto de "crimenes sin víctima" véase a E. D. SCHUR, *Crimes without victims. Desviant behavior and public policy*, Prentice Hall Inc., New Jersey, 1965.

[25] Véase a H. H. SKOLNICK, *Justice without Trial*, New York, 1973.

cho, la criminalización de la droga produce efectos negativos para el sistema de la justicia penal. La idea de un derecho penal mínimo, como criterio inspirador de una justicia penal ajustada al Estado de Derecho y a los derechos humanos[26], impone para la criminalización de comportamientos problemáticos que se verifiquen algunas condiciones *sine qua non*. En primer lugar, se trata del principio de legalidad. Este se encuentra comprometido, por la práctica de negociaciones, con el mundo de la delincuencia y la inmunidad de los informadores. En segundo lugar, el principio de idoneidad impone que se compruebe con métodos rigurosos que la criminalización es un método útil para controlar un determinado problema social: las experiencias y las investigaciones sobre el impacto de la justicia penal, con referencia al problema de la droga, demuestran que la criminalización se realiza sin respetar este principio. También el principio de la subsidiariedad, que impone la previa comprobación de que no hay alternativas adecuadas, es violado por la intervención del sistema punitivo que no solamente no tiene en cuenta las alternativas existentes, sino que afecta negativamente a los sistemas terapéutico-asistencial y educativo utilizados en concurrencia con el de la justicia penal.

El principio de proporcionalidad de la pena a la gravedad del daño social del delito también es violado por una legislación que ha visto aumentar, en lugar de disminuir, la severidad de las penas. En el caso de la tenencia y consumo de drogas este principio tendría que ser aplicado con un rigor particular, correspondiente a la coherencia lógica de sistemas punitivos que, en principio, no criminalizan la autolesión, ni siquiera la tentativa de suicidio.

Finalmente, el principio de racionalidad, que impone evaluar las opciones a favor o en contra de la criminalización teniendo en cuenta el cálculo comparativo de los "beneficios" (pero ¿hay beneficios?) y los costos sociales de la criminali-

[26] Véase a Alessandro BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 3, 1985, ps. 443-473.

zación, está claramente violado con la política actual de la droga, si se piensa que ningún discurso científico ha logrado en los últimos tiempos demostrar los beneficios de la criminalización, en tanto que, por el contrario, muchos han demostrado sus costos sociales. La criminalización de la droga expone el sistema penal a graves contradicciones internas[27]. El elevado índice de reincidencia y el escaso éxito preventivo, que son características de la intervención penal sobre el problema de la droga, expone al sistema de la justicia penal a una potencial crisis de legitimación y credibilidad, más evidente aún de la que se produce en general con respecto al impacto del sistema carcelario sobre los problemas sociales.

4) Los efectos de la criminalización no son menos negativos para el funcionamiento de otros sistemas de control, v. gr. el terapéutico-asistencial y el educacional. La criminalización impone al tratamiento terapéutico-asistencial condiciones contradictorias con sus métodos más progresivos. Prácticamente el sistema de tratamiento y asistencial insertado estructuralmente en el marco de la justicia penal. Legislaciones sobre la droga, como por ejemplo la alemana actual, reformada en 1982, que pretenden "dar la prioridad" al tratamiento, demuestran en la práctica sus contradicciones con esta finalidad declarada. En primer lugar, los límites máximos de pena para lograr el beneficio del tratamiento alternativo al sistema penal, son fácilmente sobrepasados a causa de previsiones de pena para la tenencia de sustancias sicotrópicas o en razón de la discrecionalidad de criterios para la aplicación de la pena, como el de "la modesta cantidad" de sustancia poseída, introducido por la ley italiana en 1975. La consecuencia es, a menudo, una previa encarcelación que puede perjudicar gravemente las actitudes del dro-

[27] Véase en este sentido, en relación con la legislación penal española y con las actuales tendencias para su reforma, a J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente*, en "Anuario de Derecho Penal", Madrid, 1987; y C. GONZALEZ ZORRILLA, *Drogas y control social*, en "Poder y Control", nº 2, 1987, ps. 49 y 65.

gadicto para someterse a tratamiento voluntario dentro de un régimen de libertad. En segundo lugar, la revocatoria del privilegio del tratamiento alternativo en el caso de interrupción de este por culpa del drogadicto (y prácticamente de recaída) prevista por legislaciones como las ahora mencionadas, introduce un elemento de precariedad y de amenaza muy perjudicial en el curso de tratamientos "voluntarios". Se sabe que la recaída y la interrupción del tratamiento pueden ser consideradas fisiológicamente como un momento del desarrollo de la desintoxicación y no necesariamente significar el fracaso del tratamiento mismo. En tercer lugar, la función de control que muchas legislaciones asignan de hecho al personal sanitario y asistencial con respecto a las informaciones que deben allegar a los órganos competentes de la justicia penal para demostrar que siguen existiendo las condiciones para el privilegio, influye negativamente sobre la relación, que tiene que ser de plena comunicación y confianza, entre médico o psicólogo y paciente o entre asistente y asistido.

Por lo que concierne al sistema educacional, en no pocas acciones llevadas a cabo en el marco escolar o a través de los medios de publicidad, se ha manifestado el límite estructural de una metodología educativa basada exclusivamente en el estereotipo negativo de las drogas y sus consecuencias, dominado simbólicamente por la criminalización, en vez de serlo en contenidos y en proyectos positivos. Por otra parte, la homologación de drogas blancas y duras en acciones pedagógicas, la confusión del consumo con la adicción y la degeneración física y psíquica del consumidor, pueden dar lugar, cuando se dirigen a un público juvenil con experiencias disonantes con los contenidos de las acciones, a los llamados "efectos bumerang". Se producen estos efectos, que son los opuestos a las finalidades de la acción pedagógica, cuando la contradicción entre su contenido y la experiencia del destinatario, determinan en este una actitud de rechazo del mensaje pedagógico y de la autoridad que lo emite. Igualmente, se pueden considerar consecuencias del impacto del

estereotipo del mundo de la droga dominado por su criminalización sobre la actividad de las instituciones que actúan en el sector pedagógico-informativo.

No sorprende que una política de información sobre drogas, en las condiciones impuestas por el círculo de la criminalización, pueda incluir un índice elevado de inexactitudes y errores que los programas de evaluación de proyectos fácilmente detectan. Así, por ejemplo, una investigación llevada a cabo por el National Council on Drug Education ha comprobado que el 84% de una muestra de 220 películas sobre el consumo de droga, ofrece inexactitudes desde el punto de vista científico y errores psicológicos[28].

A fin de que una política de clarificación pueda tener éxito con respecto a los intereses de jóvenes consumidores, potenciales o reales, esta política debe previamente liberarse de su pertenencia al círculo de la criminalización y renunciar a la pretensión de imponer el *statu quo* de la política de la droga. En este sentido, sólo disminuyendo la disonancia entre la realidad definida según el *statu quo* y las definiciones de la realidad propias de los consumidores y de los destinatarios de la acción pedagógica, es pensable una adecuada política informativa-educativa.

5) el de los aspectos económicos de la criminalización de la droga es un discurso que, además de los "efectos", concierne a las "relaciones funcionales" de la criminalización, con objetivos intencionalmente perseguidos por parte de grupos interesados en la criminalización o –más allá de los intereses de actores particulares– con la "lógica" o la "racionalidad" que corresponde al sistema económico-político en general y a su reproducción. Pero es siempre posible aislar unos efectos económicos de la criminalización para manejarlos provisionalmente en la reconstrucción del propio subsistema de control de la droga, sin perjuicio de una ulterior "interpretación funcional" a la luz de las relaciones del subsistema con el sistema económico-político global. Así, es posi-

[28] Referencias en PILGRAM, ob. cit., nota 14, p. 143.

ble y oportuno resaltar –en un análisis de los costos sociales del sistema del control criminal de la droga– el hecho, ya analizado en profundidad por la ciencia económica y en particular en el marco de una teoría sistemática del sistema[29], de la que la criminalización de drogas introduce una variable artificial de efecto trascendente en la estructura del mercado de estas. Lo cual significa el aumento hasta de mil veces el precio "en la calle" de sustancias, comparado con lo que podría calcularse el valor de ellas en un mercado sin prohibición. La trascendencia de esta variable introducida en el mercado de la droga para la magnitud que adquiere el problema social de la dependencia de las drogas es enorme. Buena parte de los efectos secundarios de la droga sobre los distintos sectores, de los que se acaba de hablar, tienen en este elemento económico estructural su verdadera raíz.

En particular, la inserción de la criminalidad organizada en éste, como en, otros mercados en los que la prohibición produce una relación entre inversión y beneficio impensable para el mercado de bienes o servicios ilícitos, está en el centro de la atención de la literatura. En esta perspectiva, adquiere gran trascendencia la situación de la mayoría de los adictos "junkyzados", que se convierten, en parte, en los últimos peones, en el más explotado y reprimido anillo de la cadena del comercio de la droga.

Su participación "proletarizada" en el gran ciclo de la economía de la droga es comparable sólo, si hablamos de los drogadictos peones de los países centrales, con la de los campesinos del Tercer Mundo –productores de las sustancias básicas de las drogas– privilegiados con respecto a los desheredados de su mismo país pero no menos explotados y disciplinados en el sistema de la droga que los drogadictos que se encuentran en el externo opuesto del sistema.

Como en todos los sectores de la demanda y las necesidades que la determinan, el consumo de la droga está ya

[29] Véase a H. J. JUNZ, *Marktsystetme und Information. Konstitusionelle unwissenheit als quelle von Ordnung*, Tübingen, 1985, p. 93 y ss.

afectado negativamente por la estructura misma de su economía de mercado, como es la economía capitalista, en la cual la producción no está fundamentalmente determinada por las necesidades del hombre productor y consumidor, sino que estos son potencial o actualmente manipulados y el hombre convertido en un instrumento de magnificación del beneficio y de acumulación de capital en el interés de la reproducción del sistema económico global. Esta situación de subordinación estructural al productor-consumidor en un sistema productivo, cuyo verdadero centro y sujeto no es el hombre sino el "sistema" mismo que se autorreproduce a su costa; esta perversión fundamental de la relación entre ser humano y sistema, por la cual el sistema usurpa la calidad de "sujeto" que le compete al hombre[30], ya tiene por sí misma efectos negativos desestabilizantes en lo que se refiere a un consumo cultural e higiénicamente idóneo de ciertas drogas. Pero la intervención del sistema de la justicia penal sobre el mercado de la droga ha agravado enormemente la situación a costa de los consumidores y de toda la sociedad, convirtiendo su demanda en la condición necesaria y suficiente para la perpetuación de un proceso de producción de grandes beneficios y de acumulación de capital.

3. "Fracaso" o "éxito", "racionalidad" o "irracionalidad" de la política del control de la drogadicción: relatividad de la distinción

Considerando los resultados del análisis de los costos sociales de la criminalización de las drogas y el insignificante impacto de esta politica sobre la oferta y la demanda de sustancias ilícitas, ¿seria legitimo hablar del fracaso de la actual política criminal respecto del problema de la dependencia a las drogas? Pero ¿es adecuado hablar de fracaso? ¿No

[30] Véase a Alessandro BARATTA, *Notas para una teoría de la liberación*, en "Poder y Control", 1, 1987, ps. 107-118.

se quedaría este tipo de planteamiento insertado en el "círculo" de la criminalización, en el sistema cerrado del cual esta hace parte? Así como para la cárcel, vieja institución de la cual desde hace mucho tiempo los críticos declaran su fracaso, así también para la criminalización de las drogas un discurso científico debe considerar no sólo las funciones declaradas de dicha institución (control de la criminalidad, control del consumo, que no se cumplen), sino, igualmente, las funciones latentes pero reales que sí cumplen[31].

FOUCAULT[32] nos ha mostrado lo productivo que es, para un análisis científico de la cárcel, dejar de un lado la perspectiva ideológica del fracaso y utilizar la historia del éxito; dejar de lado las funciones declaradas para interpretar el fenómeno por medio de una reconstrucción de las funciones realmente cumplidas. Desde este punto de vista es posible, en efecto, reconstruir funciones económicas y políticas que puedan explicar históricamente cuán exitoso ha sido y sigue siendo el gran esfuerzo llevado a cabo para la construcción de la actual política de la droga en los años sesenta; su utilización y mantenimiento en nuestros días, no obstante la evidencia del fracaso.

En una consideración más amplia del problema de la droga, se debe, en primer lugar, analizar la interrelación funcional que existe en el sistema económico mundial entre la circulación legal y la ilegal de capitales; en segundo lugar, se debe resaltar la gran oportunidad de control político de contraculturas que amenazan el *establishment* de la sociedad norteamericana y europea y que le proporcionaron la drama-

[31] Véase a Robert MERTON y K. ROBERT, *Manifest and latent functions in social theory and social structure*, 2ª ed., Ilinois, 1957, ps. 19-84. Sobre las funciones latentes del sistema penal, véase a H. STEINERT, "Über die Funktionen des Strafrechts", en M. NEIDER, *Festschrift für Christian Broda*, Viena, 1976; a Gerlinda SMAUS, "Technokratische Legitimierungen des Strafrechts", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, VI, 1, 1985, ps. 90-103; y a Alessandro BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en "Poder y Control", nº 0, 1986, ps. 77 y ss.

[32] Véase a Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 5ª ed., España, 1981.

tización de la llamada "crisis de la heroína" en este período[33], así como la oportunidad de intervención en otros países que la criminalización de la droga ha permitido y permite a favor del *establishment* internacional del poder (piénsese en el caso de Bolivia y otros países latinoamericanos)[34].

Para comprender histórica y sociológicamente el actual círculo de la droga, es necesario ante todo liberar la fantasía teórica de su subordinación al círculo mismo; abandonar el punto de vista interior del sistema cerrado de la criminalización y adoptar decididamente un punto de vista externo. Sólo así, desarrollando un verdadero metadiscurso que tenga por objeto el círculo de la droga y los discursos que de él hacen parte (de expertos, de políticos, de instituciones, medios de comunicación y del llamado "sentido común"), será posible liberarnos de las que han sido llamadas a este respecto "cárceles del pensamiento"[35]. Son cárceles en las cuales el mismo pensamiento científico corre el riesgo de quedarse prisionero, manteniéndose así como instancia de perpetuación del *statu quo* y como responsable, al mismo tiempo, del fracaso de la política de las drogas (con respecto a las exigencias incontestables de contrarrestar los efectos primarios negativos de muchas sustancias tóxicas, estupefacientes y sicotrópicas) y de su éxito (con respecto a funciones que a menudo escapan al mismo pensamiento científico).

Se pretende aquí hacer una introducción al punto de vista criminológico sobre el problema de las drogas. Sin embargo, a este propósito es más preciso hablar de los "pun-

[33] Véase a C. W. LIDTZ y a L. WALKER, "The Drug Crisis Doing morality as a Societal Process", en C. W. LIDTZ y A. L. WALKER, *Heroin Desviance and Morality*, London, 1980, ps. 35-85.

[34] Para unas primeras indicaciones en esta dirección de análisis, véase a Rosa DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, en "Poder y Control", nº 2, 1987, ps. 23-48; y a Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, "Hacia una alternativa en la política de las drogas en América Latina". Ponencia presentada en las Jornadas Hispanocolombianas de Derecho Penal, Barcelona, 1987. En prensa.

[35] Véase a ST. QUENSEL, ob. cit., nota 7.

tos de vista" de "las" criminologías, antes que de "la" criminología. Haciendo una polarización que parece simplista, hay una criminología que está en lo interior y una criminología que trata de colocarse en lo exterior del sistema cerrado de la política de la droga[36]. Lo que puede decirse para la criminología tiene validez para la racionalidad, pues no hay "racionalidad" e "irracionalidad", hay dos racionalidades de las que se derivan dos modelos de política racional de la droga, según que se coloque al hombre como criterio de valor en el centro del sistema político económico, o que se haga del sistema el centro en lugar del hombre; un raciocinio de sistema en el cual el hombre es un subsistema funcional del sistema existente y de su reproducción, y una racionalidad para el hombre en la que los hombres se unen para cambiar el sistema y lograr una existencia más digna y libre para todos.

En mi opinión, la política actual de las drogas se encuentra en lo interior de la primera racionalidad y las políticas alternativas, en el de la segunda. Ellas cuentan cada vez más con una labor difundida en todos los países, por científicos, profesionales y voluntarios pertenecientes a diversas confesiones religiosas, o laicos, pero coparticipes de la misma religión del hombre.

4. La hipótesis de la descriminalización y las respuestas alternativas al problema social de la drogadicción

Modelos alternativos de intervención preventiva y terapéutico-asistencial sobre el universo total de las drogas existen hoy y se están desarrollando cada vez más con el objeto de poder controlar los efectos primarios negativos que aquellas producen sobre los individuos y la sociedad y delimitar

[36] Véase a Alessandro BARATTA, *Die kritische Kriminologie und ihre Funktion in der Kriminalpolitik*, en "Kriminalsoziologische Biographie", XII, 49, 1985, ps. 38-51.

drásticamente los gravísimos costos de la intervención penal; dichos modelos son vistos como una utopía, pero si no parecen bastante prácticos es porque todavía no se han utilizado. El principio de esta alternativa no es el sistema sino el hombre, no es la represión sino la curación y la asistencia, pero, sobre todo, la prevención de la demanda, cuyo enfoque son las necesidades de los seres humanos. Sin embargo, esta política de prevención de la demanda no es tanto la política de su manipulación desde arriba, sino, sobre todo, una política del desarrollo de las condiciones adecuadas para la liberación de las necesidades reales.

Si la demanda de la droga surge hoy en día, en gran parte, de la necesidad de escapar de las angustias de la realidad, liberarse de esta necesidad significa sobre todo construir el proyecto de una realidad, es decir, de una sociedad más justa y humana, que no produzca demanda para eludirla sino para vivirla.

El enfoque principal de una política alternativa del control de la dependencia de las drogas ya está presente en las recientes tendencias de algunos legisladores europeos hacia la descriminalización del consumo y la tenencia de la droga con este fin. Piénsese, por ejemplo, en las legislaciones española, holandesa, italiana y alemana. Pero las experiencias en estos y otros países muestran que para lograr una verdadera descriminalización del consumidor es necesario ir más allá de las actuales legislaciones y, sin temer acabar con tabúes profundamente arraigados en nuestras sociedades, plantear una política de descriminalización y de control alternativo al penal, así como en el sector de la producción y del tráfico. Sin este paso ulterior el tratamiento del consumidor, alternativo al penal, seguirá siendo una utopía, pues, como sabemos, la mayor incidencia de la justicia criminal se realiza sobre los consumidores.

Quizá una política general de descriminalización sea, al final, una utopía más concreta, es decir, más realizable que la perseguida por nuestras legislaciones. Dicha política de descriminalización parece todavía impopular, pero en parte,

porque se confunde descriminalización con desreglamentación, como si acabando con el empleo del instrumento penal, con la producción, el tráfico y el suministro de drogas quedaran sin ningún control por parte del Estado y de la comunidad. Los expertos y los estudiosos partidarios de un cambio en la actual política antidroga están lejos de creer que descriminalización signifique esto. Significa, en cambio, solo la eliminación parcial de la intervención de un sistema de control con escasa eficacia y graves efectos negativos, y, al mismo tiempo, dar mayor espacio y recursos a la intervención de sistemas más adecuados, como el informativo-educacional y el terapéutico-asistencial. Normas administrativas de control, apoyadas por sanciones adecuadas y razonables, serían de todas formas necesarias en el caso de una descriminalización de la producción y del tráfico[37]. Se trata, entre otras cosas, del control de la calidad de las sustancias, de la prohibición de suministrarlas a menores y drogadictos, del control del uso de drogas en el ámbito del transporte vehicular y en ciertos trabajos; de la prohibición de publicidad (para extenderla, naturalmente, a todas las drogas peligrosas, incluidas las que hoy son ilícitas); se trata, en fin, del control administrativo y fiscal de la actividad productiva y comercial relacionada con la droga, para impedir la formación de monopolios y nuevas formas de injerencia de la criminalidad organizada en este sector, e, igualmente, de establecer nuevas relaciones políticas internacionales entre iguales, e intervenciones no represivas y destructivas tendientes a incentivar la producción agrícola alternativa en los países productores, para regresar la producción de los cultivos base de la droga a sus originarios límites culturales y tradicionales.

[37] Véase a DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., nota 27

¿TIENE FUTURO LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA? REFLEXIONES SOBRE EL MODELO INTEGRADO DE LAS CIENCIAS PENALES Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD EXTERNA*

Resumen

Un sintético recorrido histórico-filosófico por el tema de la función punitiva en Europa, con especial énfasis en el presente siglo, en el cual las disciplinas sociales, sobre todo la sociología, coadyuvaron a la reafirmación de la pena privativa de libertad, ponen en evidencia los déficit que las promesas de la modernidad arrojan en el plano de la justicia. Frente a esto, la sociología del conocimiento de la organización científica y didáctica dirigida a la dogmática del derecho penal no ha dado gran contribución, más bien el análisis se ha quedado en la crítica de los elementos ideológicos de la ciencia jurídico-penal. Se requiere entonces, dirigir la atención al examen de la función argumentativa y del control decisional que ejercitan los instrumentos dogmáticos sobre la estructura y los mecanismos decisionales y sobre las decisiones del sistema. Esta tarea concierne a una epistemología y metodología apropiada. Por otro lado, siempre teniendo como centro el paradigma de la reacción social, al análisis de la integración del derecho penal y la criminología, corresponde un canon de interdisciplinariedad interna y externa. La primera posibilita un control formal y jurídico sobre los diversos principios del derecho penal liberal, y un control externo, basado en criterios de justicia material y político que apunten a la selección y defensa de los bienes jurídicos a través del control de comportamientos y situaciones problemáticas. El destino de la criminología crítica depende de los dos aspectos citados.
Palabras clave: criminología crítica, modelo integrado, ciencias penales, interdisciplina.

* Publicado en "Capítulo Criminológico", vol. 23, nº 2, 1995. Edición especial, XX Encuentro Latinoamericano de Criminología, 17 al 21 de julio de 1995.

La función punitiva es continua en la historia de la civilización occidental y omnipresente en el mundo humano. Sin embargo, a pesar de ser posible reconstruir las modalidades y las interrelaciones de esta función con la estructura social, no habria ningún fundamento científico para sostener que la misma deriva, de acuerdo con las formas conocidas en nuestra cultura, de una necesidad o justicia "natural". En efecto, existen civilizaciones donde esta función parece haber sido substituida por prácticas restitutivas, o que por lo menos estén desprovistas de las formas violentas y crueles con las cuales estamos habituados a asociarlas prevaleciendo, al contrario, modalidades simbólicas heteropunitivas o autopunitivas, que presentan un bajo nivel de agresividad.

En el camino hacia la Europa de nuestros tiempos se ha reconocido con la llegada de la modernidad, el inicio de la transformación de una era a través de la cual la función punitiva se separa definitivamente, tanto de los modelos rituales de la venganza privada como de aquellos inquisitoriales y sanguinarios, que fueron también la expresión premoderna de una teoria funcionalista de la pena basada en la defensa de bienes públicos de primera importancia: la autoridad de la iglesia, la majestad del soberano.

Las promesas de la modernidad, tal como lo afirman De Souza Santos y otros autores, tocaron también a la función punitiva traduciéndose esencialmente, en este campo, en la autolimitación del "nuevo" poder estatal que surge reivindicando el monopolio de la violencia física. Esta autolimitación significa sobre todo: a) la concepción de la pena como derecho-deber del soberano; b) la racionalidad "funcional" de la pena como instrumento de defensa de bienes jurídicos fundamentales (el "catálogo" de los bienes que deben ser protegidos penalmente se ha ampliado en proporción geométrica de acuerdo con la extensión de las funciones del Estado en el desarrollo sucesivo); c) la limitación de la pena a manera de respuesta a los comportamientos de personas físicas previstos por la ley (principios de personalidad y de legalidad) y

la constatación del hecho delictivo a través de un proceso que obedece a reglas establecidas (principio de la verdad procesal); d) la preeminencia de los bienes jurídicos protegidos, la insustituibilidad de la pena (principio de subsidiariedad) y la igualdad de los ciudadanos frente al sistema de justicia criminal.

Así mismo, es solamente con la Ilustración y con la teoría liberal clásica del Derecho penal (BENTHAM, BECCARIA, Anselm FEUERBACH y otros) que el programa de la modernidad se traduce en el núcleo de una doctrina jurídico-filosófica secularizada de los delitos y de las penas, mientras que la formación de una ciencia moderna de la dogmática del Derecho penal entra en su fase decisiva en la Europa continental solamente a fines del siglo pasado e inicios del presente.

Quedan marginados de este acontecimiento europeo occidental, por motivos que son absolutamente diferentes entre ellos, los desarrollos de la doctrina del Derecho penal en el área anglosajona y en la francesa. No obstante, y a pesar de las profundas diferencias sistemáticas y metodológicas y del desarrollo académico diferenciado de estas tres áreas, es posible reconstruir un mínimo común denominador en la elaboración de la teoría jurídica del delito y de la pena en la Europa de nuestro siglo, procediendo con un método analítico de tipo comparativista, pero con la finalidad de hacer una reconstrucción global sobre la legislación, como también sobre la doctrina y la jurisprudencia dominantes.

La hipótesis de la reconstruibilidad de un denominador común mínimo desde el punto de vista lógico, pero de notable consistencia de contenido, se basa también en el hecho de que el Derecho penal y su discurso oficial (la doctrina jurídica de los delitos y de las penas), a diferencia quizás de todo otro sector de la regulación jurídica, giran, en cada una de las tres áreas consideradas, en torno a una pregunta única y fundamental: ¿Cuáles son y cómo pueden ser construidas sistemáticamente las variables "declaradas", es decir, los criterios normativos vigentes que regulan la atribución de responsabilidad penal? En consecuencia, el campo del aná-

lisis comparativo tendrá que extenderse, en líneas generales, al Derecho procesal.

Atribución de responsabilidad penal significa: aplicación y medida de las sanciones previstas por la ley penal en todo sentido, comprendiendo las sanciones penales administrativas, las medidas previstas para los menores de edad y para las personas con incapacidad o limitada capacidad de motivación, que resulten autores de delitos o infracciones administrativas.

En las primeras décadas de nuestro siglo la criminología positivista se afirma como teoría etiológica del delito y teoría tecnológica de la política criminal y, como la más importante de aquellas disciplinas metajurídicas que, conjuntamente con la dogmática del Derecho penal, concurren en la constitución de un modelo "integrado" de ciencia del Derecho penal (la Gesamte Strafrechtswissenschaft de von LISZT).

A partir de los años cuarenta en los Estados Unidos y, en las décadas sucesivas, en Gran Bretaña y después en Europa continental comienza a ser contrastado el predominio de la criminología positivista y, más en general, del paradigma etiológico en la sociología de la desviación, a través de la introducción y el desarrollo de un paradigma alternativo, cuyo origen se encuentra, sobre todo, en el interaccionismo simbólico y en los estudios de la etnometodología. Como se sabe, este paradigma alternativo (paradigma de la reacción social) ha puesto en primer plano, en el estudio de la desviación y de la criminalidad, los mecanismos de definición y de etiquetamiento, institucionales e informales y, por consiguiente, el proceso de criminalización primaria (formación de la ley penal) y secundaria (aplicación de la ley penal).

De este modo, en Europa entraba en crisis, por lo menos a partir de los años sesenta, el modelo integrado de la ciencia penal que había sido construido por von LISZT. La sociología criminal no es más, según la "nueva" perspectiva, una ciencia auxiliar de la dogmática penal y de la política criminal oficial: su punto de vista deja de ser interno para convertirse en externo al sistema de la justicia criminal. El sistema

de la justicia criminal se convierte en el objeto de un saber que se aleja cada vez más de la criminología tradicional y se aproxima a una teoría y una sociología del derecho penal, ambas en el vasto sentido de la palabra, refiriéndose no solamente a los procesos institucionales de criminalización, sino también a aquellos informales, como las reacciones de la opinión pública y "publicada"[1] y extendiéndose, al menos potencialmente, a la dogmática del Derecho penal, considerada en su rol de instancia constitutiva del sistema.

En los años setenta y ochenta la teoría, la sociología y la historia social de la justicia criminal han realizado un detenido análisis sobre las diversas instancias o agencias del sistema de justicia penal (policía, ministerio público, jueces, funcionarios de prisiones, etc.) o sobre los mecanismos de la opinión pública y publicada que constituyen el ambiente social del sistema y que están en interacción con éste. El resultado, si lo consideramos de acuerdo con "las promesas de la modernidad", fue sustancialmente el de haber destacado el déficit del sistema en comparación con tales promesas.

Sin embargo, a tal empeño no ha correspondido hasta ahora un trabajo de teoría y sociología del conocimiento, de la organización científica y didáctica, dirigido a la dogmática del Derecho penal, considerada en su doble función: de instancia constitutiva y, al mismo tiempo, de instancia de control del sistema. La investigación se ha concentrado en el análisis crítico de los elementos propiamente ideológicos de la ciencia jurídico-penal (teorías de la pena, principios normativos generales) destacando, por un lado, las contradicciones existentes entre las funciones manifiestas y los principios declarados de funcionamiento y, por otro lado, las contradicciones entre las funciones latentes y los mecanismos reales de funcionamiento, de selección y de decisión.

[1] Empleo la expresión "opinión publicada" para referirme a la opinión emitida por los medios de comunicación que tienden a influenciar la opinión pública en general y que se presenta muchas veces como la opinión común de la sociedad.

Creo que sea necesario dirigir la atención, con un método sociológico que utilice una perspectiva epistemológica y metodológica adecuada, al estatus teórico del aparato conceptual elaborado por la ciencia jurídico-penal y también analizar la función argumentativa y de control decisional que, efectivamente, ejercitan y pueden ejercitar los instrumentos dogmáticos sobre la estructura decisional, los mecanismos decisionales y las decisiones del sistema.

Si, analizando bajo este punto de vista, él se presenta como productor de decisiones (programas decisionales e intervenciones sobre situaciones concretas) que en general son incompatibles con las "promesas" de racionalidad, igualdad, universalidad y justicia, ¿cuál sería el déficit y qué potencialidad de control presenta la ciencia jurídico-penal frente al sistema de justicia criminal?

Esta manera de ver el asunto se basa en dos presupuestos: en primer lugar, se asume la continuidad y la interacción funcional entre dogmática del derecho y teoría de la argumentación. En segundo lugar, se consideran adecuadas una teoría de la argumentación y una metodología jurídica cuando éstas se apartan tanto de un procedimiento simplemente normativo, como de un procedimiento puramente descriptivo.

Siguiendo las indicaciones que pueden ser obtenidas de la discusión y de las experiencias más actuales en esta materia, se tratará más bien de controlar la siguiente hipótesis: La ciencia jurídico penal y la metodología jurídica "tradicional" han limitado la función de control argumentativo a aquellas variables de las decisiones del sistema de la justicia criminal que normalmente son el objeto de la fundamentación de sentencias judiciales y de actos administrativos (variables manifiestas) omitiendo las variables latentes (variables socioestructurales, estereotipos, "teorías de todos los días", etc.). Con relación a éstas últimas, el potencial de control de la ciencia jurídico-penal y de la metodología jurídica presenta límites sistemáticos, pero aún está muy lejos de ser plenamente realizado. Mientras más elevado sea, en el procedimiento de la ciencia jurídico-penal, el nivel de reflexión sobre las va-

riables latentes de las decisiones del sistema, más significativa podrá ser la realización de su potencial de control, considerando los criterios de valores anteriormente mencionados.

Debemos también tomar en consideración los resultados de la investigación sociológica e histórico-social sobre el sistema de la justicia criminal. Este es el campo de investigación en el cual se ha detenido la "nueva" criminología (criminología crítica) en una de sus dos dimensiones: la dimensión así llamada "de la definición". En esta dimensión, la "nueva" criminología ha asumido funciones propias de la teoría y sociología del Derecho penal.

El modelo integrado de la ciencia penal que resulta del concurso de dogmática, teoría y sociología del Derecho penal, cuando la componente criminológica no corresponde más al paradigma etiológico, sino al paradigma de la reacción social, es diverso del modelo de von LISZT de la "Gesamte Strafrechtswissenschaft", porque el punto de vista de la nueva criminología ha dejado de ser interno, y en este sentido auxiliar, al sistema, pasando a ser externo al mismo: esto significa que las definiciones del comportamiento criminal producidas por las instancias del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común), no son asumidas como punto de partida, sino como problema y objeto de averiguación y son estudiadas en el contexto más general de la teoría, de la historia y del análisis contemporáneo de la estructura social.

También en este caso, aunque tomando en consideración las notables diferencias epistemológicas debidas al cambio de paradigma en la teoría y sociología del Derecho penal, el discurso científico que resulta del empleo del modelo integrado, corresponde a un canon de interdisciplinariedad que, de acuerdo con los fines del presente discurso, viene definido como canon de interdisciplinariedad "interna". Defino como interna la interdisciplinariedad que se realiza cuando una disciplina académica o un complejo integrado de disciplinas académicas que concurren sobre un único objeto (en nuestro caso el Derecho penal), selecciona y organiza al interior del propio discurso resultados provenientes de otras disciplinas aca-

démicas manteniendo la autonomía estratégica y la hegemonía del propio saber específico en comparación con aquellas.

Tal interdisciplinariedad, que realiza un *modelo integrado* de ciencia del Derecho penal, como el que aquí planteamos, hace uso de los necesarios conocimientos de teoría, historia de la sociedad, psicología social, politología, teoría de la argumentación, ética social, etc. La connotación y los contenidos de tal discurso interdisciplinario están determinados también, por la intervención, en el interior del núcleo de partida del discurso (un saber jurídico-penal integrado) de la criminología "crítica" en la dimensión hasta aquí considerada: la dimensión de la definición o de la reacción social.

El discurso científico que resulta de la interdisciplinariedad interna hace posible un control que también denominaré "interior" al sistema de justicia criminal. Se trata de un control formal y jurídico sobre la correspondencia entre la realidad del sistema y los principios de igualdad, de libertad y de legalidad y otros principios del Derecho penal "liberal", a través de los cuales se ha traducido la "promesa" de la modernidad. Por otro lado, denomino "externo" el control basado en criterios de justicia material y también políticos, que se refieren a los efectos *externos* al sistema, es decir, la selección y la defensa de los bienes jurídicos a través del control de comportamientos y de situaciones problemáticas: la relación entre beneficios y costos sociales de su intervención.

El discurso científico que puede asumir la función de control "externo" del sistema de la justicia criminal no presenta un objeto homogéneo como en el caso del control interno. Las situaciones administradas por el sistema de justicia criminal constituyen un universo de eventos heterogéneos y con límites móviles. Su único elemento común es el de ser previstos, en un determinado tiempo y en una determinada sociedad, como objetos de la intervención del sistema. La negatividad social de las situaciones y la posibilidad de ser relacionadas, a través de mecanismos sociales de atribución, a la acción de un sujeto individual (como lo ha expuesto Hart) no puede ser considerado un elemento discri-

minante, ya que han ocurrido muchos casos de intervención del sistema de justicia criminal en los cuales la negatividad social o su imputación a las acciones criminalizadas fueron puestas en discusión por amplios sectores de la doctrina y de la sociedad y porque estas dos características son verificables en situaciones y comportamientos objeto de intervención de otros sistemas de control social.

Si no seguimos la teoría del "delito natural", es decir, la teoría sobre la existencia de la criminalidad como una cualidad ontológica de comportamientos o de sujetos, independientemente de los mecanismos sociales de definición y de atribución, entonces resultará evidente la movilidad de confines y la heterogeneidad de universo de los comportamientos criminalizados. CHAPMAN ha observado que, para casi todos los comportamientos definidos como criminales, existen comportamientos sociales análogos que no son objetos de tales definiciones. Por otro lado, para casi todas las áreas problemáticas que presentan "relevancia" penal, el sistema de la justicia criminal no es exclusivo, sino que, en general, concurre con sistemas de control, preventivo o reactivo, creados por instituciones del Estado o de la sociedad civil. Mientras, normalmente, la competencia multiagencial puede ser considerada como una indicación oportuna de política social, la exclusividad o la prioridad de un sistema de intervención en comparación con otros no puede ser jamás deducida como una indicación necesaria de la "naturaleza" de las diversas situaciones problemáticas.

Ahora bien, si ponemos atención, con el fin de evaluar las políticas existentes y de elaborar nuevas políticas de control de las situaciones problemáticas o socialmente negativas (así definidas según el punto de vista de los sujetos implicados, o según criterios de justicia material basados en teorías "consistentes" de las necesidades, los bienes jurídicos y el control social), la referencia al actual sistema de la justicia criminal no permite ni siquiera una definición científicamente utilizable del universo de las situaciones y de los comportamientos "criminales". En efecto, esta referencia no resulta exclusiva, ni tampoco ontológicamente necesaria.

Este tipo de dificultades condiciona, directa o indirectamente, el actual debate sobre el "futuro" de la criminología y han hecho surgir graves problemas epistemológicos, todavía sin respuesta, que están en el centro de una crisis (¿pero de desarrollo?) de la criminología crítica. Esta crisis se manifiesta cuando, a partir de la dimensión de la definición, pasamos a considerar la dimensión "comportamental". En el primer caso el objeto de su discurso es el sistema de justicia criminal. En el *rol* de una teoría y sociología del Derecho penal, la criminología crítica concurre, en la dimensión de la definición, en la realización del modelo integrado de ciencia jurídico-penal, entendida en su función de control "interno" del sistema de justicia criminal. En su dimensión comportamental en cambio, el objeto del discurso de la criminología crítica es el "referente material" de las definiciones de criminalidad, actuales o potenciales, mas en general, las situaciones problemáticas relacionables con el comportamiento de sujetos individuales.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la dimensión de la definición, en el caso de la dimensión del comportamiento, el universo de los eventos objetos de la criminología, tanto de la tradicional como de la crítica, no presenta confines estables ni tampoco existe una homogeneidad. ¿Qué homogeneidad puede existir entre áreas problemáticas, como las lesiones patrimoniales, las físicas y aquellas que atenten contra el honor, correspondientes a la criminología tradicional, y fenomenologías específicas de la sociedad posindustrial, tales como los daños ecológicos, el crimen organizado, la corrupción administrativa, los riesgos tecnológicos, el tráfico de drogas, la inseguridad en el tránsito y la transmisión del SIDA? Es decir, entre las formas singulares de criminalidad tradicional y las varias formas de la "nueva" criminalidad.

En el caso de la dimensión de la definición, la teoría y sociología del Derecho penal y el discurso integrado de la ciencia jurídico-penal poseen un objeto que justifica epistemológicamente su autonomía y su competencia para seleccionar y organizar en el interior del propio discurso elementos de saberes específicos diferentes (interdisciplinariedad interna).

El caso de la dimensión del comportamiento resulta diferente ya que, cuando la criminología y el discurso integrado de la ciencia jurídico penal se dirigen a las situaciones problemáticas cumpliendo la función de control "externo" del sistema, la referida autonomía y competencia dejan de existir. En este caso, cada una de las áreas problemáticas diferenciables en el universo de eventos objeto del discurso necesita, más que nada, la contribución convergente de disciplinas académicas y de conocimientos especializados diversos para cada área, sin que ninguna de ellas pueda, por principio, ejercer una función hegemónica o una competencia en el ámbito de las otras. Esta forma de convergencia entre disciplinas académicas y conocimientos específicos con competencia paritética la denomino "interdisciplinariedad externa". Se trata de una agregación que varía, no solamente en función de la naturaleza de los problemas que deben ser controlados científicamente, sino también en función de la dinámica de las áreas disciplinarias y de la percepción de los problemas por parte de los actores sociales políticamente responsables en la determinación de las estrategias y de las tácticas de control.

La concepción de esta forma de interdisciplinariedad, su empleo para el control científico de las situaciones socialmente problemáticas relacionables con las acciones de sujetos individuales, como también para el control externo del sistema de justicia criminal, presuponen teorías sobre la división y la organización del trabajo académico y sobre la interrelación entre éste, la política y la sociedad civil, las cuales se refieren a la función de la ciencia en el proceso de interacción con la sociedad de acuerdo con el modelo democrático. En este contexto, la hipótesis que me permito sostener es que el control "externo" del sistema de justicia criminal y una política "consistente" de control de las situaciones socialmente problemáticas relacionables con el comportamiento de sujetos individuales requiere la participación de la ciencia integrada del Derecho penal en un tejido de redes diferenciadas y móviles, de convergencia de conocimientos, en concordancia con los cánones de la interdisciplinariedad "externa".

Sostengo que no existe futuro para una disciplina, la criminología, que pretenda encerrar dentro de su propia gramática todas las dimensiones comportamentales de la "cuestión criminal", es decir, todas las situaciones de violencia y de violaciones de los derechos, de problemas y conflictos sociales que se refieren a ella.

En el interior de su gramática particular, la criminología solamente puede ofrecer una representación artificialmente sistemática, en verdad fragmentaria, de las variables de las situaciones y de su contexto, mientras que para la construcción de respuestas sociales coordinadas y coherentes, adecuadas a la complejidad real, sería necesario tener en consideración, simultáneamente, el mayor número de variables. Una tarea no adecuada a las posibilidades heurísticas y hermenéuticas de una única disciplina.

La criminología, como cada una de las disciplinas jurídicas, sociológicas, psicológicas y políticas consideradas singularmente, pueden favorecer sólo respuestas aisladas y contribuir, en el recíproco aislamiento de las correspondientes comunidades científicas, a la institucionalización del aislamiento recíproco de las diferentes agencias del Estado y de la sociedad civil, que en realidad actúan sobre fragmentos de los diversos problemas sociales, cada una en un momento distinto de la secuencia temporal típica de ellos.

En relación con la denominada dimensión del comportamiento de la cuestión criminal, epistemológica y "políticamente" legítima, puede ser solamente un nuevo discurso que sea transversal a la división académica del trabajo científico; un discurso cuyo portador sea un *sujeto colectivo* que resulta de la participación de actores provenientes de comunidades científicas distintas. Sólo tal discurso y tal sujeto pueden producir un saber social orientado al modelo democrático de la interacción entre ciencia y sociedad y por lo tanto, a las necesidades reales de los ciudadanos.

Realizando el principio de la interdisciplinariedad (o multidisciplinariedad) externa, este nuevo saber podrá, al mismo tiempo, administrar la contribución de las diversas dis-

ciplinas y contribuir, tanto en el interior como en el exterior del medio científico, a la representación política de aquellas necesidades. Superando la "cuestión criminológica" por medio de la negación de la criminología como ciencia natural de comportamientos y de individuos infractores, este nuevo saber, cuya potencialidad ya hoy se puede advertir (piénsese solamente en los aspectos más avanzados de la "nueva prevención" y en las políticas "integradas" que se están experimentando en proyectos comunales y regionales de seguridad urbana) puede ofrecer una nueva respuesta a la "cuestión criminal": una respuesta que produce no solamente una política criminal alternativa, en el interior del universo de las ciencias penales y del sistema de justicia criminal, sino también y, sobre todo, una política multiagencial alternativa a la política criminal.

De esta forma, es posible restituir a la respuesta punitiva el espacio residual y el papel fragmentario que le pertenecen, de acuerdo con los principios constitucionales del Estado social de derecho, sin descuidar la tutela de ninguna de las necesidades reales de los ciudadanos.

Un Derecho penal mínimo, que es el único derecho penal legitimable de acuerdo con los principios mencionados, no constituye ciertamente una coartada con respecto al necesario empeño del Estado y de la sociedad en relación a situaciones de violencia y de violación de derechos, a conflictos y a problemas sociales que necesitan respuestas justas y adecuadas. Restituida a los límites constitucionales y a los límites funcionales que resultan de modelos integrados y multiagenciales de protección de los derechos, la respuesta punitiva no es nada más que un elemento, posible y sólo excepcionalmente necesario, en el interior de tales modelos.

En este marco conceptual será también posible contribuir en la construcción de una nueva cultura del "garantismo", entendiéndolo no sólo como una limitación formal que concierne únicamente al área penal, sino, sobre todo, como un proyecto sustancial extendido a toda la política de protección de los derechos, propia de la sociedad democrática.

POLÍTICA CRIMINAL: ENTRE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD Y LA POLÍTICA SOCIAL*

Política criminal: un concepto complejo y problemático

Política criminal es, en primer lugar, un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, del otro. Para decir que la finalidad de la política criminal es unívoca debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no muy lejano ésta se entendió constantemente como la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas. A partir del desarrollo de estudios victimológicos, y en particular por la preocupación acerca de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende (por lo menos potencialmente) también hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención[1].

El instrumental no penal de los medios utilizables para controlar las infracciones delictivas y sus consecuencias resulta teóricamente indeterminado. Por otra parte, en la práctica corriente de las políticas criminales se produce una selección del número de variables realmente examinadas en la construcción de modelos operativos de control. La riqueza y la variabilidad del instrumental dependen de la posición teórica adoptada.

* Transcripción parcial del libro *Delito y seguridad de los habitantes*, Elías CARRANZA (coord.), Siglo XXI, México, 1997.

[1] Para el control de las consecuencias del delito las actuales teorías prevén, sobre todo, el uso de instrumentos no penales, en particular conciliatorios (la mediación en sus diversas formas), y restitutivos. Solamente en el ámbito de las teorías de las funciones simbólicas de la pena (teoría clásica y contemporánea de la retribución, teoría actual de la prevención general positiva o prevención-integración, y otras teorías), el instrumento principal para el control de las consecuencias del delito es la pena.

En los niveles más bajos de la escala encontraremos los modelos de la criminología administrativa de impronta etiológica, aplicables solamente al control de la criminalidad. En niveles superiores encontramos los modelos de la criminología etiológica, que se extienden al control de las consecuencias. Los niveles se elevan con los modelos de la criminología crítica, en la medida en que ésta recoge el paradigma del "etiquetamiento" o de la reacción social, lo mejora y lo torna adecuado a la aplicación práctica, mientras que al mismo tiempo la finalidad del control se extiende hacia las consecuencias[2].

La política criminal no es solamente un concepto complejo; es también un concepto problemático. Si de los modelos prácticos más limitados de la criminología administrativa salimos hacia aquellos más amplios de la criminología crítica, la riqueza y la variabilidad del instrumental de un control que asume siempre más dimensiones se aproximan a su indeterminación teórica. En sus niveles más altos de elaboración la política criminal, en cuanto género, es como un universo mucho más complejo de la especie "política penal".

Sin embargo, en estos niveles la línea de distinción entre la política criminal y la política en general y otras de sus especies (política social, económica, ocupacional, urbanística, etc.), no se presenta ya de un modo claro. Para distinguirlas debemos recurrir, no a la finalidad objetiva o función social, sino a la finalidad subjetiva, es decir, a la intención de los

[2] La mayor riqueza y calidad de las variables dependen también del hecho de que, en los modelos de la criminología crítica, las finalidades del control se refieren a dos dimensiones: las infracciones delictivas y sus consecuencias y la criminalización y sus consecuencias. Se distingue, así, entre procesos primarios y secundarios de criminalización, es decir, entre leyes penales y sus aplicaciones y, a su vez, en la aplicación, entre el proceso y la aplicación de la pena. Las dimensiones se multiplican ulteriormente. Al contrario, en los modelos de la criminología administrativa de estricto carácter etiológico se consideran sólo una o dos dimensiones del control: el control de la criminalidad o, en el mejor de los casos, el de sus consecuencias.

actores que ponen en práctica; en el mejor de los casos, podríamos apelar también a los recursos institucionales escogidos por los actores y a las partidas que señalan los capítulos relativos en el presupuesto público.

Pongamos un ejemplo. En Francia, hoy, un comité formado por ciudadanos, funcionarios de alcaldía, policías, párrocos, miembros de asociaciones de voluntarios u otros actores –institucionales o no– puede desarrollar un programa de lucha contra la marginalidad juvenil en función de la prevención de la delincuencia, según el modelo y con los recursos públicos asignados a la *nouvelle prévention*. El comité realizará, de esta manera, prácticas sociales que en nada se diferencian de las que otros actores, o quizás el propio comité, podrían llevar a cabo, bajo un membrete diferente, en el ámbito institucional y según el modelo de la política social y educacional dirigidas a jóvenes marginados.

Que se trate de políticas de prevención de la criminalidad, que se dirijan a aumentar la seguridad de los otros habitantes de la ciudad frente a los potenciales delincuentes, o que se trate, por el contrario, de una política de protección de derechos fundamentales de esos jóvenes, dirigida a cambiar su situación de desventaja social, no depende tanto de la finalidad objetiva o de la función que puedan tener las prácticas sociales cuanto de la intención subjetiva de los actores y también de la intención subjetiva de los legisladores y de los administradores que han creado y preparado dos diversos programas y a su vez, las correspondientes etiquetas institucionales.

Ahora bien, como veremos más adelante, esta ambivalencia funcional de los programas, interpretados a la luz de las intenciones y de los membretes, puede crear, desde el punto de vista constitucional y de la política de protección de derechos, ambigüedad y contradicción en esos programas de seguridad ciudadana inspirados en los principios de la "nueva prevención". Entre tanto, bastará observar que ya de suyo, desde el punto de vista epistemológico, la definición de un hecho social, como en el caso arriba citado, resulta pro-

blemática cuando, en vez de recurrir a la función objetiva, se debe recurrir a la intención de los actores[3].

Seguridad y política social: ¿una falsa alternativa?

La contraposición entre política de seguridad y política social no es lógica sino ideológica, y no sirve para esclarecer sino para confundir relaciones conceptuales elementales, que están en la base del sistema de las normas y de los principios propios de las constituciones de los estados sociales de derecho. Esto, en general, es verdadero, pero llega a producir efectos particularmente graves cuando aquella alternativa está aplicada a la política criminal. El concepto de política criminal, en razón de estos efectos, además de ser complejo y problemático, se convierte incluso en un concepto ideológico.

Utilizo aquí la palabra "ideología" en el sentido de una construcción discursiva de hechos sociales apta para producir una falsa conciencia en los actores y en el público[4].

[3] En este sentido sigue siendo válida la enseñanza fundamental de DURKHEIM.

[4] Otro sentido para "ideología" sería *programa de acción*, en el sentido en el que lo usa Karl MANNHEIM. Si los hechos sociales consisten en la definición y en la actuación de programas políticos de acción, y si tenemos en consideración, al mismo tiempo, ambas acepciones del término, podemos decir que la ideología (en el sentido negativo) obstaculiza el conocimiento de las implicaciones reales de ciertas políticas de parte de los actores o del público, así como la definición de políticas alternativas de parte de otros actos. Esto vale también, en particular, para la política criminal. Mientras la política "oficial" está constantemente condicionada por la ideología en el sentido negativo, las políticas alternativas (programas alternativos de acción en el sentido positivo del término) requieren un continuo y paciente trabajo de crítica ideológica, y también de autocrítica por parte de los promotores, juntamente con la participación activa de éstos en los procesos de comunicación social, por medio de los cuales el "público", desde la posición de espectador, puede transformarse en actor de la política. La crítica ideológica y la participación de la sociedad civil son presupuestos necesarios para la transformación de la política de control de las infracciones delictivas, de la criminalización y de sus consecuencias individuales y sociales desde el modelo tecnocrático al modelo democrático, como se verá más adelante.

La ideología funciona sustituyendo los conceptos con los clichés, o sea con los hábitos mentales, corrompiendo el cálculo clasificatorio con operaciones ocultas y subrepticias. Por ello su forma de operar resulta un instrumento principal de legitimación y reproducción de la realidad social.

Observemos qué ocurre en nuestro caso. A propósito de la política criminal, al sustantivo "seguridad" se agregan, implícita o explícitamente, los adjetivos "nacional", "pública", "ciudadana". Se trata siempre de connotaciones colectivas, no personales, de la seguridad; es decir, no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de los sujetos individuales, cualquiera que sea su posición en el contexto social, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad.

De la doctrina de "seguridad nacional" queda todavía el trágico recuerdo, en América Latina, de los años setenta y ochenta, cuando la ideología autoritaria inspirada en el principio schmittiano del amigo-enemigo sirvió para sostener no sólo un derecho penal del enemigo –cuyas señales todavía están presentes incluso en los estados con regímenes formalmente democráticos– sino, sobre todo, un sistema penal ilegal, paralelo al legal y mucho más sanguinario y efectivo que este último: un verdadero terrorismo de Estado, como el que se desarrolló en las dictaduras militares del Cono Sur.

Por su parte, la doctrina de la seguridad pública marca fuertemente la historia del derecho penal en Europa, y representa el continuo compromiso entre la tradición liberal y la de carácter autoritario (del *Obrigkeitsstaat*), entre el Estado de derecho y el Estado de policía o de la prevención, entre la política del derecho penal y la política del orden público.

Más prometedora, también, entre otras razones por ser más reciente, es la concepción de la seguridad ciudadana, que atribuye a la política criminal, por primera vez, una dimensión local, participativa, multidisciplinaria, pluriagencial, y que representa quizás un resultado histórico del actual movimiento de la nueva prevención.

Sin embargo, en este último caso, al igual que en los otros dos, el adjetivo estrangula, por así decirlo, al sustantivo. Desde el punto de vista jurídico, pero asimismo desde el psicológico, "seguros" podrían y deberían estar, sobre todo, los sujetos portadores de derechos fundamentales universales (los que no se limitan a los ciudadanos), y éstos son todas y cada una de las personas físicas que se encuentran en el territorio de un Estado, de una ciudad, de un barrio o de otro lugar público, de una casa o de otro edificio o espacio privado. "Seguros" en relación con el disfrute y la protección efectiva de aquellos derechos frente a cualquier agresión o incumplimiento por parte de otras personas físicas que actúan en el ámbito de competencias, poderes de derecho o de hecho que esas personas tengan, como funcionarios o particulares, en alguno de los distintos ámbitos territoriales.

Una nación segura, una comunidad estatal segura, una ciudad segura, son metáforas que bien pueden representar la situación de todas las personas singulares en los diversos ámbitos territoriales; pero no lo hacen porque son metáforas incompletas, metáforas ideológicas. En tanto ideológicas traen consigo hábitos mentales selectivos, largamente representados en la opinión pública, al igual que en el discurso de los juristas, cuando opinión pública y juristas utilizan el concepto de seguridad en relación con el de política criminal o de política *tout court*. En este caso, la mayor parte de los territorios de riesgo permanecen siempre sustraídos de la economía de la seguridad.

Se habla de seguridad pública, y hoy, incluso, de seguridad ciudadana, siempre y solamente en relación con los lugares públicos y de visibilidad pública, o con un pequeño número de delitos que entran en la así llamada criminalidad tradicional (sobre todo agresiones con violencia física a la persona y al patrimonio), que están en el centro del estereotipo de criminalidad existente en el sentido común y son dominantes en la alarma social y en el miedo a la criminalidad. En la opinión pública y en los medios de comunicación de masas estos delitos se caracterizan por una regular reparti-

ción de papeles de la víctima y del agresor, respectivamente, en los grupos sociales garantizados y "respetables" y en aquellos marginales y "peligrosos" (extranjeros, jóvenes, toxicodependientes, pobres, sin familia, sin trabajo o sin calificación profesional).

Las situaciones de riesgo, a menudo gravísimas, que sufren mujeres y niños en el sector doméstico, así como las limitaciones de los derechos económicos y sociales de los cuales son víctimas sujetos pertenecientes a los grupos marginales y "peligrosos", no inciden en el cálculo de la seguridad ciudadana. Delitos económicos, ecológicos, de corrupción y concusión, desviaciones criminales en órganos civiles y militares del Estado, así como connivencias delictuosas con la mafia, por parte de quienes detentan el poder político y económico, forman parte de la cuestión moral, pero no tanto de la seguridad ciudadana. El orden público, se sabe, se detiene allí donde termina el campo de acción de la seguridad pública, y no resulta afectado sino indirectamente por el desorden social e internacional, como lo que hoy ocurre, cada día más, con el neoliberalismo y la globalización de la economía.

La ambigüedad ideológica del concepto de política criminal se destaca todavía más cuando lo relacionamos con el otro aspecto del aparente dilema: la política social. En este caso se produce una especie de compensación de aquello que se le ha sustraído a muchos de los portadores de derechos en el cálculo de la seguridad. Después que se ha olvidado a una serie de sujetos vulnerables provenientes de grupos marginales o "peligrosos" cuando estaba en juego la seguridad de sus derechos, la política criminal los reencuentra como *objetos* de política social. Objetos, pero no sujetos, porque también esta vez la finalidad (subjetiva) de los programas de acción no es la seguridad de sus derechos, sino la seguridad de sus potenciales víctimas. Para proteger a esas respetables personas, y no para propiciar a los sujetos que se encuentran socialmente en desventaja respecto del real usufructo de sus derechos civiles, económicos y sociales, la

política social se transforma (usando un concepto de la nueva prevención) en prevención social de la criminalidad. Sujetos vulnerados o vulnerables que sufren lesiones (reales), de derechos por parte del Estado y de la sociedad, como son las lesiones a los derechos económicos, sociales (derechos débiles, como se verá más adelante), se transforman en potenciales infractores de derechos fuertes de sujetos socialmente más protegidos.

El Estado interviene, por medio de la prevención social, no tanto para realizar su propio deber de prestación hacia los sujetos lesionados como para cumplir (mediante acciones preventivas no penales que se añaden a las represivas) el propio deber de protección (más específicamente, de prestación de protección) respecto a sujetos débiles considerados ya como transgresores potenciales. Estamos en presencia, como vemos, de una superposición de la política criminal a la política social, de una criminalización de la política social; al mismo tiempo, empero, estamos frente a una inquietante conexión funcional entre nueva prevención y nueva penología.

La orientación de la política criminal hacia la política de seguridad o hacia la política social es una falsa alternativa. No sólo porque con la criminalización de la política social la alternativa desaparece, sino también porque es un concepto estrecho y selectivo de seguridad, que condiciona y sofoca al concepto de política social; asimismo, y sobre todo, porque en una visión correcta de la teoría de la constitución de los estados sociales de derecho el concepto de política social corresponde a una concepción integral de la protección y de la seguridad de los derechos, y tiene la misma extensión normativa que el campo de los derechos económicos, sociales y culturales en su integridad. Únicamente usando hábitos mentales y estereotipos, sólo en una concepción asistencial de la política social, en la cual los destinatarios son objetos y no sujetos, resulta posible pensar la política social como algo diferente de la política de seguridad. Por el contrario, utilizando conceptos jurídicos rigurosos y entendiendo la se-

guridad como seguridad de los derechos de las personas físicas, la alternativa tiende a desaparecer.

Prevención penal y no penal: la nueva prevención

Los resultados que ha llegado a obtener, desde hace ya tiempo, el análisis histórico y social de la justicia criminal, se pueden sintetizar en la afirmación de que el sistema de justicia criminal se manifiesta incapaz de resolver lo concerniente a sus funciones declaradas. Esto significa que la pena, como instrumento principal de este sistema, falla en lo que respecta a la función de prevención de la criminalidad.

Este estado de crisis se registra en todos los frentes, ya sea el de la prevención negativa general, es decir, de la intimidación de los potenciales delincuentes, ya el de la prevención positiva especial, es decir, de la reinserción social de los actuales infractores de la ley penal. Estos fines preventivos son, a la luz de los hechos, simplemente inalcanzables. Por otra parte, otras funciones de prevención que parecen ser efectivamente realizables para el sistema penal, como la prevención especial negativa general (la neutralización o la intimidación específica del criminal) y la prevención general positiva (la afirmación simbólica de la validez de las normas que favorecen el proceso de integración social), son, en realidad, inadecuadas con respecto a los criterios de valor que preceden a nuestras constituciones, a saber, a las constituciones del Estado social de derecho.

El análisis hecho en los últimos veinte años por parte de la criminología crítica ha descrito los términos de este fracaso recogiendo los aspectos de disfuncionalidad de la justicia penal: desde la fragmentariedad en la defensa de los intereses individuales y generales, hasta la selectividad en la represión, se ha demostrado que los programas de acción del sistema de la justicia criminal cumplen sus objetivos en un porcentaje que, para ser generosos, no supera 5%. Existe quien, quizá más apegado a la realidad, valora la eficacia de

la acción represiva por debajo de 1%, que sería como si un sistema sanitario en un Estado moderno funcionara para no más de 5% de los usuarios potenciales. Por otra parte, sabemos también que a este 5%, o a este 1%, se lo selecciona en términos desiguales en función de las diferencias sociales. Esta selectividad es, a su vez, una variable importante en el mantenimiento y en la generación de la desigualdad social.

Si todas estas irregularidades se superaran; si el sistema de la justicia criminal reprimiera sólo las violaciones más significativas, los delitos más graves; si eludiera la selectividad de clase, incluso así, la respuesta reactiva al fenómeno de la criminalidad y al fenómeno de la inseguridad seguiría siendo insatisfactoria.

Me limitaré a mencionar sólo cuatro aspectos de esta incapacidad del sistema penal para garantizar las condiciones de seguridad.

En primer lugar, el control penal puede intervenir, e interviene, únicamente sobre los efectos. No puede intervenir, ni queremos que pretenda hacerlo, en las causas de la violencia y de la violación de derechos; en resumen, actúa sobre los resultados, y no sobre las causas, de los conflictos sociales.

En segundo lugar, el sistema penal actúa contra las personas y no sobre las situaciones; además considera a los individuos, a través del principio de culpabilidad –que es un criterio de garantía y de autolimitación del sistema– como variables independientes, y no como dependientes de situaciones.

En tercer lugar, actúa de manera reactiva y no preventiva; en otras palabras, interviene cuando las consecuencias de las infracciones ya se han producido, y no para evitarlas. Procede como la venganza, simbólicamente hablando, ya que no puede olvidar la ofensa una vez que ésta se ha consumado.

En fin, el sistema penal protege, más que a las víctimas potenciales y reales, la validez de las normas. Todas estas características definen el sistema de justicia criminal como un sistema de respuesta simbólica, lo que no quiere decir que la respuesta simbólica deba desvalorizarse como una respuesta sin influencia. Hay momentos en los cuales las

respuestas punitivas, por simbólicas que sean, poseen un peso histórico decisivo. Esto quiere decir, sin embargo, que para la realización de una función punitiva instrumental, a saber, de protección real de bienes y personas, el sistema de la justicia criminal es inadecuado.

Este conocimiento ha contribuido a que surgiese una corriente de pensamiento que, en los últimos años, ha profundizado sobre todo en el tema de la alternativa al sistema de la justicia penal. Esta corriente se ha formulado las siguientes preguntas: ¿qué respuesta se le da a la criminalidad por fuera del recurso del sistema de las leyes penales?; ¿qué medida preventiva se puede utilizar que no sea la ilusoria del sistema penal?

El desarrollo teórico anteriormente indicado tiene una cierta correspondencia –en lo que respecta al desplazamiento del enfoque preventivo de la reacción penal posterior a la infracción a formas de prevención no penales, anteriores a la infracción– con una línea directriz presente en las estrategias policiales y gubernamentales en el último decenio. Sin embargo, es reciente y todavía relativamente "abierto" lo que desde hace unos años lleva el nombre de "nueva prevención" (*nouvelle prevention*).

Los elementos que caracterizan a esta renovación en la teoría y práctica de la prevención "proactiva" (para distinguirla de la "reactiva", propia de la pena) son sobre todo dos: por un lado, el ingreso de la comunidad local en esta estrategia y, consecuentemente, la pluralidad de organismos que participan en el nivel local y nacional. Esto significa que el liderazgo no corresponde automáticamente a los cuerpos de policía, aunque este nuevo movimiento ha surgido, en parte desde una reflexión en el interior de aquélla. Por otro lado, la extensión de las acciones preventivas no está limitada a las variables situacionales y sociales de infracciones a la ley penal, sino que también se dirige, por lo menos de modo potencial, hacia conductas y situaciones no formalmente delictivas que se pueden calificar, utilizando un término francés, como *incivilités* (conductas incivilizadas).

La función de la prevención, y la posterior organización de un discurso científico internacional sobre ella, ha estado influida por experiencias desarrolladas anteriormente en Estados Unidos y Gran Bretaña, así como por el desarrollo de experiencias realizadas en Francia en los años ochenta.

De tal manera se lleva a cabo una competencia (o convergencia) entre dos modelos; en el primero (modelo anglosajón y también escandinavo), la iniciativa y el liderazgo corresponden sobre todo a la policía y a los ministerios del Interior; en el segundo (modelo francés), la iniciativa y el liderazgo corresponden a las comunidades locales y a las organizaciones de las alcaldías.

Así, en Francia el movimiento surge sobre todo de la Commission des Maires (Comisión de Alcaldes) y después del Conseil National des Villes (Consejo Nacional de las Ciudades). En el nivel europeo la entrada a escena de los responsables de las municipalidades en la prevención del crimen se encuentra representada por la constitución del Forum des Colectivités Locales Europeennes pour la Securité Urbaine (Foro de las Colectividades Locales Europeas para la Seguridad Urbana) que, conjuntamente con la Federatión Canadienne des Municipalités y con la Mayor's Conference of the United States, tomó la iniciativa de convocar la Primera Conferencia Europea y Norteamericana sobre la Prevención de la Delincuencia, que se celebró en octubre de 1989 en Montreal. En noviembre de 1991 se llevó a cabo en París la segunda conferencia internacional, la cual se hizo extensiva también a África y a Australia. Ésta estuvo precedida por un seminario de quince expertos que a finales de mayo de 1991 intercambiaron experiencias de sus respectivos países y prepararon los temas para las ponencias de la conferencia, en la cual actuaron como comité científico. En nombre de este comité, Philippe Robert presentó un informe científico en la segunda conferencia, en el cual se define que la prevención "está dirigida a reducir la frecuencia de ciertos comportamientos, criminalizados por la ley general, pero también las *incivilités*, que no representan siempre

un delito, pudiendo recurrir a soluciones distintas a la sanción penal".

Hay tres niveles de prevención: el primario, cuando se actúa sobre los contextos sociales y situacionales para evitar que se favorezca la delincuencia y para procurar condiciones favorables a comportamientos legales; el secundario, dirigido específicamente a evitar que se cometan infracciones e *incivilités*; el tercer nivel, cuando la prevención se encuentra orientada a evitar la reincidencia.

En lo concerniente a los destinatarios, se distinguen los programas de prevención dirigidos a los infractores potenciales, para que éstos se abstengan de cometer las infracciones o, por el contrario, a las víctimas potenciales para procurar hacerlas menos vulnerables.

Una distinción posterior estaría dada, por un lado, entre operaciones específicas que se dirigen a disminuir la frecuencia de ciertos comportamientos delictivos y, por otro, operaciones generales, que estarían dirigidas hacia el contexto social, cultural y económico, para favorecer la adopción de normas de comportamiento conformes con la ley.

Combinando estas distinciones se alcanza la división fundamental entre dos modelos de intervención: el modelo situacional y el modelo social. El primero, que prevalece en Holanda y en los países anglosajones y escandinavos, y está basado en intervenciones específicas dirigidas principalmente a las víctimas potenciales, a la seguridad de los edificios y del ambiente, y tienen un ejemplo típico en el *neighbourhood watch* (vigilancia de barrio); en este modelo suele presentarse una hegemonía de los organismos policiales sobre los demás. El segundo modelo, el de la prevención social, trata, en cambio, de modificar con programas generales las condiciones de vida en ambientes determinados; por ejemplo, en un barrio, de manera que aumenten las oportunidades de comportamientos conformes con la ley y disminuyan las de comportamientos ilegales. En este modelo, que se nutre en especial de las experiencias francesas de los años ochenta, y que influyen en Australia y Canadá occidental, la hegemonía en

la dirección de los programas corresponde a organismos de la comunidad local.

No obstante esta distinción de los modelos ideales, resulta que para un mejor desarrollo de la nueva prevención sería necesaria una buena combinación de las intervenciones correspondientes a ambos modelos, a fin de evitar los dos excesos típicos de las actuales políticas de prevención: de especialización y de generalidad.

Los sectores hacia los cuales se dirige principalmente la nueva prevención son el de la delincuencia juvenil, el de la reincidencia y el de la drogadicción. El resumen de la discusión en el seminario que antecedió a la conferencia de París pone en evidencia, de modo particular, los límites notables y las contradicciones que han caracterizado, hasta el momento, el desarrollo de este movimiento. Ante todo, se ha observado una persistente limitación de los programas en los objetivos "clásicos" de la prevención (hurto, robo, agresión física). Los programas, entonces, como dice un texto censurado de la introducción a la conferencia de París, "dejan de lado la delincuencia oculta y la delincuencia más cercana a los poderes económicos y políticos".

Se debe considerar también el problema de la percepción de la inseguridad ciudadana y del efecto que producen los medios de comunicación de masas, que subrayan las distinciones que caracterizan la imagen de la criminalidad difundida en la población, la cual no corresponde a los datos científicos disponibles. Por lo tanto, el conocimiento de las actitudes, las demandas de pena y las dimensiones del miedo a la criminalidad tienen que considerarse como un objeto de estudio en sí mismo, y no como un índice válido de delincuencia.

Es cierto que, hasta el presente, la nueva prevención tiene la tendencia a convertirse en una extensión del control estatal, en lugar de ser una sustitución parcial del sistema represivo de la justicia punitiva. También es cierto que, en sus formas y sus objetivos actuales, este movimiento reproduce la selectividad propia del sistema de la justicia criminal: defiende más a los ricos y controla más a los pobres.

Asimismo, la política de prevención extrapenal puede fallar, como ha sucedido con la política penal en el desarrollo de sus funciones instrumentales (de control real de los conflictos, de defensa de los derechos de los individuos y de los grupos) y quedarse sólo adelantando las funciones simbólicas, de capitalización de consenso populista por parte de los políticos. También la nueva prevención, al igual que la vieja justicia criminal, puede, entonces, desempeñar su papel en una política como espectáculo, es decir, en la tecnocracia del poder, en lugar de ser expresión de democracia, o sea de la autoorganización de la respuesta pública a las necesidades por parte de quienes son sus verdaderos portadores.

No obstante, hay potencialidades de desarrollo más positivo, en el sentido de una defensa de los más débiles contra los más fuertes, de un control democrático de las situaciones problemáticas; potencialidades que quizá se puedan rescatar, especialmente si los esfuerzos realizados en pro de una nueva prevención se orientan hacia el modelo antes denominado "francés", privilegiando la prevención social con respecto a la situacional y buscando también, y sobre todo en la prevención social, un alto grado de especificidad. La especificidad no es necesariamente exclusiva de la prevención situacional, y la generalidad no es inevitable en la prevención social. Se puede hablar también de prevención social en términos muy específicos.

La especialización en la intervención no debe limitarse a intervenciones dirigidas a la microcriminalidad, a la delincuencia juvenil, a la delincuencia relacionada con la droga, como, de modo declarado, se ha hecho en Francia.

Sostengo, por el contrario, que debe existir la posibilidad de hacer una diferenciación entre todos los campos de la criminalidad. Pienso que los elementos específicos de una prevención que no sean meramente de tipo situacional se pueden experimentar confrontándolos con la macrocriminalidad y con el crimen organizado y la corrupción, más aún si se piensa que hoy esa misma microcriminalidad puede prosperar insertada en un tejido macrocriminal.

En la medida en que se aplique el método de diferenciación de las intervenciones con respecto a la naturaleza específica de los problemas, por medio del análisis será posible evitar, al menos parcialmente, que el control local de las infracciones se convierta en un mero desplazamiento de éstas desde las áreas controladas hacia otras.

Pero, sobre todo, quisiera subrayar una hipótesis que, en parte, alimenta mi "pesimismo activo" en esta materia, o mejor dicho, mis ilusiones. Si la selectividad y la desigualdad de clase, a la luz del análisis sociológico y de la larga experiencia histórica, parecen ser estructurales en el sistema de la justicia criminal tal como lo conocemos, en lo que se refiere a la nueva prevención esta selectividad que estamos observando se puede considerar todavía contingente, es decir, existe pero igual podría no existir.

Esta hipótesis no se deriva de un exceso de optimismo respecto a la situación actual del movimiento, sino que depende del hecho de que hoy éste tiene como característica ideas y políticas que lo tornan un movimiento aún relativamente "abierto".

Se trata, en primer lugar, de la pluralidad de organismos locales y nacionales, estatales, comunitarios y privados, que participan y pueden participar; en segundo lugar, se trata del importante papel que cumplen las iniciativas locales; en tercer lugar, de la dinámica del discurso científico dentro del movimiento mismo y sobre él.

En un pronóstico "realista" de desarrollo el peso de las diferencias de poder y de propiedad entre los grupos sociales interesados en la nueva prevención resulta demasiado elevado; sin embargo, esos elementos permiten afirmar que las estructuras de este movimiento aún no se encuentran fijas, de modo que todavía resulta posible tratar de imprimir otras pautas y de contrarrestar ese peso por medio de una mayor participación democrática, de la energía ético-política y de las indicaciones técnicas provenientes del discurso científico, mientras éste no se encuentre a merced del *statu quo* de la política tecnocrática.

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL MODELO INTEGRADO DE LAS CIENCIAS PENALES, LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL PACTO SOCIAL*

1. El futuro de la criminología y el modelo integrado de las ciencias penales

En los primeros decenios de nuestro siglo, la criminología positivista se afirmó como teoría etiológica del crimen y como teoría tecnológica de la política criminal. Junto con la doctrina penal ella ha contribuido a la constitución de un primer modelo integrado de ciencia penal, es decir, aquella positivista (*die gesamte Strafrechtswissenchaft*) de Franz von LISZT[1].

A partir de los años 40, primero en los Estados Unidos y después y sucesivamente en Gran Bretaña y en el continente europeo, comenzaron a aparecer, especialmente bajo el impulso del interaccionismo simbólico, los elementos de una nueva perspectiva teórica (labelling approach). Colocando en el centro del interés científico los mecanismos y los procesos institucionales o informales de etiquetamiento, la teoría del *labelling* ha demostrado la inconsistencia epistemológica del paradigma etiológico en criminología[2].

Bajo la influencia de la teoría del *labelling*, entraba en crisis en Europa, a partir de los años 60, el modelo integrado de ciencia penal de LISZT. El sistema de la justicia penal se torna objeto de un saber que se aleja siempre más de la criminología tradicional y se aproxima a la teoría y a la sociología del derecho penal en el sentido amplio del término. Ello no se limita a los procesos institucionales de criminali-

* Traducción del italiano por Marianela Pérez Lugo y Patricia Chiantera. Revisado por Alejandro Aponte. Adaptación del artículo publicado en "Revista de Ciencias Penales", nº 4, 1998, Montevideo, Uruguay.

[1] Sobre la evolución de la doctrina penal y de la teoría criminológica ver, BARATTA, 1979 y 1982.

[2] A. BARATTA, 1979, 147-157; 1982, 85-98; 159-171.

zación, sino que estudia también los informales (como, por ejemplo, las reacciones a la criminalidad por parte de la opinión pública y de aquella "publicada") extendiéndose, al menos potencialmente, al estudio de la dogmática penal, considerada, en este caso, en su rol de instancia constitutiva del sistema penal[3].

El nuevo modelo integrado de ciencia penal, fruto de la confluencia entre dogmática, teoría y sociología del derecho penal en la perspectiva de la criminología crítica, es diferente del modelo positivista propuesto por LISZT. Desde ahora, el punto de vista del componente criminológico deja de ser interno: la investigación toma distancia del rol auxiliar propio de la criminología etiológica. Adoptar un punto de vista externo al sistema penal significa, entre otras cosas, que las definiciones del comportamiento criminal producto de la instancia del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común) no sean consideradas más como punto de partida, sino como problema y objeto de estudio, a partir del cual vienen utilizados los instrumentos puestos a disposición de la historia y del análisis de la estructura social.

Sin embargo, también en el modelo crítico, no obstante la enorme diferencia epistemológica respecto del modelo positivista, debido al cambio de paradigma en la criminología, la ciencia integrada del derecho penal sigue a una regla de interdisciplinariedad que podríamos definir como *interdisciplinariedad interna*. Podríamos llamar *interna* a la forma de interdisciplinariedad que se practica cuando una disciplina académica o un complejo integrado de disciplinas académicas converge en un único objeto (en nuestro caso, el derecho

[3] Desde el punto de vista epistemológico, así como desde el punto de vista metodológico, sería oportuno distinguir junto a ello, un rol de la dogmática jurídico-penal, entendida como instancia de control científico y jurídico del sistema de justicia criminal. La relación entre los dos roles puede ser representada como aquella entre discurso y metadiscurso. Sobre la importancia, pero también sobre el déficit histórico de la función de control ver, en el marco de una amplia reconstrucción histórica de la ciencia jurídico penal, DE ANDRADE, 1997.

penal), selecciona y organiza en el interior del propio discurso, resultados provenientes de otras disciplinas académicas, pero manteniendo la autonomía estratégica y la hegemonía del propio saber específico en relación con ésta.

Tal interdisciplinariedad contribuye a la construcción de un modelo integrado de ciencia del derecho penal, utilizando elementos de teoría y de historia social, de psicología social, politología, teoría de la argumentación, ética social, etc. La naturaleza y los contenidos de este modelo han estado determinados por la intervención de la criminología crítica sobre el núcleo originario del discurso (la ciencia penal integrada), a través del análisis de los procesos sociales e institucionales de definición de la criminalidad y de reacción frente a ella[4].

El discurso científico fruto de la interdisciplinariedad interna conduce a una forma de control del sistema de la justicia criminal que podríamos denominar "control interno". Se trata de un control *formal* dirigido a medir la correspondencia entre la práctica represiva y los principios del derecho penal liberal (igualdad, libertad, legalidad, etc.) a través de los cuales es traducida la "promesa" de la modernidad.

Del otro lado, podemos denominar "control externo", a aquel control basado sobre el principio de justicia material y sus criterios políticos que toman en consideración los efectos externos del sistema, vale decir, la selectividad y las consecuencias de la defensa de los bienes jurídicos[5], mediante la intervención punitiva sobre las situaciones y sobre los comportamientos problemáticos. El objeto de dicho control *material* es representado por la relación entre costos sociales y beneficios de la intervención del sistema penal[6].

[4] Un control tal es, en particular, competencia de la dogmática jurídico-penal en su función crítica en el interior de la ciencia penal integrada.

[5] Para una discusión crítica de las diversas acepciones de tal concepto y de su rol simbólico e instrumental en la política criminal, ver, BARATTA 1990; SMAUS 1985.

[6] Ver BARATTA 1990; ps. 43-47.

El discurso científico que puede asumir la función de control externo del sistema de la justicia criminal no presenta un objeto homogéneo, como sucede en el caso del control interno. Ha sido frecuentemente observado[7] que las situaciones administradas por el sistema de la justicia penal constituyen un universo de eventos heterogéneos y con límites móviles[8]. El único denominador común es aquel a ser previsto en un determinado tiempo y en una determinada sociedad, como objeto de intervención del sistema penal. La negatividad social de las situaciones y la posibilidad de ser imputada, mediante mecanismos sociales de atribución de responsabilidad, a la acción de un sujeto individual, no representa un elemento común y exclusivo de aquellas situaciones[9]. De hecho, estas dos características no se encuentran necesariamente en las situaciones administradas por el sistema de justicia criminal (no falta en la historia y en la fenomenología de los sistemas punitivos la incriminación de comportamientos socialmente positivos o neutros y formas de responsabilidad objetiva o colectiva); no son propiedad exclusiva de él, encontrándoselos también en comportamientos que son objeto de intervención de otros sistemas de control social.

Si no se quiere seguir la teoría del "delito natural", es decir, aquella doctrina que presenta la criminalidad como cualidad ontológica de algunos comportamientos o de determinados sujetos independientemente de los mecanismos socia-

[7] ROBERT 1994, p. 54.

[8] ¿Cómo es posible considerar como homogéneas formas de la criminalidad "tradicional", como por ejemplo las lesiones contra el patrimonio, la integridad física y el honor de una persona, por una parte, y por la otra, las fenomenologías de la "nueva criminalidad" propia de una sociedad postindustrial, como los delitos ecológicos, la corrupción administrativa, los riesgos tecnológicos, el tráfico de estupefacientes, la inseguridad del transporte urbano o la transmisión del HIV?

[9] Eso es demostrado por numerosos casos de intervención represiva del sistema penal, no obstante la controversia existente en la doctrina y en la opinión pública a propósito de la negatividad social o de la imputabilidad del hecho a determinados individuos.

les de definición y de imputación[10], entonces se debería reconocer la movilidad de los confines y la heterogeneidad del universo de los comportamientos criminalizados. CHAPMAN[11] ha observado que, para casi todos los comportamientos definidos como criminales, existen otros socialmente comparables, que no son objetos de tales definiciones. Por otra parte, deberíamos considerar que, para casi todas las áreas problemáticas que tienen "relevancia" penal, el sistema de la justicia criminal no opera en condición de monopolio: ello concurre con otros sistemas de control preventivo o reactivo, administrados por instituciones del Estado o de la sociedad civil. La pretensión de exclusividad o de supremacía de un sistema de control no puede ser nunca justificada por la "naturaleza" de la situación problemática, como la consecuencia necesaria de ella.

Si proponemos evaluar la política existente y elaborar nuevas políticas de control de las situaciones problemáticas o socialmente negativas, la referencia al actual sistema de justicia penal no permite pues, elaborar una definición satisfactoria del universo de las situaciones y de los comportamientos en cuanto "criminales". Aquella referencia no puede, de hecho, ser exclusiva, ni puede ser concebida como ontológicamente necesaria. Ella nos puede servir para el estudio de los procesos sociales e institucionales de definición de la criminalidad y de reacción a ella, a los fines del control interno del sistema punitivo; pero eso es absolutamente inadecuado para estudiar las variables relevantes a los fines del control externo del sistema.

Podríamos distinguir, en el discurso de la criminología contemporánea, una *dimensión de la definición o de la reacción social*, y una *dimensión comportamental*: ahora bien, a aquélla le corresponde el primero de los dos objetos de estudio, a ésta el segundo. En el primer caso, donde el objeto del

[10] Para una crítica del concepto ontológico de criminalidad y la correspondiente literatura, ver BARATTA 1982, ps. 38-43, 83-129, 1987, ps. 39-16.

[11] CHAPMAN 1968, ps. 174-178.

discurso es el sistema de la justicia penal, la criminología crítica ha contribuido a la formación de un modelo integrado de ciencia jurídico-penal, entendido en su función de control "interno" del sistema. Las dificultades y los problemas epistemológicos actuales de la criminología conciernen sobre todo a la dimensión comportamental.

Estas dificultades y estos problemas condicionan directa o indirectamente el actual debate sobre el futuro de la criminología e indican cuestiones todavía abiertas, que se hallan hoy en el centro de una crisis (¿de crecimiento?) de la criminología crítica[12]. La crisis se hace evidente cuando se pasa de la dimensión de la definición a la comportamental.

En la dimensión de la definición, en la que el objeto del discurso criminológico es el sistema de la justicia criminal, la criminología crítica ha contribuido a la formación de un modelo integrado de ciencia jurídico penal, que funciona como control interno del sistema. Aquí, la teoría y la sociología del derecho penal, introducidas en el discurso "integrado" de la ciencia jurídico penal pueden, gracias a su objeto, justificar epistemológicamente su autonomía y su competencia para seleccionar y organizar en el interior del propio discurso, elementos de otros saberes específicos (interdisciplinariedad interna).

En la dimensión comportamental, al contrario, el objeto del discurso de la criminología es constituido por el *referente material* de la criminalidad, es decir, por las situaciones problemáticas o socialmente negativas que pueden ser puestas en relación con comportamientos individuales. A diferencia de lo que ocurre en la dimensión de la definición, en el caso de la dimensión comportamental, el universo de eventos objeto de la criminología, tanto de la tradicional como de la crítica, no presenta, como se ha visto, ni confines estables ni homogeneidad. En este caso, la criminología y el discurso integrado de la ciencia jurídico-penal, se ocupan de situaciones problemáticas para ejercer una función de control externo, y

[12] Ver, NELKEN 1994, SWAANINGEN 1994; HESS; SCHEERER 1997.

de ello consigue que la autonomía científica y la competencia (integrante) dejen de existir. Cada una de las áreas problemáticas comprendidas en el universo de los eventos objeto del discurso puede ser estudiada en sus múltiples dimensiones, sólo gracias a contribuciones convergentes de disciplinas científicas y saberes especiales, que se organizan según una combinación específica por cada una de las áreas, sin que ninguna disciplina pueda, a priori, pretender un rol hegemónico o una competencia sobre la competencia de las otras.

Podríamos denominar interdisciplinariedad externa o pluridisciplinariedad a una forma de convergencia entre disciplinas científicas y saberes especiales con competencia equivalente[13]. La articulación de los diferentes elementos del saber varía no sólo en función de la naturaleza de los problemas que el discurso científico intenta controlar, sino también en función de la dinámica de las distintas áreas disciplinarias y de la percepción de los problemas por parte de los actores sociales que son políticamente responsables de la elaboración de las estrategias y de las tácticas de control público.

En tal contexto, se puede adelantar la tesis de que el control externo del sistema de la justicia penal y la puesta en marcha de una política coherente de respuesta a las situaciones problemáticas o socialmente negativas imputables al comportamiento de sujetos individuales, exige que se formen redes de convergencia de saberes, diferenciados y móviles, de acuerdo con los cánones de la interdisciplinariedad externa. Redes a las cuales, según la naturaleza de los problemas y de su percepción, también una ciencia integral del derecho penal puede ser llamada a contribuir.

No tiene futuro, opino, una disciplina, en nuestro caso la criminología, que pretenda encerrar dentro de la propia

[13] Tales formas de integración son consideradas particularmente prometedoras por la epistemología contemporánea, que frecuentemente utiliza para definirlas, el término de "transdisciplinariedad" (GRÄFRATH, HUBER, ULEMANN, 1991, ps. 182-185).

gramática fragmentaria la dimensión comportamental de la cuestión criminal, es decir, todas las situaciones problemáticas o ligadas a violaciones de derechos, toda la violencia y todos los conflictos que pueden ser puestos en relación con ella.

La criminología, así como cada una de las otras disciplinas –derecho, sociología, psicología y política–, considerada en la propia especificidad, puede dar sólo respuestas aisladas a la "cuestión criminal". Esto agrava la fragmentación de la comunidad científica y, como consecuencia, el aislamiento recíproco de las instancias de control, que son condicionadas por las distintas disciplinas científicas y se ocupan cada una por su cuenta de un segmento o de un aspecto particular de la fenomenología y del contexto de los mismos problemas sociales.

En lo que concierne a la dimensión comportamental de la "cuestión criminal", sólo un discurso transversal a la división académica del trabajo científico y de la disciplina institucionalizada, puede legitimarse desde el punto de vista epistemológico y político. Tal discurso no puede ser formulado, sino por un *sujeto colectivo* que se podrá formar, a través de la participación de actores provenientes de las distintas comunidades científicas, cuando a la lógica tradicional de las convocatorias académicas la sustituyera el empeño civil y la *demanda política* por parte de la comunidad de los ciudadanos y de las instituciones del gobierno local o nacional. Sólo tal sujeto y tal discurso podrán producir un saber social orientado al principio democrático de la interacción entre ciencia y sociedad, un discurso que no desatienda las necesidades reales de los ciudadanos.

2. *Eficientismo penal y eficiencia del pacto social*

El pacto social propio de la modernidad, el derecho moderno y sus Constituciones están ligados al intento de contener la guerra, de civilizar y de someter a reglas institucio-

nales los conflictos políticos y sociales[14]. En el interior de este proceso, la seguridad de los ciudadanos constituye la promesa central del Estado[15].

La condición de validez y de eficacia del pacto es la eliminación de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial. Sabemos, al contrario, que el resultado histórico hasta ahora, a raíz de la crisis de la modernidad, muy frecuentemente descrita en los discursos que se autocalifican "postmodernos", es que el derecho moderno, en el intento de contener la violencia, ha terminado por ocultarla, excluyendo del pacto los sujetos débiles, haciendo jurídicamente invisible la desigualdad y la violencia estructural en la sociedad.

El caso de la pena "pública" es sintomático. La ideología del Iluminismo y la legislación del Estado constitucional han intentado domesticar su crueldad premoderna, de administrarla como un remedio que, a pesar de su amargura, es todavía eficaz contra la violencia[16]. Pero el poder positivo continúa revelándose como un veneno que alimenta la violencia del Estado y de la sociedad. La interrelación entre la conflictividad social y política, y el proceso institucional e informal de criminalización; entre desigualdad y represión, entre violencia estructural y violencia penal, es una constante en la historia de la sociedad moderna y de sus sistemas punitivos[17].

Cuando los conflictos asumen la dimensión de la guerra civil, asistimos regularmente al recíproco condicionamiento entre la forma bélica de pensamiento y de acción y de aquellas propias de la reacción punitiva. El fenómeno se produce no sólo en los procesos de criminalización informal, sino también en los procesos institucionales propios de un siste-

[14] Para tal modelo interpretativo ver BARATTA, GIANNOULIS 1997, ps. 51-64.

[15] LEDNE 1996, p. 309.

[16] Para el uso de la metáfora del phármakon en un penetrante análisis de las relaciones entre la violencia institucional y la violencia "salvaje", ver RESTA 1992.

[17] Ver BARATTA 1993.

ma penal (paralelo), que acompaña de manera *natural* los conflictos armados. La fuerza del orden y el sistema penal legal asumen la forma de la guerra; al mismo tiempo, el *momento penal* se dilata desproporcionadamente, englobando las actitudes y las prácticas de las formaciones militares y paramilitares, de los grupos armados y de las organizaciones terroristas o criminales.

En la medida en que los conflictos disminuyen y se localizan en el tiempo y en el espacio, tiende a desaparecer el condicionamiento recíproco entre guerra y pena, entre violencia armada y violencia punitiva; el sistema punitivo legal se impone entonces sobre el sistema paralelo. La condición necesaria para una *normalización* del sistema penal legal, es que el Estado pueda ejercitar un control efectivo sobre el sistema paralelo, para impedir la continuación de la guerra y permitir que los conflictos sociales y políticos se desplieguen en forma no violenta. La normalidad del sistema penal es una consecuencia de la validez ideal y del respeto efectivo del pacto social y, por consiguiente, de la vigencia de la Constitución[18].

La paz es, sin embargo, condición necesaria del pacto social, mas no suficiente; las otras condiciones necesarias se encuentran en la eficacia de las normas que regulan la organización y la división de los poderes del Estado y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos/hombres[19].

Partiendo del célebre enunciado del artículo 16 de la Declaración de 1789, Carl SCHMITT[20] ha mostrado, con particular lucidez, que la efectiva separación de los poderes y las garantías de los derechos son determinadas por las Constituciones del Estado de derecho moderno, en su terminología, o sea, la del Estado de derecho burgués.

[18] Ver OROZCO ABAD, APONTE 1992, ps. 219-232.

[19] Sobre la equivalencia de las dos nociones, entendida como dato institucionalmente considerado, pero como reivindicación política y condición de efectiva democracia, ver BALIBAR, 1989, ps. 4-6 y 11-15. El autor muestra también que tal ecuación es ya enunciada en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

[20] SCHMITT C. 1989, ps. 125-220.

La utopía concreta de la alianza de las víctimas de la modernidad y de una reformulación del pacto social que garantice la "inclusión de los excluidos"[21], indica el recorrido para un proceso político de dimensiones planetarias que conduce, más allá de los límites del pacto social moderno, a formas más altas de "desarrollo humano"[22], en las cuales la relación entre necesidades, capacidades y derechos fundamentales alcanzarán un nivel superior.

Este camino de la lucha política pacífica pasa también por una interpretación y una aplicación dinámica[23] de las Constituciones de los Estados sociales de derecho[24], por una política de desarrollo social y de protección integral de los derechos (derechos civiles, sociales, económicos, culturales y de participación política), protección que no es solamente la finalidad (indicada al menos bajo la forma de principios generales de la acción estatal), sino también la garantía de funcionamiento de dichas constituciones. Si el camino no es recorrido, si es obstaculizado o interrumpido, o si el desarrollo humano es impedido –si sube el nivel de desigualdad y violencia estructural en la sociedad–, entonces no se dan las condiciones suficientes para la existencia de un derecho penal normal, aunque se haya realizado en todo o en parte la condición necesaria: la paz.

[21] Ver BARATTA, GIANNOULIS 1997, ps. 57-64.

[22] Uso este término, fundamentalmente, en el sentido adoptado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano. En tal concepto, las tres dimensiones elementales de "desarrollo humano", son la salud (es la expectativa de vida), la instrucción y el acceso a los recursos materiales que garantizan un standard aceptable de vida. En su relación anual los investigadores del Programa presentan la evolución, en los distintos Estados, de múltiples indicadores que cuantifican el desarrollo humano. Ver la definición del concepto en UNDP, Human Development Report, 1990, New York, ps. 9-16; sobre "derecho al desarrollo", ver DENNINGER, 1990, p. 221.

[23] Ver, DENNINGER, 1990, p. 27 y 226; CANOTILHO, 1982, p. 349.

[24] El término "Estado social de derecho" es utilizado en la ley fundamental de la República Federal de Alemania (artículo 28, apartado1; art. 20, apartado 1) y en las Constituciones de muchos Länder alemanes, vale naturalmente para todos los Estados democráticos actuales.

Los términos *eficientismo* o *funcionalismo* designan formas de perversión hoy difusas en Europa y América, es decir, en países cuyas Constituciones contienen los principios del Estado social de derecho y del derecho penal liberal. El eficientismo penal constituye una nueva forma de *derecho penal de la emergencia*, degeneración que ha acompañado siempre la vida del derecho penal moderno. No obstante la especificidad de los conflictos que existen en los diversos países del área europea y americana, el eficientismo representa un denominador común de la conflictualidad ligada a una doble crisis: en primer lugar, la crisis del sistema económico-social, producto de la globalización y de las políticas neo-liberales dominantes en el mercado y, en segundo lugar, la crisis de la política de los partidos del sistema representativo. Los conflictos debidos a la distorsión del desarrollo económico dejan de buscar alguna mediación adecuada en el sistema político.

La polarización social, la competencia entre los grupos de poder y la impotencia del Estado frente a estos fenómenos, hacen necesaria la invención de nuevas formas de disciplinamiento y de legitimación de los equilibrios de poder. El sistema punitivo se aprovecha de este *vacuum potestatis* apropiándose de los espacios libres. El derecho penal deja de ser subsidiario, de constituir la *última ratio* de acuerdo con la concepción liberal clásica y se convierte en la *prima ratio*, una panacea con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales. De modo tal, el derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo (con el aumento de la población carcelaria y la elevación cualitativa y cuantitativa del nivel de la pena, a punto tal que críticos ilustres del sistema penal hablan de edificación de nuevos *gulags*, en Occidente después de los años 80 [25]) y simbólico (con el recurso a *leyes-manifiesto*, a través del cual la clase política reacciona a la acusación de "laxitud" del sis-

[25] Ver, CHRISTIE 1994. Sobre el futuro de la cárcel, ver la discusión en SCHEERER 1996.

tema penal por parte de la opinión pública, reacción ésta que evoca una suerte de *derecho penal mágico*, cuya principal función parece ser el exorcismo[26]).

En el interior de este proceso, el eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal, en las Constituciones y en las Convenciones Internacionales. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal[27]. Se desliza hacia "un modelo totalitario de política criminal"[28], hacia las modalidades de una nueva "suave inquisición"[29], que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional.

Observado en la óptica de la teoría sistémica, el eficientismo penal es un clásico ejemplo de un círculo vicioso de la respuesta a una desilusión, debida a la percepción de la ineficacia de la reacción penal a determinados problemas. El eficientismo, podríamos decir con la terminología de LUHMANN, no responde *cognitivamente*, sino *normativamente* a la desilusión[30]; se niega a aprender y, en vez de buscar otra

[26] Ver, DELMAS-MARTY, 1986, p. 44; HASSEMER, 1989; ALBRECHT 1997, ps. 128-131; sobre el "derecho penal simbólico" ver MÜLLER, 1993; LEHNE, 1994.

[27] Para una crítica del eficientismo penal en el derecho sustancial y procesal ver SCHUMANN, 1977; BARATTA, SILBERNAGL, 1983, SMAUS 1985; BARATTA 1989; HASSEMER 1990; APONTE 1990; APONTE 1998, ALBRECHT 1993; FRISTER 1994; MOCCIA 1997. Se va en dirección de un modelo totalitario de política criminal (DELMAS-MARTY 1986, 190).

[28] Ver, DELMAS-MARTY, 1986, p. 190.

[29] Ver, PADOVANI, 1991.

[30] Utilizo aquí libremente conceptos elaborados en diversos trabajos por LUHMANN (ver, entre otros, LUHMANN 1993, ps. 76-83, 133-134, 555-556).

reacción más eficaz, intenta hacer más eficaz aquella reacción penal, aumentando su intensidad también en detrimento de la legalidad constitucional, del buen funcionamiento y de la legitimación de los órganos judiciales[31]. A la inevitable desilusión sigue una reacción punitiva más grave a la precedente, y la espiral represiva sigue aumentando, como muestra la experiencia de los últimos años en muchos países occidentales, con los Estados Unidos a la cabeza.

Sin embargo, el eficientismo no sería un mal tan grave, si se tratara sólo de un problema de aprendizaje; algunos argumentos fuertes podrían quizás curarlo. Por el contrario, es sobre todo un problema de actitud y como tal, no es sólo un síntoma, sino una parte integrante de la crisis social y política, y de los procesos de comunicación social que la acompañan. Aquello que está en juego no es sólo la percepción del derecho penal por parte de políticos, juristas y de la opinión pública, sino el modo de percibir los conflictos sociales. Ello parecerá más claro, si examinamos rápidamente las típicas distorsiones que caracterizan esta falsa percepción. No son más que articulaciones diferentes de aquello que podríamos denominar *criminalización de los conflictos*, o sea, la lectura de los conflictos en el código binario crimen/pena.

Se trata, en primer lugar, de una *eticización* y absolutización de los conflictos. A su contenido real (expresado en la existencia y la utilización de un recurso jurídico) se sobrepone una polarización ideológica entre bien y mal. Se produce de tal modo una expansión de la esfera moral, que tiene como efecto también favorecer mecanismos psicosociales de proyección, producir etiquetamientos y formar *mayorías silenciosas*. Ellos a su vez interaccionan con las cruzadas morales y las campañas de *ley y orden*, influyendo sobre los mecanismos de consenso y de legitimación del poder.

En segundo lugar, se produce una *decontextualización* y una *despolitización* de los conflictos. A la luz de una lectura

[31] Ver las anotaciones de FOUCAULT sobre las reacciones análogas respecto de la crisis de la cárcel (1975, ps. 273-274).

fuertemente reductiva del conflicto, el acercamiento penal se convierte en un *passe par tout* para la compresión de fenómenos complejos, como la mafia o las grandes organizaciones criminales, el terrorismo, las desviaciones del aparato militar –de otros cuerpos separados del Estado– la corrupción administrativa y la destrucción del ambiente.

En tercer lugar, podemos revelar una tecnificación de los conflictos, que es, en sustancia, una consecuencia de su despolitización. La solución de problemas, como aquellos que hemos recordado, puede ser sólo parcial y aparente, si ella es confiada a la exclusiva competencia de la disciplina criminológica y de los órganos especializados del sistema penal, substrayéndola de las áreas de la política y de la discusión pública. La historia antigua y reciente de la respuesta a la mafia en Italia, es un ejemplo elocuente de ello[32].

En fin, y paradójicamente, la criminalización de los conflictos produce también su despenalización. Mientras multiplica las previsiones de pena, el eficientismo penal multiplica también el número de casos de impunidad, los cuales, como han demostrado las investigaciones sobre la cifra oculta de la criminalidad y sobre los procesos selectivos de la justicia penal, representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes, también en la fenomenología de un derecho penal "normal". Ensanchando desmedidamente los programas de acción del sistema de la justicia criminal, sin que a ello le pueda acompañar un adecuado aumento de los recursos a su disposición (lo que, por otra parte, no sería augurable, porque significaría la militarización total de la sociedad)[33]. El eficientismo eleva los niveles de la selectividad estructural del sistema punitivo, mientras permanecen constantes las variables tradicionales de ella; también el derecho penal eficientista llena las cárceles, sobre todo, de sujetos socialmente débiles. En algunos países europeos que practican

[32] Ver, BARATTA, 1994a y la bibliografía allí indicada.

[33] Ver el análisis y las indicaciones bibliográficas en HASSEMER, 1989, ps. 558-559, MÜLLER, 1993, ps. 86-87.

el eficientismo, la mitad de la población carcelaria es constituida por tóxico-dependientes y "extracomunitarios"[34].

Con la pretensión de aumentar la eficacia del sistema penal, el eficientismo está siempre dispuesto a hacer concesiones respecto de las garantías individuales y de los principios de limitación del poder punitivo, que constituyen el principal índice de la normalidad del derecho penal. El eficientismo se encuentra entonces en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales. La anomalía del derecho penal tiene consecuencias negativas para su eficacia, también en aquellos casos en los cuales esta anomalía parece ser inmediatamente compensada con algún resultado positivo en la lucha contra la criminalidad. Tiene consecuencias negativas, porque es casi imposible demostrar que estos resultados no hubieran podido conseguirse con respeto de las normas constitucionales en materia penal, pero también y sobre todo, porque en el cálculo general de la eficiencia del sistema jurídico de un Estado de derecho, las violaciones de aquellas normas tienen una influencia nefasta sobre la confianza de los ciudadanos y sobre el consenso social de los cuales se nutre el sistema constitucional y, en consecuencia, sobre la eficacia misma del pacto.

La violencia de los conflictos "barbariza" el derecho penal pero, recíprocamente, la violencia punitiva fuera de las reglas y de los límites del Estado social de derecho, "barbarizan" los conflictos. El derecho penal mínimo[35], el derecho penal de la Constitución[36], no es sólo el programa de un derecho penal más justo y más eficaz; es también un gran programa de justicia social y de pacificación de los conflictos.

[34] Ver SIM, RUGGIERO, RYAN, 1995, ps. 10-11; RUGGIERO, 1995, ps. 48-49; BERGALLI, 1995, p. 157; TOURNIER 1966, ps. 133-137.

[35] BARATTA 1985.

[36] BRICCOLA 1973, 1984.

3. De la política criminal a una política integral de defensa de los derechos

Si la criminología en su dimensión comportamental no tiene futuro, ¿puede tenerlo la política criminal? Para afrontar apropiadamente tal cuestionamiento será conducente subrayar que, en verdad, es necesario disponer de programas de acciones justas y eficaces para controlar los siguientes fenómenos:

- Las situaciones problemáticas o de violaciones de los derechos fundamentales imputados a comportamientos de individuos;
- Los procesos de criminalización;
- Las consecuencias individuales y sociales de las violaciones de los derechos, así como las de los procesos de criminalización.

Ello corresponde a la triple tarea que la política criminal debería asumir siguiendo la dirección más avanzada y crítica de la criminología. Parece ahora evidente que la política criminal encuentra los problemas que, como habíamos visto, surgen en relación con la autonomía teórica de la criminología y la homogeneidad de su objeto.

El universo de las situaciones negativas que pueden convertirse en objetos de la política criminal no poseen ni siquiera aquella aparente homogeneidad que tienen las situaciones definidas como "crímenes" en la ley penal. La política criminal, de hecho, se ocupa también de proponer nuevas definiciones legales y modificar las existentes. Por este motivo, su universo no sólo no es homogéneo, sino que, por definición, es indeterminable, porque le falta incluso aquel límite (en el sentido matemático o geográfico del término) artificial y contingente, establecido por las definiciones legales.

En cuanto a los instrumentos de control, su ventaja se torna siempre más amplia y diferenciada en el interior de los sistemas penales contemporáneos. Al recurso de las sanciones alternativas a la pena carcelaria se acompañan tentativas de redefinición del sistema de las penas que ponen en

duda la centralidad de la cárcel, la que permanece aún ahora como la característica calificante del sistema penal moderno[37]. Pero el espacio que se abre a la imaginación política es extremadamente vasto cuando salimos de las penas alternativas a la cárcel y entramos en la alternativa a la pena, en el universo de la prevención no penal: esta línea de distinción demarca el paso de una *política criminal alternativa*, a una *alternativa a la política criminal*.

La construcción del objeto y del instrumento de control conducen a la política criminal a una crisis de identidad y de competencia aún más grave que aquella que ha tenido lugar en la criminología. Si la práctica de la interdisciplinariedad externa es necesaria para la criminología en crisis, con mayor razón lo será para la política de control de la criminalidad y de las situaciones socialmente negativas. En efecto, mientras los problemas creados por la construcción del objeto de la política criminal son comparables a aquellos ya encontrados en la criminología, la definición de los instrumentos de control ofrecen, en el caso de la política criminal, un argumento ulterior a favor del encuentro entre el saber y comunidades científicas diversas. Aun en este caso y con mayor razón, la confrontación y la colaboración entre diversos saberes y entre las experiencias de operadores del Estado, de la administración local y de la sociedad civil, podrán contribuir al surgimiento de un *sujeto colectivo*. Como se ha visto arriba, la composición y las características de este sujeto corresponden a la especificidad de los problemas, a la pluralidad de las estructuras de investigación y de las agencias

[37] FOUCAULT (1975, p. 119) examina la "colonización de la penalidad por parte de la cárcel" en una obra consagrada a la interpretación de la "evidencia" social y política de la cárcel, no obstante su aparente fracaso (p. 234). Por su parte DELMAS-MARTY (1986, p. 70) habla de la equivalencia "pena = cárcel" puesta en duda por la evolución teórica y legislativa de los últimos decenios. Importantes son las contribuciones y las propuestas de EUSEBI (1990) para el análisis crítico de la centralidad de la cárcel y la superación de ésta en el marco de una respuesta articulada a la actual crisis de la pena.

que tienen a cargo las situaciones problemáticas; a la diferenciación de los instrumentos de control. Se tratará, en pocas palabras, de pasar "de lo simple a lo complejo, de lo único a lo múltiple"[38].

A primera vista, el cuadro presentado conduce a dos opciones, ambas insatisfactorias: asignar a la política criminal un espacio de acción heterogéneo con límites indeterminables, o buscar su especificidad en un campo de intervenciones que tienen que ver con la producción, la aplicación o la reforma de las reglas del derecho penal sustancial, procesal y del derecho penitenciario. En el último caso, la política criminal tendría un campo de actividad todavía vasto, pero sería limitada a la política del derecho penal. Aunque no se quiere negar que el derecho penal representa una condición necesaria para el control y la limitación de la violencia punitiva, que en el estado actual de las cosas, va más allá de los límites del derecho penal en lo que se refiere a muchos aspectos[39], no se debe resignar a hacer de aquél una condición suficiente. Es necesario salir del *impasse* evitando, en primer lugar, el círculo vicioso del eficientismo penal y, en segundo lugar, la criminalización de la política social.

Un esfuerzo conjunto de la fantasía de los juristas y de la imaginación colectiva podría quizá emancipar el quehacer político de la "cultura de lo penal". Tal esfuerzo debería tender a una radical relectura de las necesidades humanas y de las situaciones de riesgo en la óptica del sistema de los derechos fundamentales y del edificio normativo entero de la Constitución. No se trata solamente de diseñar un derecho penal de la Constitución, sino de redefinir la política pública, a la luz del proyecto constitucional, como política de ejer-

[38] Ver, DELMAS-MARTY (1986, p. 214). La autora nos invita a ver en la actual crisis de la política criminal "el signo de una verdad futura".

[39] Es por esa razón que he podido calificar como el desafío histórico lanzado hoy al sistema penal, la demanda de coherencia entre los principios jurídicos fundamentales que regulan la función punitiva y la realidad de los aparatos represivos (BARATTA, 1990, p. 48; 1985, ps. 447-464).

cicio efectivo y de protección integral de los derechos fundamentales. La tarea que deberíamos cumplir tiene, como objetivo, garantizar autonomía y centralidad a todos los derechos fundamentales que están en juego en una concepción amplia de política criminal, colocando, sin embargo, entre paréntesis u olvidando por cierto tiempo, por puras finalidades metodológicas, la importancia de su protección penal. Podríamos asumir, entretanto, que una política de justicia social y de igualdad, puede tener un efecto positivo sobre el control de la criminalidad y los procesos de criminalización independientemente de las intervenciones del derecho penal.

La política del derecho penal es aquella que resta de la política criminal cuando le han sido substraídas todas las operaciones que tienen un solo efecto indirecto y secundario sobre el control de la criminalidad, de los procesos de criminalización y de las consecuencias de ambos, y tienen, al contrario, su situación específica y directa en otros sectores de la política de los derechos. Si renunciamos a entender la política criminal colocándola en el lugar de la política social, entonces podríamos aceptar reducirla a la política del derecho penal.

La estrategia multidisciplinaria y multiagencial no busca un rígido límite ni siquiera en aquella estrategia que separa la ciencia integrada del derecho penal y el universo de los otros saberes, las agencias del sistema de la justicia criminal y aquellas de los otros sistemas.

El resultado es que, para ciertas áreas problemáticas, la convocatoria a los respectivos "ateliers de trabajo multidisciplinarios" se deberá extender también a las disciplinas y a las instancias de la justicia penal. Pero al rechazo de una exclusión prejudicial deberá acompañarle el rechazo de una "natural" y "necesaria" dimensión penal. Se delinea así la perspectiva científica y política de una búsqueda, desprejuiciada y pragmática, pero fiel a la Constitución, de nuevas reconstrucciones y nuevas modalidades de intervención pública respecto de las situaciones problemáticas o socialmente negativas. En tal perspectiva, el principio de subsidiariedad

de la intervención penal es válido no sólo normativamente, sino también como criterio de la metodología multidisciplinaria. La carga de la prueba, en el caso de controversia, quedará a cargo de quien sostiene la necesidad del componente penal.

Se dibuja de tal forma un *tercer modelo* de integración entre los discursos científicos, distinto tanto del positivista como del crítico; un modelo que usa las reglas de las disciplinariedad externa y de la pluralidad de las instancias y tiene presente, al mismo tiempo, el alto grado de diferenciación, que pueda ser alcanzado por el instrumentario del derecho[40]. Este modelo permite elaborar estrategias de protección de los derechos que pueden coordinar, en la dimensión nacional y particularmente en aquella local, las intervenciones preventivas o reactivas de distintas políticas públicas; también, aquellas de la política del derecho penal, cuando sean inevitables.

La idea de la formación de un sujeto colectivo en la forma de una agregación móvil y abierta de las disciplinas en ello representadas, según un principio de reciprocidad y de igualdad, expresa la necesidad de crear talleres de trabajo multidisciplinario para responder a la demanda social de protección de los derechos. Ello podría poner remedio a la fragmentariedad y al recíproco aislamiento de los saberes y de las agencias.

El *derecho penal mínimo* es, al mismo tiempo, como se ha visto, el "derecho penal de la Constitución". Representa el espacio residual de la intervención punitiva en el marco de una política integral de protección de los derechos, en el caso de que graves violaciones de los derechos fundamentales y una demanda social ineludible lo hagan necesario. Como derecho penal de la Constitución, el derecho penal mínimo presupone un esfuerzo continuo de la imaginación social por el control del sistema punitivo y de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la justicia, de la po-

[40] DELMAS-MARTY 1986; LÜDERSSEN 1995.

licía y de la cárcel[41]. Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos.

"Olvidando" los delitos y las penas, podremos, pues, asegurar en el ámbito de la política integral de los derechos, un espacio específico a la política del derecho penal. Cuando sustituyamos la política criminal por una política integral de protección de los derechos, la política del derecho penal podrá, aunque en el modo residual y subsidiario que prescribe la Constitución, ser parte integrante de ella.

4. Notas conclusivas: la política criminal y la Constitución como proyecto. Teoría y práctica de un garantismo positivo

El derecho penal moderno ha sido siempre considerado como una nueva base de la pena. A la luz de una experiencia por lo menos bicentenaria y frente a la actual deslegitimación de los sistemas punitivos y del derecho que debería regularlos[42], parece lícito proponer otra interpretación: el de-

[41] Tal control no tiende únicamente a una limitación de la violencia y del radio de acción de los aparatos punitivos (una necesidad evidenciada por la investigación de los últimos decenios, que han mostrado la imposibilidad del sistema penal para realizar sus funciones "manifiestas", ver, BARATTA, 1976; 1982; 1990, ps. 38-47), sino que también a la transformación de estos aparatos, a través de una redefinición de los roles, de las prioridades y de los actores de la prevención y de la represión. Tal transformación presupone la voluntad de experimentar las múltiples vías de una apertura simbólica y real de la cárcel frente a la sociedad (ver BARATTA 1982, p. 206), considerando al detenido como sujeto activo de la cárcel y no más como "objeto de tratamiento". En tal perspectiva, la prisión deja de ser lugar de "preparación a la reintegración" y se convertiría, aunque simbólico y contradictorio, en un campo de ejercicio de la ciudadanía del detenido integrado a la actividad social; ver BARATTA 1994 y el dossier "Art et pensée en prison" de la revista Lignes, N° 27, 1996, sobre todo las significativas reflexiones de BALIBAR, 1996.

[42] ZAFFARONI 1989.

recho penal liberal ha sido, sobre todo, un intento de la modernidad por limitar y regular la pena, pero ella permanece en el marco de una reacción premoderna y sólo cambian las formas de sufrimiento[43]. El esfuerzo del derecho moderno por domesticar la violencia punitiva, legitima a ésta última en tan poca medida, como el derecho internacional y humanitario ha legitimado la guerra.

El derecho penal de la Constitución vive hoy la misma condición que el derecho penal del Iluminismo vivió en su tiempo: él debe limitar y regular la pena, pero para que el derecho penal de la Constitución no tenga la misma suerte del derecho penal liberal, permaneciendo en gran parte en la mente de sus ideólogos, es necesario que reencuentre una dimensión política fuerte y auténtica. Esto sólo será posible si se incorpora en una política integral de protección de los derechos fundamentales.

Cuando en los años 80 en el ámbito de una estrategia del *derecho penal mínimo*, proponía practicar una *epoché*[44], es decir, una suspensión metodológica de los conceptos de "crímenes" y de "penas", no pretendí realmente poner en duda la existencia de situaciones socialmente negativas que deben ser controladas, ni tampoco la realidad del sistema punitivo. Quise, más bien, alentar un esfuerzo de la fantasía jurídica y política, dirigido a reconstruir aquellas situaciones con otros conceptos, a fin de posibilitar formas de intervención alternativa; una intervención sobre las variables que han surgido en la reconstrucción, a través de un *experimento*, que consiste en ignorar de forma provisional, las categorías criminológicas y penales. De tal modo se daba acceso a la competencia de otras disciplinas y de otras instancias de control, en grado de afrontar las mismas situaciones de un modo diverso al de las disciplinas y de las instancias del sis-

[43] Ver, CHRISTIE 1981; BARATTA 1987.

[44] Ver, BARATTA 1985 p. 467; 1993, ps. 20-24. Epoché: del griego epekho, detenese, suspender. El escepticismo griego lo aplica a la decisión de suspender el juicio cuando se encuentran opiniones de igual valor. (N. del T.)

tema penal y, probablemente, más justo y eficaz. En aquella argumentación el límite entre "penal" y "no penal" era claro, pero quizás era demasiado rígido. Por otra parte, el reenvío a la competencia de otras disciplinas y de otras agencias no penales no era acompañado, entonces, por una reflexión sobre los problemas epistemológicos y prácticos sobre operaciones necesarias para una construcción pluridisciplinaria y pluriagencial de las situaciones para control y de las políticas de control.

Si una transformación se ha producido en mi perspectiva, ésta ha consistido en superar una separación demasiado rígida entre los distintos acercamientos teóricos y las diversas instancias de control del Estado y de la sociedad civil. Al mismo tiempo, me he empeñado en la búsqueda de un principio de coordinación que permitiese proyectar, a nivel central, la experiencia y los programas de los sujetos colectivos que operan, a nivel local, en la perspectiva de *una articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades*[45].

Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo[46] no solamente en sentido negativo, como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino, también y sobre todo, como *garantismo positivo*. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante

[45] BARATTA, 1985, 469.

[46] Sobre tal concepto, ver la obra monumental de FERRAJOLI 1990, ps. 329-340. El derecho penal es aquí definido normativamente como "el derecho del más débil", introduciendo así la variante del garantismo positivo con dominancia penal, es decir, una variante que implica una larga utilización del derecho penal, que sería capaz de asegurar la protección de los derechos fundamentales. En mi propio sentido el garantismo no deberá tener, por el contrario, dominancia penal (no jurídico-estatal); como la función principal, permanece la protección política y socialmente "más fuertes"; ver, BARATTA, 1995, ps. 23-26.

parte de ellos, que podríamos denominar *derechos de prestación de protección*, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas.

No se puede ignorar aquella parte de la inseguridad urbana debida efectivamente a comportamientos delictuosos, pero entendiendo que la necesidad de seguridad de los ciudadanos, no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de *todos* los derechos propios: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno[47].

La relación existente entre garantismo negativo y garantismo positivo equivale a la relación que existe entre la política de derecho penal y la política integral de protección de los derechos. El todo se sirve de cada uno de los elementos que lo conforman, pero cada uno de estos elementos necesita del todo.

Referencias bibliográficas

ALBRECHT, P.A., "Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts", en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993, 2, 163-182.

ALBRECHT, P. A., "La politique criminelle dans l'Etat de prévention", en *Déviance et société*, 2, 1997, 123-135.

[47] Ver DENNINGER, 1990, ps. 257-259, que habla del "derecho elemental de ser ciudadano". Ver, en sentido análogo, los desarrollos teórico-políticos proporcionados por FRIEDMANN (1992) a la teoría del empowerment.

ALEXY, R., *Theorie der Grundechte*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1986.

APONTE, A. D., *Cómo matar a la justicia en la tarea de defenderla: "Estatuto para la defensa de la justicia"*, en "Análisis político", 11, 1990, 77-90.

APONTE, A. D., *Justicia dramática en Colombia: consolidación del derecho penal de enemigo*, Saarbrücken, 1998. Manuscrito próximo a publicarse.

BALIBAR, E., *La proposition de l'égaliberté*, Paris, Les Conférences du Perroquet, nº 22, 1989.

BALIBAR, E., *Murs contre murs (impressions de Saint-Maur)*, "Lignes", 27, 1996, 63-77.

BARATTA, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, "La Questione criminale", 2-3, 1976, 237-261.

BARATTA, A., *Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, "La Questione Criminale", 2, 1979, 147-183.

BARATTA, A., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982.

BARATTA, A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, "Dei Delitti e delle Pene", 3, 1985, 443-473.

BARATTA, A., *L'esistenza e il laboratorio del diritto. A proposito dell'imputazione di responsabilità nel processo penale*, "Dei Delitti e delle Pene", 1, 1987, 37-60.

BARATTA, A., "Il nuovo rito penale: la posta in gioco", *en Il nuovo rito penale, fascicolo monografico de "la difesa penale"*, Latina, Bucalo, 1989, 231-251.

BARATTA, A., "Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1990, 19-49.

BARATTA, A., "Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und strafrechtlicher Strafe", en MARTINEK M., SCHMIDT J., WADLE E., *Festschrift für Günther Jahr*, Tübingen, Mohr, 1993, 9-24.

BARATTA, A., *I nuovi orizzonti della prevenzione*, "Sicurezza e territorio", 2, 1993a, 9-14.

BARATTA, A., *Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione*, "Dei Delitti e delle Pene", 3, 1994, 137-150.

BARATTA, A., "Mafia e Stato. Alcune riflessioni metodologiche sulla costruzione del problema e la progettazione politica", en G. FIANDACA e S. COSTANTINO (ed.), *La mafia, le mafie*, Roma-Bari, Laterza, 1994a, 95-117.

BARATTA, A., "Prefazione", en MOCCIA, S., *La perenne emergenza*, Napoli, ESI, 1995, XI-XXVI.

BARATTA, A., SILBERNAGL, M., *La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale*, "Dei Delitti e delle Pene", 3, 1983, 543-580.

BARATTA, A., SILBERNAGL, M., *Neue Legitimationsstrategien des Strafrechts und ihre Kritik als Realitätskritik*, "Kriminologisches Journal", 1, 1988, 32-49.

BARATTA, A., GIANNOULIS, CH., "Dal diritto europeo all Europa dei diritti", en RIZZO, V. (ed.), en *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, Napoli, ESI, 1997, 32-64.

BERGALLI, R., "The Spanish Attempt to Build a Democratic Criminal Justice System", en RUGGIERO V., RYAN M., SIM J. (editor), en *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy*, London, Sage, 1995, 149-168.

BRICCOLA, F., *Teoria generale del reato*, "Novissimo Digesto italiano", vol. XIX, Torino, Utet, 1973, 8-93.

BRICCOLA, F., "Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela", en DE ACUTIS M., PALOMBARINI G. (editor), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984, 3-84.

CANOTILHO, J. J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra editora, 1982.

CHAPMAN, D., *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London, Tavistock, 1968.

CHEVALIER, G., *L intérêt central pour le local. Analyse des politiques socio-préventives en France entre 1981 et 1986*, "Déviance et société", 3, 1988, 237-267.

CHRISTIE, N., *Limits to Pain*, Oslo, Universitetsforlaget, 1981.

CRISTIE, N., *Crime Control As Industry: Towards Gulags Western Style*, London, Routledge, 1994.

CREAZZO, G., *Le politiche di "nuova" prevenzione: lo stato dell arte*, "Quaderni di Città sicure", 4, 1996, 13-28.

DE ANDRADE PEREIRA, V. R., *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

DELMAS-MARTY, M., *Modèles et mouvements de la politique criminelle*, Paris, Economica, 1983.

DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit. Du Code Pénal aux Droits de l' Homme*, Paris, P. U.F., 1986.

DENNINGER, E., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

DUPREZ, D., "Le modèle francais de prévention de la délinquance: la recherche d' un second souffle", en HEBBERECHT P., SACK F. (editor), *La prévention de la délinquance en Europe, Nouvelles stratégies*, Paris, L. Harmattan, 1997, 61-82.

EUSEBI, L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana 1990.

FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1990.

FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.

FRIEDMANN, J., *Empowerment. The Politics of Alternative Development*, Cambridge, Blackwell, 1992.

FRISTER, H., "Beschleunigung der Hauptverhandlung durch Einschränkung von Verteidigungsrechten?", en *Strafverteidiger*, 8, 1994, 445-454.

GALTUNG, J., *Strukturelle Gewalt, Beiträge zur Friendens-und Konfliktforschung*, Reinbek b. Hamburg, Rowohlt, 1975.

GARCÍA MÉNDEZ, E., *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika*, Fankfurt/M., Vervuert, 1985.

GASSIN, R., *Criminologie*, Paris, Dalloz, 1988.

GRÄFRATH, B., HUBER, R. UHLEMANN, B., *Einheit, Interdisziplinarität, Komplementarität. Orientierungsprobleme der Wissenschaft heute*, Berlin, De Gruyter, 1991.

HANNOVER, H., *Kollaboration mit der Justiz als Kriterium der Freund-Feind Unterscheindung*, "Kritische Justiz", 4, 1989, 394-408.

HASSEMER, W., "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, 12-553-559.

HASSEMER, W., "Das Schicksal der Bürgerrechte im 'effizienten' Strafrecht", en *Strafverteidiger*, 1990, 7, 328-331.

HEBBERECHT, P., SACK, F. (editor), *La prévention de la délinquance en Europe. Nouvelles stratégies*, Paris, L. Harmattan, 1997.

HESS, H., SCHEERER, S., *Was ist Kriminalität? Skizze einer konstruktivistischen Kriminalitätstheorie*, en "Kriminologisches Journal", 2, 1997, 83-155.

JUNG, H., *Das Opferschutzgesetz*, JuS, 2, 1987, 157-160.

KAISER, G., *Kriminologie*, Müller, Heidelberg, 1985.

KRAUSS, D., *La vittima del reato nel processo penale*, "Dei Delitti e delle Pene", 2, 1983, 283-298.

LAZERGES, C., *La politique criminelle*, Paris, P. U. F., 1987.

LEHNE, W., *Symbolische Politik mit dem Strafrecht*. Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht, en "Kriminologisches Journal", 3, 1994, 210-224.

LEHNE, W., "Präventionsräte, Stadtteilforen, Sicherheitspartnerschaften. Die Reorganisation des Politikfeldes 'Innere Sicherheit'", en TROTHA v. T. (editor), *Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse, Festschrift für Fritz Sack*, Baden-Baden, Nomos, 1996, 299-319.

LÜDERSSEN, K., *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1995.

LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1993.

MOCCIA, S., "Aspects régressifs du système pénal italien", en *Déviance et société*, 2, 1997, 137-163.

MÜLLER, J. C., *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, "Kriminologisches Journal", 2, 1993, 82-97.

NELKEN, D., (editor), *The Future of Criminology*, Oxford, Clarendon, 1994.

OROZCO ABAD, I., APONTE, A. D., *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Temis, 1992.

PADOVANI, T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", XXIV, 1991, 529-545.

PEPINO, L., SCATOLERO, D., *Vittime del delitto e vittimologia*, "Dei Delitti e delle Pene", 1, 1992, 181-193.

POULET, I., BRION, F., DUPONT, A., *Prévention en concentration au niveau local*, Brugge, Vanden Broele, 1991.

RESTA, R., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Bari, Laterza, 1992.

ROBERT, PH. (editor), *Les politiques de prévention de la délinquance à l' aune de la recherche*, Paris, L. Harmattan, 1991.

ROBERT, PH., "Les chercheurs face aux politiques de prévention", en ROBERT, PH. (editor), *Les politiques de prévention de la délinquance à l' aune de la recherche*, Paris, L. Harmattan, 1991a, 13-27.

ROBERT, PH., *Évaluer la prévention*, en "Archives de politique criminelle", 16, 1994, 53-70.

ROBERT, PH., RENOUARD, J. M., "Bilan des connaissances en France", en ROBERT, PH. (editor), *Les politiques de prévention de la délinquance à l' aune de la recherche*, Paris, L. Harmattan, 1991, 191-205.

ROCHÉ, S., *Les victimes: de la communauté à l' assurance en passant par l' État*, "Déviance et société", 4, 1995, 355-370.

RUGGIERO, V., "Flexibility and Intermittent Emergency in the Italian Penal System", en RUGGIERO V., RYAN M., SIM J. (Editor), *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy*, London, Sage, 1995, 46-70.

SCATOLERO, D., "Vittime, insicurezza e territorio: prospettive d' azione", "Dei Delitti e delle Pene", 2, 1992, 179-190.

SCHEERER, S., "Zwei Thesen zur Zukunft des Gefängnisses-und acht über die Zukunft der sozialen Kontrolle", en TROTHA V. T. (ed.), *Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse, Festschrift für Fritz Sack*, Baden-Baden, Nomos, 1996, 321-334.

SCHMITT, C., *Der Begriff des Politischen: Text von 1933 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963.

SCHMITT, C., *Verfassungslehre* (1928), Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

SCHUMANN, K. F., *Der Handel mit Gerechtigkeit*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1977.

SCHÜNEMANN, B., "Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, 193-200.

SELMINI, R., *Attività di prevenzione e sicurezza: il ruolo dell' ente locale*, "Sicurezza e territorio", 17, 1994, 9-16.

SIM, J., RUGGIERO, V., RYAN, M., "Punishment in Europe: Perceptions and Commonalities", en RUGGIERO V., RYAN M., SIM J. (editor), *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy*, London, Sage, 1995, 1-23.

SMAUS, G., "Technokratische Legitimierungen des Strafrechts", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1985, 90-103.

STEFANI, G., LEVASSEUR, G., BOULOC, B., *Droit pénal général*, Paris, 14ª ed., Dalloz, 1992.

SWAANINGEN VAN, R., *Criminologia critica e declino del Welfare State*, "Dei Delitti e delle Pene", 3, 1994, 31-56.

TOURNIER, P., *La prison à la lumière des nombres*, "Lignes", 27, 1996, 128-141.

VOURC, HC., "Synthèse des débats", en ROBERT PH. (editor), *Les politiques de prévention de la déliquance à l' aune de la recherche*, Paris, L. Harmattan, 1991, 265-279.

WILSON, J.W., KELLING, G.L., "The Police and Neighborhood Safety: Broken Windows", en *The Atlantic Monthly*, 1982, 29-39.

ZAFFARONI, E.R., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Depalma 1986.

ZAFFARONI, E.R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

ZAUBERMANN, R., *Victimes en France: des positions, intérêts et stratégies diverses*, "Déviance et société", 1, 1991, 27-49.

SEGURIDAD*

Resumen

El presente artículo se divide en tres partes: en la primera, se explica y analiza por qué "la seguridad" como necesidad humana y como función general del sistema jurídico carece de contenido propio y se recomienda que la seguridad o certeza del Derecho, desde el punto de vista interno del sistema jurídico, debe venir construida normativamente y no fácticamente. También se enseña como, hasta ahora, existe reducción de la seguridad jurídica. Por último, se muestran las dos direcciones opuestas de "la política de seguridad", aquella que ha sido hasta hoy el modelo dominante en Europa y en los Estados Unidos (modelo del derecho a la seguridad) y, aquella representada por notables experiencias de política de seguridad entendida como política de la ciudad (modelo de la seguridad de los derechos). En la segunda parte, se narran las dos historias diferentes que han marcado la política de prevención y seguridad en los Estados Unidos y Europa. Se concluye sosteniendo que ambas historias se sobreponen y que no es posible en la realidad reconocer dos modelos de política de prevención y de seguridad, por lo que se construyen, por medio de estilización y polarización, dos tipos opuestos ideales (el modelo ilegítimo y el modelo legítimo), los cuales se representan gráficamente. La última o tercera parte, justifica, desde varios aspectos, el modelo legítimo o de la seguridad de los derechos.
Palabras clave: Seguridad, política de seguridad, prevención, sistema jurídico.

* Traducción del italiano por Leticia Quiroz Ignacio.
Publicado en "Capítulo Criminológico", vol. 29, nº 1, junio 2001.

I

La seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico (Evers, 1987). En ambos casos carece de contenido propio porque, respecto del sistema de necesidades, la seguridad es una necesidad secundaria, y respecto del sistema de derechos, la seguridad es un derecho secundario. En una teoria antropológica e histórico-social la necesidad de seguridad es accesoria (y en este sentido "secundaria") respecto a todas las otras necesidades básicas o reales[1], que pueden definirse como "primarias". Es la necesidad de certeza de la satisfacción de necesidades, asignando a la "certeza" un doble significado: discursivo (reflexivo) y temporal. La certeza discursiva (reflexiva) se refiere al objeto de las distintas necesidades primarias, a su construcción y definición en la esfera del intelecto y del lenguaje; se trata de la necesidad de conocer y comunicar las necesidades. La certeza temporal se refiere a la continuidad de la satisfacción, es decir, a la repetición de ésta, más allá de la situación actual. En ambos sentidos, la necesidad secundaria de certeza es determinada por su satisfacción en una dimensión natural e instintiva, hasta llegar a una dimensión histórica e intelectual.

[1] Como "necesidades básicas" entendemos aquellas que se han estabilizado en la historia natural del hombre y por lo tanto tienen un alto grado de constancia en el tiempo y en el espacio, así como las necesidades de alimentos, vestimenta y abrigo. Por "necesidades reales" entendemos aquellas, altamente evolutivas, que se producen en la relación dinámica entre satisfacción de las necesidades, desarrollo de las capacidades y surgimiento de nuevas necesidades. Esta relación dinámica es propia de la historia social del hombre. Las necesidades "reales" corresponden a potencialidades de desarrollo y de calidad de vida que resultan del grado alcanzado por la capacidad de producción material y cultural en la sociedad, aunque se realizan sólo en parte, debido a distorsiones del sistema de producción y distribución de la riqueza, desperdicios, guerras e injusticia social. Sobre esta concepción de las necesidades y sobre la *proyección normativa* de ellas en derechos, a lo largo del proceso de positivización de los derechos humanos y fundamentales, véase BARATTA A., "Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechte", en *Festschrift für Günter Ellscheid zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 1999, ps. 9-18.

En el sistema jurídico la necesidad se presenta en forma de derechos. Pero, también en este caso, la necesidad de seguridad no es una necesidad primaria, sino accesoria (y en este sentido "secundaria") a todas las otras necesidades reconocidas como derechos en este sistema. En referencia a los derechos, la seguridad adquiere, sin embargo, dos significados diferentes, según que sea observada desde un punto de vista externo o interno al sistema jurídico. Considerando la necesidad de seguridad en una teoria sociológica del derecho la pregunta que se plantea es : ¿Hasta qué punto el Derecho, entendido como sistema de operaciones, contribuye a la seguridad[2] en la sociedad? Éste es un cuestionamiento directo de la validez "empírica" del derecho, en la cual la seguridad es concebida como un hecho.

En una teoría normativa (técnico-jurídica) del derecho, por el contrario, el cuestionamiento de la seguridad se dirige a la validez "ideal" del derecho[3]. En la teoría sociológica se considera la seguridad *a través* del derecho. En la teoría normativa se considera la seguridad *del* derecho: para esta concepción se usa frecuentemente el sinónimo "certeza". El punto de vista empírico o sociológico es *externo* al sistema jurídico, el ideal o técnico-jurídico es, por el contrario, un punto de vista *interno.*

[2] Es oportuno distinguir en este caso la seguridad objetiva de la seguridad subjetiva. La primera se refiere a la satisfacción de necesidades reconocidas como derechos, la segunda al sentimiento de seguridad (o de inseguridad) difuso o de los distintos individuos. Desde el punto de vista objetivo podemos distinguir abstractamente los objetos de la necesidad de seguridad, en base a su reconocimiento o no reconocimiento como derechos. Por otro lado, en el sentimiento (individual o difuso) de seguridad o inseguridad, es posible diferenciar en concreto, diversos objetos; sin embargo siempre queda una parte residual de este sentimiento, en la que se sedimentan de manera indiferenciable las experiencias y los afectos relativos a las distintas necesidades. Por este componente residual sería una tarea ardua, cuando no imposible, observar los efectos específicos del derecho.

[3] Para la distinción entre un sentido empírico (sociológico) y un sentido ideal (normativo, técnico-jurídico) de validez véase WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft.* Grundrisse der verstehenden Soziologie, primer tomo, Tübingen 1956, ps. 181-82.

La seguridad (o certeza) del derecho desde el punto de vista interno del sistema jurídico debe estar construida, por ello, en referencia a normas e interpretaciones de normas; en otras palabras: normativamente y no fácticamente. Decir "los derechos son ciertos" significa, desde el punto de vista interno, que la norma que los protege es suficientemente clara, consistente con las reglas y los principios de la Constitución y operacionalmente coherente con el procedimiento legal en el que se debe asegurar su "justiciabilidad".

Por lo que se ha visto hasta ahora, debería resultar evidente que un "derecho fundamental a la seguridad" (ISENSEE, 1983) no puede ser otro que el resultado de una construcción constitucional falsa o perversa. En efecto, tal construcción será superflua, si significa la legítima demanda de seguridad de todos los derechos para todos los individuos (en este caso, antes que de derecho a la seguridad será correcto hablar más bien de seguridad de los derechos, o de "derecho a los derechos"[4]) o bien será ideológica, si implica la selección de algunos derechos de grupos privilegiados y una prioridad de acción del aparato administrativo y judicial en su favor y, al mismo tiempo, limitaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en las Convenciones Internacionales[5].

[4] No contradice, sino confirma la tesis expuesta en el texto el hecho de que el Art. 2 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 consagró, un "derecho a la seguridad". El contenido de este derecho no es otro de lo que HEGEL denominó "el derecho absoluto a los derechos" y efectivamente, como en la formulación de HEGEL, se trata del mantenimiento y de la estabilidad en el tiempo de los derechos naturales, una vez positivizados como derechos fundamentales de los ciudadanos. En su ilustrativa interpretación del art. 2 de la Declaración Ulrich K. PREUß identifica este "derecho a los derechos" como el "derecho humano a los derechos civiles". Véase PREUß U. K., *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Frankfurt am Main 1994, p. 136.

[5] No hubiera podido escapar a observadores atentos y preocupados por la suerte del Estado social de derecho una maniobra con miras a limitar la seguridad de los derechos, a través del artificio del "derecho a la seguridad", en el contexto de una estrategia conservadora dirigida a legitimar, en vez de corregir, la actual tendencia a privilegiar la fuerza, en lugar

Estos mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales en favor de ciudadanos "respetables" y garantizados, a costa de los excluidos (inmigrantes de color, desempleados, sin hogar, toxicodependientes, jóvenes marginados, etc.) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, al mismo tiempo, genera el sentimiento de inseguridad en la opinión pública y se alimenta de ella. El resultado es una forma de estilización selectiva de las áreas de riesgo de violación de derechos, en la cual la parte no está por el todo; por el contrario está en lugar o directamente, contra el todo. "Todo" significa todos los derechos fundamentales y todas las personas.

Desde un punto de vista abstracto "la política de seguridad" puede tener dos direcciones opuestas: puede estar orientada al modelo del *derecho a la seguridad* o al modelo de la *seguridad de los derechos*. En concreto el modelo dominante en Europa (y en los Estados Unidos) es el primero. Pero la orientación al segundo modelo, representada por notables experiencias de política de seguridad entendida como *política de la ciudad*[6], constituye no sólo un modelo alternativo *legítimo*, sino también una opción posible, pero improbable. Esta opción corresponde a una política integral de protección y satisfacción de todos los derechos fundamentales y humanos

Una política integral de protección y satisfacción de los derechos fundamentales y humanos no es sólo un modelo

---

del derecho, como garantía de la seguridad, tendencia que corresponde al desarrollo de una *sociedad de control* y de un *Estado penal*, condicionado por el efecto de la globalización neoliberal de la economía. Para la crítica del "derecho a la seguridad" véase HANSEN R., *Eine Wiederkehr des "Leviathan"? Starker Staat und neue Sicherheitsgesellschaft*, en "Kritische Justiz", 32, 1994, ps. 240-42. Para la crítica a la sociedad de control y al "Estado de la prevención" véase HIRSCH J., *Der Sicherheitsstaat. Das "Modell Deutschland", seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen*, Frankfurt am Main 1986; DENNINGER E., *Der Präventionsstaat*, en "Kritische Justiz", 26, 1988, ps. 1-15; DE GIORGI A., ob. cit.

[6] Un ejemplo sobresaliente es el proyecto "Città Sicure" de la Región Emilia-Romagna en Italia.

posible (pero improbable), alternativo a aquel existente (pero no necesario); es también un modelo legítimo, porque corresponde a la validez ideal de las normas contenidas en la Constitución del Estado social de derecho, al derecho internacional de derechos humanos y a la demanda social de implementación de estas normas. Y en tal sentido, en efecto, después de una preliminar deconstrucción del sentimiento de inseguridad[7] y de la demanda de pena existente en la opinión pública, podrá ser reconstruida la *demanda de seguridad*, como contenido actual y potencial de la "comunicación política de base"[8]. Una reconstrucción así permitirá establecer, desde los puntos de vista empírico y normativo, que la política de prevención del delito y el derecho penal no pueden tomar el puesto de una política integral de derechos, por el contrario son eficaces y legítimas sólo en cuanto operen como un componente parcial y subsidiario de esta política[9].

En una visión correcta desde el punto de vista del derecho constitucional e internacional la política de prevención y de seguridad abraza un campo extremamente más amplio que la perspectiva restringida de la "lucha" contra la criminalidad (una lucha directa sobre todo o solamente hacia el control de los excluidos). Esa es, también y sobre todo, una lucha contra la exclusión social y contra los mecanismos in-

[7] Para una amplia discusión sobre la investigación internacional de la inseguridad y del miedo al crimen véase MOSCONI G. TOLLER A., *Criminalità, pena e opinione pubblica, la ricerca in Europa*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1998, ps. 144-212; PADOVAN D. VIANELLO F., *Criminalità e pena: la costruzione sociale dell'insicurezza*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1999, ps. 247-286; ROCHE S., *Sociologie politique de l' insicurité*, Paris 1998.

[8] Sobre la comunicación política de base como ejercicio de democracia y su diferencia con respecto de la opinión pública y la investigación demográfica véase SCHMIDTCHEN G., *Die befragte Nation: Über den Einfluss der Meinungsforschung auf die Politik*, Freiburg im Breisgau, 1959.

[9] Sobre la necesaria inserción de la política penal en el marco general de las políticas de protección de todos los derechos fundamentales véase BARATTA A., *Droits de l'homme et politique criminelle*, en "Déviance et Société", 23, 1999, ps. 239-257.

humanos y esclavizantes[10] de acumulación impuestos por la globalización neoliberal de la economía; una lucha, en suma, por una sociedad basada sobre la realización de las necesidades reales, es decir, de las potencialidades de desarrollo[11] de los individuos y de los pueblos.

II

En los últimos veinte años, dos historias diferentes han marcado la política de prevención y de seguridad en los Estados Unidos y en Europa. Podemos recorrerlas de modo sumario indicando los puntos siguientes.

1. Historia número uno[12]*:*

1.1. Al inicio de los años ochenta está tan ampliamente difundido el conocimiento de la quiebra de una política de control del crimen a través de la represión penal (amenaza y aplicación de la pena estatal), como el de los límites de una política de seguridad centralista, tecnocrática y autoritaria.

1.2. Se intensifica, en consecuencia, la investigación de un nuevo camino para la administración de la seguridad entendida como un "bien colectivo", a través de políticas no represivas, locales y participativas. Las administraciones locales y las oficinas de los alcaldes se convierten en protagonistas de programas de control del delito y de comportamientos "incivilizados" en el marco de una más vasta política de la ciudad dirigida, en particular, a prevenir la marginación so-

[10] Sobre el creciente fenómeno de la esclavitud en el marco de la economía global véase ARLACCHI P., Schiavi. *Il nuovo traffico di essere umani*, Milano 1999; BALES K., *I nuovi schiavi*, Milano 2000.

[11] Véase *Supra*, nota 2.

[12] ROBERT Ph. (ed.), *Les politiques de prévention a l'aube de la recherche*, Paris 1991; BARATTA, A. *I nuovi orizzonti della prevenzione*, en "Sicurezza e territorio" 2, 1993, ps. 9-14; HEBBERECHT W., SACK F. (ed.) *La prévention de la delinquence en Europe*. Nouvelles Strategies, Paris 1997.

cial[13]. Se multiplican las tentativas de implicar diversos actores del Estado y de la comunidad local en programas "multiagenciales" de acción (*partenariat*, en la terminología francesa).

1.3. Además de la estructura vertical de centro y periferia o, conforme al país, juega un papel importante paralelamente la estructura horizontal constituida por redes nacionales o internacionales de gobiernos locales. El *Forum des collectivités locales européennes pour la securité urbaine* y la *Conferencia de los Síndicos de los Estados Unidos* convocaron en 1989 en Montreal (Canadá) la "First European and North American Conference on Prevention of Delinquency". La segunda conferencia, con la participación de Australia y de Países africanos, siguió en 1991, en París (Francia). Los temas principales de la conferencia fueron los crímenes de la calle (hurto y robo con violencia o intimidación), la delincuencia juvenil y aquella ligada a la tóxicodependencia. La problemática de la seguridad se extiende al sentimiento de inseguridad y a los comportamientos "incivilizados"[14]. Al lado de la prevención "situacional" se da importancia a la prevención "social" de la delincuencia[15].

[13] En Francia y en otros paises los programas locales están sostenidos y financiados por la administración central.

[14] Sobre estos enfoques de la *nouvelle prévention* véase ROBERT Ph., ob. cit., Introducción.

[15] Con la introducción de este concepto se acompaña sin embargo el grave riesgo de una superposición entre política criminal y política social, dirigiéndose esta última al control preventivo de infractores potenciales, en lugar de dirigirse a la realización de los derechos fundamentales de personas (como jóvenes marginados, extranjeros) que han sido privados de su goce. Véase BARATTA A., *Droits de l'homme et politique criminelle*, ob. cit. Esta tendencia está en la base de lo que ha sido analizado criticamente como el paso del Estado asistencial al Estado penal. Véase WACQUANT L. J. D., *De l'État social à l'État pénal*, Actes de la Recherche en Sciences Sociales, 124, 1998.

2. Historia número dos[16]*:*

2.1. Debido al impacto de los proyectos de evaluación, pero más aún a la crisis del Estado social, un escepticismo general se difunde en los Estados Unidos durante los años ochenta, con respecto a programas de tratamiento y de resocialización en las prisiones, así como de aquellos alternativos y postpenitenciarios, especialmente en lo que se refiere a los jóvenes infractores[17]. La crisis de la política de la "rehabilitación" produce un desplazamiento, al mismo tiempo, hacia las teorías "neoclásicas" de la pena como la retribución y hacia las teorías neoautoritaristas de la pena como las de neutralización (en las formas de *incapacitation* y de *specific deterrence*). La consecuencia es un dramático incremento de la población carcelaria y de la ejecución de la pena de muerte en los años noventa. Al lado de la "nueva penología" surge y se desarrolla en los años ochenta y noventa, en los Estados Unidos y en la Gran Bretaña, una política criminal "actuarial" (FEELEY y SIMON, 1994).

2.2. La política criminal actuarial presupone la existencia de grupos sociales caracterizados por un alto riesgo de criminalidad que no puede ser reducido en breve tiempo (pero en realidad se trata de un alto riesgo de criminalización, debido a la selectividad del sistema represivo, que se dirige

[16] Para un análisis general de las transformaciones sociales y políticas a las cuales se acompaña este desarrollo, véase GARLAND D., *Punishment and modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford 1990; FUNK A., *Ausgeschlosse und Bürger: Das ambivalente Verhältnis von Rechtsgleichheit und sozialem Ausschluß*, en "Kriminologisches Journal", 1995, ps. 243-256; YOUNG J., *The Exclusive Society. Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London 1999.

[17] Véase LIPTON D., MATTISON R., WILKS J., *The Effectiveness of Correctional Treatment*. A. Survey of Treatment Evaluation Studies, New York 1975; MARTIN S.E. SECHREST L.B., REDNER R. (ed.), *New Directions in the Rehabilitation of Criminal Offenders*, Washington 1981. Para una reconstrucción del debate y una discusión de los métodos estadísticos empleados en las evaluaciones de los programas de resocialización en los Estados Unidos véase WILSON J.Q., *What works? Revisited: New Findings on Criminal Rehabilitation*, en "The Public Interest" 61, 1981, ps. 3-37.

con prevalencia o casi exclusivamente, contra los grupos sociales más débiles). Consecuentemente las medidas represivas deben ser concentradas sobre una "clase de infractores severamente restringida"; lo que puede ser justificado sólo por el hecho de que "estamos redistribuyendo una carga de riesgo que no somos capaces de reducir inmediatamente" (Feeley y Simon, 1994). Un atento estudioso del argumento describe esta "lógica asegurativa", que inspira la política criminal, en los siguientes términos: "...existen, por consiguiente, factores de riesgo distribuidos casualmente en al ámbito de una colectividad, que no pueden ser referidos directamente a sujetos particulares, sino en cuanto estos últimos entran en grupos determinables, en base a una mayor o menor tasa de riesgo" (DE GIORGI, 2000).

2.3. Se desarrolla en Estados Unidos y adquiere gran resonancia en Europa el modelo de "tolerancia cero" como respuesta a la criminalidad y al desorden social ("Ventanas rotas"[18]). Se asiste a una amplia recepción, sobre todo en los ambientes conservadores de la política y de la administración, del "modelo de New York"[19]. En Gran Bretaña se desarrollan las nuevas políticas represivas de la era Thatcher y ahora del gobierno Blair[20].

3. Las dos historias se sobreponen parcialmente y ni siquiera es posible reconocer en la realidad únicamente *dos* mo-

[18] Si una ventana rota no es reparada enseguida, en breve tiempo todas las ventanas de la casa estarán rotas: con esta teoría, expuesta en un artículo ya famoso, WILSON y KELLING han introducido la filosofía de la "tolerancia cero" acogida en New York bajo la administración del alcalde Giulani. Véase WILSON J.Q., KELLING G. L., *The Police and Neighborhood Safety*, en "The Atlantic Montly", marzo de 1982, ps. 29-38.

[19] Véase, entre la abundante literatura, HECKER W., *Vorbild New York? Zur aktuellen Debatte über eine neue Sicherheits- und Kriminalpolitik*, en: "Kritische Justiz", 30, 1997, ps. 395-410; DREHER G., FELTES Th. (ed.) *Das Modell New York – Kriminalprävention durch "Zero-Tolerance"?* Beiträge zur aktuellen kriminalpolitischen Diskussion der Holzkirchen, 1997; HESS H., *Fixing Broken Windwos and Bringing dawn Crime*. Die New Yorker Polizeistrategie der neunziger Jahre, en "Kritische Justiz", 32, 1999, ps. 32-57.

[20] Véase el *Crime and Disorder Act*, de 1998.

delos de política de prevención y de seguridad. Es posible por otra parte construir, mediante estilización y polarización, dos opuestos *tipos ideales* y distribuir, en referencia a ellos, por su mayor o menor proximidad, los modelos existentes en Europa y en América. Los dos tipos o modelos ideales serán definidos, a continuación, a través de diez pares de *ítems*. En el esquema representado en la tabla siguiente los ítems de la columna "A" representan el modelo ilegítimo, al cual se acerca la tendencia represiva de la política de prevención y de seguridad hoy dominante en Europa y en los Estados Unidos. Los ítems de la columna "B" representan por el contrario el modelo legítimo, al cual se acercan los programas alternativos de política de prevención y de seguridad, dirigidos hacia una política integral de protección y de implementación de derechos.

A	B
1. Exclusión social.	Inclusión social.
2. Seguridad para los fuertes contra el riesgo proveniente de los débiles y de los excluidos.	Seguridad de todos los derechos de todas las personas.
3. Política tecnocrática, dirigida a la la conservación del statu quo social.	Política democrática, dirigida al *empowerment* de los débiles y de los excluidos.
4. Política centralista, autoritaria.	Política local, participativa.
5. Reducción de la demanda de seguridad a la demanda de pena y de seguridad contra la criminalidad.	Deconstrucción de la demanda de pena en la opinión pública y reconstrucción de la demanda de seguridad de todos los derechos.
6. Toda la política de seguridad es política criminal.	La política criminal es un elemento subsidiario en el inte-

	rior de una política integral de seguridad de los derechos.
7. Política privada de seguridad. La seguridad es un negocio. Los ciudadanos se convierten en policías (*neighbourhood watch*).	Política pública de seguridad. La seguridad es un servicio público. Los policías se convierten en ciudadanos (policía comunitaria).
8. Aceptación de la desigualdad y limitación del disfrute de los espacios públicos de parte de la víctima potencial.	Afirmación de la igualdad y uso ilimitado de los espacios públicos por parte de todas las personas.
9. Seguridad a través de la reducción de los derechos fundamentales (eficientismo penal, "derecho a la seguridad").	Seguridad en el marco de la Constitución y de los derechos fundamentales ("derecho penal mínimo", seguridad de los derechos).
10. Seguridad como política de la "fortaleza Europea".	Seguridad como política de una "Europa abierta", dirigida al desarrollo humano en el mundo.

III

1. En la sociedad global y en las sociedades nacionales la lógica de la exclusión es la dominante. El desarrollo económico, calculado en términos de valorización del capital y el desarrollo humano calculado según los indicadores usados por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo no tienen una relación necesaria entre ellos. Por consiguiente, en general y en distintos países, crecen simultáneamente la riqueza y la pobreza y la distancia entre ricos y pobres; es decir, entre la inclusión en el desarrollo y la exclusión. Esta distancia determina los estereotipos del diferente y del peligroso, el contenido específico del sentimiento de inseguri-

dad de los grupos sociales asegurados[21] y una política de seguridad dirigida exclusivamente al control de la población reducida en papeles precarios del proceso productivo o sin ningún papel. La espiral de exclusión se eleva, con la paradoja de que el control del riesgo aumenta el riesgo y la seguridad de los asegurados se vuelve precaria. En lugar de aumentar la seguridad de pocos crece la inseguridad de todos.

2. El derecho a la seguridad de grupos socialmente fuertes con respecto de riesgos provenientes de grupos carentes del disfrute de derechos fundamentales o por el contrario, la seguridad de los derechos de todos: esta disyuntiva no es sólo la disyuntiva entre dos objetivos opuestos de la política de seguridad o de la política pública. En ella se mide la distancia entre dos conceptos y dos prácticas opuestas de la *política*. El modelo de la inclusión, antes de ser un modelo de política de seguridad, es un modelo de desarrollo económico y humano en distintos países y en el mundo.

La producción de riqueza pagada con el empobrecimiento y el subdesarrollo, es decir con el aumento de necesidades que no se traducen en demanda de bienes en el mercado así como la destrucción de capacidad humana que, por tanto, no se traduce en oferta de bienes indican que la economía neoliberal es la base del modelo social de exclusión y del modelo correspondiente de política de prevención y de seguridad. Es difícil imaginar ciudades seguras en las condiciones impuestas por la economía neoliberal. Es más fácil imaginarlas en las condiciones permitidas por una economía al servicio del desarrollo humano, donde el riesgo y la inseguridad disminuirán en la medida en que aumenta la seguridad de derechos de todos. El primer objetivo corresponde a la política como *administración* del statu quo social, el se-

[21] Véase, también para una amplia documentación sobre recientes investigaciones, LEGNARO A., *Die Stadt, der Müll und das Fremde –plurale Sicherheit, die Politik des Urbanen und die Steuerung der Subjekte*, en "Kriminologisches Journal", 1998, ps. 268-283.

gundo a la política como *proyecto* de una sociedad diferente, de una sociedad más justa y más igualitaria[22].

3. La política como administración del statu quo social es un modelo tecnocrático; la política como proyecto es un modelo democrático. En el primero los políticos son los técnicos, en el segundo los ciudadanos son los políticos. El *empowerment*, es decir el aumento del poder social de los grupos débiles, la inclusión social de los excluidos, no es sólo el resultado, sino, además, la condición de una política democrática. La aparente circularidad entre condición y resultado se transforma en una espiral, si se considera la democracia como un proceso, que requiere la extensión de la base social de la participación en mecanismos comunicativos y de decisión y al mismo tiempo la promueve.

Sólo el proceso democrático (y no la administración tecnocrática de la desigualdad y de los riesgos) puede permitir el *proyecto* de una política de seguridad entendida como política de derechos, porque sólo ella es, al mismo tiempo, un proyecto de seguridad de la ciudad y un proyecto de ciudad, de comunicación política, de sociedad.

4. Un proyecto dirigido a contrarrestar la fuga general del ciudadano de la política, quizás encuentra hoy un campo preliminar de experimentación en la dimensión local. En la comunidad local, en el municipio, en el barrio, allí puede tener inicio el proceso de reintegración del ciudadano en la política, es decir el cambio del lugar de la política, desde la *opinión pública a la discusión política de base*[23], y entonces el tránsito del modelo tecnocrático de la política al modelo democrático. En el modelo tecnocrático los ciudadanos son espectadores de aquella que ha sido denominada "la política como espectáculo", en el modelo democrático los ciudadanos son actores de la política.

[22] Sobre la alternativa entre las dos concepciones de la política y entre tecnocracia y democracia véase BARCELLONA P., *Lo spazio della politica. Técnica e democrazia*, Roma 1993.

[23] Cfr. *supra*, nota 10.

La dimensión local es, además, aquella en la que es más fácil dar a experiencias políticas nuevas, basadas en la participación activa del ciudadano, el carácter de un experimento político, que no es sólo el resultado de un proceso democrático comunicativo y decisional, sino al mismo tiempo el objeto y el alimento de este proceso. El experimento político requiere la visibilidad social de los efectos y la posibilidad de que su evaluación se convierta, a su vez, en nuevo objeto de la comunicación política de base. Tales condiciones se ven favorecidas, a mi juicio, por la dimensión local.

En suma, la dimensión local permite más fácilmente la formación de actores políticos colectivos y multiagenciales, con la participación de organismos públicos y privados. Los actores políticos colectivos y multiagenciales son de gran importancia, no sólo para asegurar a la política pública de prevención y de seguridad la participación de la comunidad local, sino también la multidisciplinariedad en la construcción de los problemas y la multiagencialidad de la respuesta a ellos a través de diferentes saberes académicos y de diferentes profesiones[24].

La reintegración del ciudadano en la política ofrece la posibilidad de sustituir el *marketing* político, basado en la opinión pública, con la dialéctica de la opinión y el consenso, que tiene lugar en la comunicación política de base. La opinión pública tiene muy poco de *público*, en realidad, es sólo el promedio estadístico de las opiniones privadas. Privadas, porque son expresadas por los entrevistados no en el ejercicio de un papel público, del *status activus* de ciudadano, sino en la función de espectador aislado, objeto casual de un sondeo de opinión. Cuando, por el contrario, estamos en presencia de un encuentro público, o de carácter público, entre ciudadanos (o entre ciudadanos y funcionarios) en el papel y en la responsabilidad que deriva de la participación en decisiones en nombre colectivo, entonces, en el ejercicio de la democracia participativa, se realiza el *uso público de la razón*.

[24] Sobre el enfoque multidisciplinario y la organización multiagencial de la política de protección de derechos y de la *política de la ciudad*, véase BARATTA A., *Droits de l'homme et politique criminelle*, ob. cit.

5. La investigación sociológica en el tema de inseguridad y de demanda de pena han demostrado que éstas derivan sólo en parte de una percepción directa del riesgo de la criminalidad. Representan, mayormente, la canalización de frustraciones que dependen, en realidad, de la insatisfacción de otras necesidades y de otros derechos. En una comunicación racional entre ciudadanos, en la cual pueden confluir los resultados de investigaciones científicas, la opinión pública no es un criterio de evaluación y de decisión sino, más bien, el objeto de un discurso crítico. A través del saber científico y la comunicación política de base la demanda de pena puede venir deconstruida y decodificada como una demanda de seguridad de todos los derechos.

6. Aquí se evidencia la alternativa entre los dos modelos opuestos de política criminal. Una administración tecnocrática de la opinión pública produce la hipérbole y el aislamiento de la política criminal como política simbólica y represiva: los *actores* políticos venden la ilusión de seguridad contra el consenso del *público* de la política. En este caso, la canalización de diversas necesidades en necesidad de seguridad contra la criminalidad, no sólo es utilizada, sino también fomentada por los actores políticos. La parte viene dramatizada y sustituye al todo: toda la política de seguridad es política criminal. En el autogobierno democrático del bien colectivo seguridad, por el contrario, la política criminal, preventiva o penal, encuentra sus propios límites y su propia legitimidad en el diseño constitucional de los derechos y constituye, por ello, un componente parcial y subsidiario de la política dirigido a su protección y realización.

7. La oposición entre gobierno tecnocrático y autogobierno democrático del bien seguridad se expresa también en la oposición entre una concepción privada y una concepción pública de este bien. La política criminal, en el primer caso, corresponde a un modelo neoliberal radical de la economía y de la política. Esto significa que la acción político-criminal del Estado y de las Entidades locales resulta *parcial* y *subsi-*

diaria: pero no en el contexto de una política integral sino sólo en el contexto general de la privatización y mercantilización de funciones primarias reservadas al Estado social.

La experiencia estadounidense de este proceso está todavía lejos de la europea, pero menos lejana de lo que puede parecer a primera vista. En Europa una gestión comercial de las instituciones penitenciarias, como la introducida en los Estados Unidos, todavía no posee actualidad. Pero los servicios privados de policía ya han alcanzado una extensión igual o superior a la de los servicios públicos.

Podemos encontrar también otro aspecto, no menos importante, de la privatización del gobierno de la seguridad: se trata de *autogobierno*, pero no de un autogobierno público, como en el modelo democrático, sino de autogobierno privado. Además, en este caso, como en el precedente, estamos en presencia de una renuncia del Estado a la función que debería legitimarlo, sobre la base del pacto social moderno: el monopolio de la violencia. Aparecen entonces, junto a empresas privadas de vigilancia, organizaciones de autodefensa del vecindario (*neighbouroogh watch*). Con la privatización, la cualidad y la eficacia de los servicios de seguridad se elevan proporcionalmente según el poder económico y el poder social de los destinatarios. Este desarrollo en el campo privado se suma, a un aumento general de la desigualdad de protección contra el delito, a la selectividad estructural de la protección ofrecida por la justicia penal. Su selectividad, como se sabe, consiste no sólo en el hecho de que criminaliza más a los pobres que a los ricos, sino también en el hecho de que defiende más a los ricos que a los pobres[25].

La experiencia de las organizaciones de vecindario ha tenido en Europa un momento de expansión, sobre todo en Gran Bretaña. En el modelo neoliberal de la policía privada, el servicio de policía se convierte en negocio, los ciudadanos

[25] Para un incisivo análisis histórico y teórico sobre la selectividad de la justicia criminal y su relación con la inigualdad social véase SMAUS G., *Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differentiation*, Baden-Baden 1988.

se convierten en policías. A este modelo se contrapone el del Estado social de derecho, en el cual la prevención y la seguridad son el objeto exclusivo de la política pública, en un régimen dirigido a alcanzar la máxima igualdad social de las oportunidades (de ser protegido y de ser controlado).

La distancia entre los policías y los ciudadanos disminuye en la medida en que la policía se inserta en la comunidad, viene adiestrada y se autorrepresenta como una instancia específica del sistema general de la protección de todos los derechos. No es una casualidad que el experimento de la "tolerancia cero" de Nueva York esté basado sobre todo en una reorganización radical de la policía, en sentido diametralmente opuesto al modelo de la "policía comunitaria": distancia de la población, extrema dureza y aislamiento en la función de "guerra a la criminalidad" respecto al contexto de la protección de los derechos, con una clara tendencia a limitaciones y violaciones de ellos y una fuerte dirección selectiva de la actividad de prevención ("situacional" y represiva) hacia los grupos de "alta concentración del riesgo", es decir, de los excluidos.

8. Las formas de autodefensa no violenta forman parte de los programas de prevención dirigidos hacia las víctimas potenciales. Estos programas se traducen en buena parte en una educación para la autolimitación del disfrute de derechos fundamentales y de los espacios públicos. En el caso de la mujer, estas autolimitaciones, acompañadas de la dependencia culturalmente radicada de la "protección" patriarcal (donde los protectores deben ser del mismo género que los agresores) y de un estructural déficit de protección por parte de la justicia penal, forman parte de una historia antigua. Las autolimitaciones son *reinventadas* hoy por la victimología preventiva.

En la medida en que se traduce en programas y "consejos" de autolimitación (no salir sola por la noche, no frecuentar ciertas calles, ciertos lugares públicos, etc.) esta prevención, si la consideramos atentamente, deriva de la misma ló-

gica de los modelos "actuariales"[26] de la política de seguridad: se da por descontado que existen lugares y grupos "peligrosos"; que los hombres son *naturalmente* la fuente de la violencia que padece la mujer. En vez de llevar a cabo políticas estructurales y culturales para controlar estos "riesgos", se pide a la víctima que renuncie a parte de sus derechos. Antes que ser la igualdad de derechos y de poder social una finalidad, la desigualdad es el presupuesto y el programa mismo de la victimología preventiva. Por consiguiente, en el extremo opuesto de este modelo, está el modelo del disfrute ilimitado de los propios derechos por parte de la víctima potencial. De este modo surgen programas que pueden darle efectivamente más seguridad a la ciudad, poblando las calles y las plazas de ciudadanos dispuestos a comunicarse, promoviendo el encuentro con los otros (los extranjeros)[27], antes que convertirlas en desierto del cual se deba huir.

9. Volviendo de lo particular a lo general: el caso de la victimología preventiva es sólo un ejemplo de la fundamental oposición de dos modelos de política de prevención y de seguridad. Por un lado, como se ha visto, está el modelo basado en la restricción de derechos fundamentales, que encuentra su propio lugar tanto en programas basados en la subordinación a un pretendido "derecho a la seguridad" (la seguridad de aquellos que son de la parte ventajosa del confín interno de la exclusión) como en los programas del derecho penal de la emergencia o del llamado "eficientismo" penal, basado en la pretensión de hacer más eficiente y más rápida la maquinaria de la justicia penal, a expensas de los derechos de los imputados y de la verdad material en el proceso.

[26] Véase *supra*, II, 2.2.

[27] Como se ha comprobado en una de las investigaciones empíricas (dirigida por DARÍO MELOSSI) en el marco de la actividad del Comitato Scientifico del proyecto "Città Sicure", de la Región Emilia-Romagna en Italia, el "miedo" frente a los extranjeros es inversamente proporcional a la intensidad de los contactos con ellos. Se tiene miedo de lo que no se conoce, del "otro". Sobre la ambigüedad de la relación con el "extranjero" en la sociedad contemporánea véase DAL LAGO A. (ed.), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Genova 1997.

Del otro lado está el modelo de la protección y de la realización de los derechos de todos, comenzando con los derechos de los grupos más débiles (que por el contrario, en el primer modelo, sólo son el objeto que sufre y no el sujeto que goza de la política de seguridad), de las mujeres y de los niños en los espacios privados. Estos espacios están, normalmente, excluidos de la economía de la seguridad en los programas de seguridad ciudadana, como si pudieran existir ciudades seguras en tanto que mujeres y niños permanecen inseguros en sus casas.

En el modelo de la seguridad de los derechos de todos encuentra su espacio legítimo, naturalmente, también la seguridad contra los delitos. Pero no se trata solamente de la seguridad contra los delitos típicos de los individuos provenientes de grupos marginados, (criminalidad difusa, microcriminalidad), sino también contra los delitos propios de individuos perteneciente a grupos poderosos. Se trata de la seguridad de los derechos de todos frente a las distorsiones delictivas o, en todo caso, socialmente perjudiciales del proceso de valorización del capital en las condiciones impuestas por la desregulación neoliberal de la economía.

10. En el punto precedente se ha hablado de confines internos, de desarrollo económico interno en los países y las regiones del mundo, como, en nuestro caso, la Unión Europea. La sociedad de control y el Estado penal no sólo producen desigualdad sino, sobre todo, la presuponen. Pero la desigualdad presupuesta por la política nacional y regional de seguridad es producida a nivel mundial, en la economía global. Los confines internos entre grupos asegurados y grupos socialmente débiles, entre ciudadanos europeos y extracomunitarios (confines que en la Unión Europea sustituyen aquellos entre los Estados miembros) (GIANOULIS, 1999) no son más que la pantografía de los confines externos erigidos entre la "Fortaleza Europa" y el mundo.

La política de seguridad y la política asistencial en países del "primer" mundo tienen en común entre ellas que son casi siempre emergenciales. Pero esta falta de proyección tem-

poral, este "odio al futuro" es, a su vez, la característica de la economía globalizada[28]. Se trata de políticas de prevención y de seguridad sin futuro, que se inscriben en una economía sin futuro. Cuando se intentan proyecciones temporales en la relación entre Europa y el mundo, no se va más allá de la reglamentación del flujo migratorio para los próximos años.

Si la exclusión social tiene una raíz global y, a su vez, es el punto de emergencia de problemas de la seguridad, resulta entonces evidente que cada política de seguridad será ilusoria si no se inscribe dentro de una política global de desarrollo en el mundo. Ninguna fortaleza podrá contener el oleaje migratorio hacia las áreas del mundo en las cuales se ha concentrado el desarrollo económico. El riesgo de la ilegalidad y de la super-explotación resultará, para los habitantes del tercer y del cuarto mundo, siempre menor que la propia expectativa existencial de pobres, sin trabajo, sin tierra, de sujetos sin futuro, producidos por una economía que odia el futuro.

Debemos restituir el futuro a la economía y a la política en un marco metodológico general que abarque todas las políticas y las profesiones en un modelo orientado a la emancipación y al bienestar general, y no a los privilegios de pocos. No es todo pero es muchísimo, para asegurarle a la búsqueda de los contenidos específicos de los programas y de las profesiones un criterio heurístico adecuado a la extrema complejidad del sistema social del mundo y a la opción política por la democracia.

La batalla continuará desenvolviéndose, inevitablemente, en los innumerables frentes en los cuales los ciudadanos, los profesionales y los funcionarios empeñan su práctica cotidiana.

Hay, sin embargo, una gran diferencia en la perspectiva de investigación, de formación y de acción de todos los actores empeñados en las políticas de prevención y de seguridad, según que se parta de una metodología global o que cada es-

[28] Esta importante observación está contenida en un artículo del enonomista francés René PASSET. Véase PASSET R., *Limites de la circulation marchande*, en "Le Monde Diplomatique", Supplement, junio de 1992, III.

pecialista se limite, en su propio campo, a buscar cómo administrar o reparar los gastos producidos por fuerzas y procesos puestos fuera del control crítico del uso público de la razón, ignoradas o consideradas naturales o fatales. Vuelve a ser actual la formulación que a esta alternativa dieron los esposos SCHWENDINGER en el 1970, refiriéndose a dos modelos opuestos de criminología, una formulación que ciertamente abraza no sólo la producción del saber científico, sino también la formación de los profesionales y la acción cotidiana de los actores de la política. La pregunta que entonces se dirige todavía hoy a todos nosotros, los que, de alguna manera, nos encontramos reunidos bajo la etiqueta de "criminología" que quizás no es lo bastante precisa y exhaustiva, pero que de todos modos alude al campo de acción de nuestros roles profesionales: ¿Queremos ser defensores del orden, o custodios de los derechos humanos?

Referencias bibliográficas

DE GIORGI, Alessandro, *Zero Tolleranza, Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma 2000, p. 36.

EVERS A., NOWOTNY H., *Über den Umgang mit Unscherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1987; Preuss, U.K., Risikovorsorge als Staatsaufgabe. Die epistemologischen Voraussetzungen von Sicherheit, in: GRIMM, D. (ed.), *Staatsaufgaben*, Frankfurt am Main 1996, p. 523-551.

FEELEY M., SIMON J., "Actuarial Justice: the Emerging New Strategy of Correction and its Implications", en NELKEN J. (ed.) *The Futures of Criminology*, London 1994, ps. 173-201.

ISENSEE J., *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin 1983.

GIANOULIS Ch., "Citizens´Europe as a Transitional Concept", en MILOS J., KATSELI L., PELAGIDIS Th. (ed.), *Rethinking Democracy and the Welfare State*, Atenas 1999, p. 332.

PREUß U.K., *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Frankfurt am Main 1994, p. 136.

SCHWENDINGER H., SCHWENDINGER J., "Defenders of Order or Guardians of Human Rights?", en *Issues in Criminology*, 1970, p. 123-157.

Capítulo III

ENSAYO FILOSÓFICO

El Estado mestizo y la ciudadanía plural. Reflexiones para una teoría mundana de alianza. (Primer esbozo)[1]

I

Se nace moderno. Se torna posmoderno. Esto depende no solo de una condición general, sino también de la historia de cada uno de los intelectuales que participan de una *postura* de "posmodernidad". La condición general está dada por el tiempo: lo moderno es tan antiguo, y lo posmoderno es tan reciente, que todavía no existe una generación de intelectuales formados en una cultura así llamada posmoderna. Los intelectuales posmodernos también se formaron en la tradición de la cultura moderna y acreditaron haberse distanciado de cualquier manera de ésta, o por lo menos creen que tienen el deseo de hacerlo. Este componente cognitivo (el autorreconocimiento y también el reconocimiento reciproco) y este componente volitivo, constituyen el tejido común que determina conjuntamente el estilo de la posmodernidad.

Partiendo de esa perspectiva, la posmodernidad no es aún (y tal vez nunca sea) una cultura, pero por el momento ella es sobre todo una postura. Para intentar definirla debemos identificar, admitiendo que sea posible, una postura de

[1] Traducción del portugués por Jorge A. Andrés. Inédito en español. Original entregado por el autor al Dr. Carlos Elbert, en 1994.

la cual se pueda decir que ya se esté en la base de la cultura de la cual los posmodernos aseguran distanciarse o querer hacerlo.

Es en la sustitución de esta postura con lo *nuevo*, que se manifestó la crisis enfrentada por una parte de la generación de intelectuales a la cual pertenezco y con los de la generación inmediatamente posterior. Entretanto ¿Cuál es la postura básica correspondiente a la cultura moderna? ¿Cuál auto-percepción y cuál posición frente al mundo caracterizan a los "modernos" en la historia de las elites culturales de occidente? Afrontando los riesgos de la generalización, se puede responder que las dos características principales dicen, en el plano cognitivo una y en el plano práctico la otra, respecto al modo en que surgió y se desenvolvió una nueva subjetividad.

Fue en el hombre entendido como sujeto de conocimiento y de acción que se centraron, en el pensamiento de la modernidad, un nuevo principio de verdad y un nuevo principio de valor. En el camino de la secularización, la experiencia y la razón fueron percibidas por los modernos inicialmente como la fuente principal y después como la única fuente de la verdad.

La ciencia moderna nace, de hecho, en el siglo XVI, como un desafío al principio de autoridad que había dominado el horizonte medieval del saber. Al mismo tiempo, la ética moderna se afirma como ética de la autonomía con el abandono tanto de la concepción metafísica, propia de la tradición cristiana y medieval, como de la concepción cosmológica, que había sido el fundamento de la ética antigua. En el aspecto teórico, la *postura* moderna se afirma en la continuidad con el racionalismo pagano de la Grecia antigua, a través de la mediación árabe. La nueva ética es tan *mundana* como la ética griega clásica; sin embargo, ella se distancia profundamente de ésta, exactamente por la representación distinta del mundo y en su relación con el valor.

En la concepción antigua el mundo (*cosmos*) significaba orden. El valor y la justicia tienen su principio en la inserción de las acciones humanas y de todos los eventos en es-

te orden cósmico. La justicia comprendida como virtud, esto es, como cualidad del hombre, es definida también como un orden interior del hombre, parte del todo, en analogía con el orden universal. En tanto, en la representación moderna "el mundo" son "los mundos".

Esto significa dos cosas. Primeramente, que el universo pierde la cualidad de finitud, propia de la representación antigua y medieval, y se torna infinito.

En la concepción de Giordano Bruno, en la representación del mundo como un universo infinito de mundos, ya está contenida potencialmente la concepción moderna del universo y de la materia que se distancia profundamente de la cosmología antigua y medieval.

En segundo lugar –y esto es fundamental para la historia de la ética moderna– el *lugar* del valor se disloca del macrocosmos y se desplaza hacia el microcosmos; cada centro de existencia, en tanto se pueda delimitar en sus confines con los otros centros y con el macrocosmos, posee en sí mismo la propia pulsión individual del ser, el impulso de existencia, esto es, para conservarse y desenvolverse.

En dicha pulsión del ser, que está presente en cada una de las infinitas mónadas que constituyen el mundo físico, biológico y humano, reside el nuevo criterio del valor, el criterio de lo bueno y de lo malo. Esta concepción del impulso de existencia como raíz del bien, con la cual nace la ética moderna inmanentista, tiene en su origen una dimensión más amplia que la antropológica. Podemos decir que esta es una visión ontológica del valor que encuentra una correspondencia en la naturaleza particular de los seres a los cuales se refiere. Ella se extiende no solo a los *entia moralia* sino también a los *entia phisica*. Esto se torna evidente si tenemos en cuenta la extensión de todos los seres, extensión esta que caracteriza tanto la concepción de las mónadas en LEIBNITZ cuanto la teoría de los *impetus* y así del impulso existencial en SPINOZA.

Con todo, en la aplicación a la moral de los microcosmos humanos, la nueva concepción microcósmica del valor en-

cuentra características específicas en las cuales también reside el desenvolvimiento de la que podemos llamar ética moderna, esto es, de una teoría ética basada en una concepción eudemónica de la utilidad y una concepción racional de la autonomía.

De esta manera, la ética moderna se diferencia dentro de la ontología moderna, aunque en su fundamento permanezca la concepción general microcósmica del valor extendida a todos los seres. En realidad, en la fundación de la nueva ética y de la teoría de la justicia y del derecho, la concepción de lo bueno y de lo justo se refiere a los individuos racionales y a los *entia moralia* (PUFFENDORF) que surgen con la institucionalización de las relaciones entre ellos.

A los seres físicos, animales, niños, se aplican las reglas generales de la ontología y, por tanto, también la axiología general que le es implícita y no la de la ética. La literatura del siglo XVI y XVII, los tratados de la escuela de derecho natural, nos ofrecen ejemplos frecuentes de esta diferenciación; para ello se puede consultar el parágrafo XX de los Prolegómenos de "De Juris Belli ac Pacis", de Ugo GROCIO (1625). Aquí GROCIO distingue al individuo humano adulto en cuanto ser racional, del animal y del niño.

Tal como otros padres de la ética moderna, GROCIO considera que las reglas del bien moral y de la justicia son específicas del modo por el cual se auto-organiza la existencia de los seres humanos racionales. En éstas, la realización de las funciones propias de los impulsos naturales (instintos, apetitos) es mediada y asegurada por la razón y por el lenguaje, esto es, por la capacidad de actuar de acuerdo con reglas abstractas.

En los seres no racionales, como los animales y los niños, falta esta mediación: la búsqueda de la supervivencia y del placer es comandada sin mediación por el impulso natural de existencia. Con todo, si estos impulsos están fuera de la evaluación ética, por lo tanto, tal como GROCIO se opone a Hobbes, no se puede afirmar que estos sean malos ni buenos por naturaleza, y así es posible y necesario apreciarlos

en el cuadro general de valor que abarque la naturaleza de todos los seres.

La afirmación de la indiferencia ética de los impulsos del niño no incluye tampoco, desde un punto de vista axiológico más general, la afirmación de su indiferencia. En verdad, GROCIO se opone a Hobbes en su tesis de que el hombre, como todos los otros animales, no es movido por un instinto de hostilidad y agresión en relación a sus semejantes, mas sí por un instinto de impulso social (appetitus societatis) ligado funcionalmente a la conservación del individuo y de la especie.

Por lo tanto, existe una mediación de la naturaleza a través de la realización de las finalidades propias de los impulsos (la supervivencia, el placer, la felicidad) en la edificación del status civilis, esto es, en la edificación de la comunidad jurídica entre los hombres. De esta mediación resulta que el pacto social de GROCIO no representa una corrección, un freno impuesto a la naturaleza mala del hombre, pero sí un perfeccionamiento de sus instintos naturales.

Para GROCIO el estado civil no es, como en el Leviathan de HOBBES, un gran artificio de la razón, contrapuesto al estado natural, sino solamente una organización racional y por lo tanto, más segura de la tendencia social natural del hombre.

Así, en la filosofía del siglo XVII, y especialmente por obra de SPINOZA, se afirma una concepción positiva de la naturaleza, en la cual el valor coincide con el impulso natural de los seres para "persistir en la existencia" (SPINOZA); donde la axiología no es más entendida como expresión del concepto estático de orden de un universo (cosmos) finito, sino de la concepción dinámica y policéntrica de un universo, constituido por un número infinito de macro y microcosmos. También la ética, en cuanto axiología específica del hombre entendido como ser racional, encuentra en su base a la antropología.

En tanto, el principio antropológico de la nueva ética deja de ser, como en la antigüedad y en la Edad Media, el principio estático de equilibrio y de armonía entre las "partes" del "alma" (piénsese en PLATÓN); este principio corresponde más que todo a la naturaleza doble del hombre, al mismo tiempo

felina y racional, en la metáfora maquiavélica; esto es, las características de un sujeto capaz de razonar, pero portador de instintos y pasiones, de aquello que, para usar términos modernos, podríamos llamar de pulsiones y necesidades.

Esta concepción no estática, o mejor dicho dinámica de la naturaleza del hombre, esta visión positiva de las pulsiones y de las necesidades que mueven la acción humana, constituyen el horizonte antropológico, tanto de la axiología general como de la ética de los siglos XVII y XVIII.

La fundación antropológica y eudemónica permanece dominante en la ética pre-kantiana. En ésta, la relación entre naturaleza y razón es profundamente diferente de aquella que se da en la construcción rigorista de KANT. Se puede observar un ejemplo de esto en el papel ocupado por la teoría de las pasiones en la construcción de la ética inglesa. Basta recordar a SHAFTESBURY y a David HUME. En HUME la relación entre razón y tendencias naturales (pasiones) es una relación instrumental y no de represión. La razón no reprime ni supera las pasiones, mas está al servicio de éstas. La razón sirve como guía de la acción humana para una realización más consistente y más útil de esas pasiones, para una más plena afirmación de éstas, y no para su negación.

Es solamente con los desenvolvimientos más amplios de la teoría moral de KANT, que la ética pierde su coherencia funcional con la antropología. La razón se presenta ahora, en cuanto al principio de moral, como negación de las tendencias naturales y de los impulsos (Neigung); o por lo menos las tendencias naturales se tornan, en la ética kantiana, irrelevantes para el valor moral de la acción.

Esto se constituye independientemente y también en ocasiones, contra las tendencias naturales y de los impulsos. De hecho, la máxima de acción es constituida por el imperativo categórico, esto es, por la ley de la razón que representa el universo humano (*homo noumenon*) inmanente en todo individuo (*homo phaenomenon*).

El término formalismo aplicado a la teoría de la moral en KANT expresa, exactamente, la separación que en ella se pro-

duce entre la ley moral y racional, que se torna pura forma, por un lado, y la substancia antropológica y así las pulsiones y las necesidades, que naturalmente motivan el comportamiento, por otro lado.

No solo fueron estudiados los aspectos teóricos, sino también los biográficos que determinaron la construcción de la doctrina de rigorismo moral en KANT, y con razón fueron puestos en evidencia las relaciones con la tradición pietística que había influenciado su formación. KANT, en su vastísima obra, continúa siendo siempre un colector de la tradición filosófica precedente. En su obra, la ética formalista convive junto con una riquísima antropología, la cual continúa la expresión de la teoría de los instintos naturales y de las pasiones, de los siglos XVII y XVIII. En la antropología, KANT estudia el comportamiento humano como motivado por aquéllos.

La búsqueda de la propia felicidad es la ley natural del comportamiento. Sin embargo, en lo que se refiere a la construcción de la ética, el horizonte eudemónico que domina la antropología fue abandonado. La ley moral es independiente o también contrapuesta a la ley natural del comportamiento. Esta es la consecuencia del hecho de que KANT encontró la solución de los problemas ontológicos y gnoseológicos, con los cuales se había medido en la construcción de una teoría ética que tornó radical la separación entre el mundo físico y el mundo metafísico, entre la realidad fenoménica y la realidad nouménica.

Las leyes del mundo físico a las cuales responde el comportamiento del hombre, que es parte de este mundo físico, son diferentes, en KANT, de las leyes propias de una metafísica de las costumbres. De hecho, el mundo moral es, en la construcción kantiana, un universo metafísico separado del universo físico. Con esta contraposición se rompe aquella visión unitaria del mundo y de los mundos que había dominado la teoría del valor y de la moral de SPINOZA a HUME. Se substituye la ética material de las pulsiones y de las necesidades por una ética formal de la razón.

Mas el principio eudemónico que domina la física de los comportamientos, y el principio racionalista que domina la metafísica de las costumbres, no encuentran, en la obra de KANT, una mediación teórica adecuada. La unidad de los dos principios que permanecía como una fuerte exigencia especulativa en KANT, encuentra expresión no en un resultado constructivo, sino sólo en una idea de la razón, la idea sobre la cual basaba KANT la representación de la existencia de Dios.

La crítica y la superación del formalismo moral kantiano por parte de HEGEL, la contraposición hecha por él de una ética de resultado a la ética de la intención propuesta por KANT, puede ser todavía interpretada como la reconstrucción de la unidad entre la esfera de las necesidades y la esfera de la razón, esto es, entre individual y universal, entre concreto y abstracto, entre hecho e idea. En pocas palabras: entre ser y deber ser. No es otro el significado de la crítica de HEGEL al deber ser kantiano, al deber ser, que *no es*; al "perennierendes Sollen", que está siempre mas allá de lo real, y de su grandiosa tentativa de reunir lo racional con lo real. Así, con HEGEL, la fundación de una ética de lo universal concreto, de una ética material, y no formal, pasa a través de la reintroducción de la esfera de las necesidades como fundamento material del discurso ético.

En tanto, el discurso de HEGEL está lejos de ser una simple reproposición de la filosofía y de la antropología naturalista, que fue la base de la teoría de las pasiones y de la ética pre-kantiana. En la filosofía pre-kantiana, pulsiones y necesidades eran concebidas en un horizonte físico-naturalista, más allá de eso sus portadores eran "mónadas", individuos. HEGEL, por el contrario, coloca las necesidades en un horizonte histórico-social. Él no analiza las necesidades únicamente en referencia a los individuos que son sus portadores, sino con referencia a la sociedad civil (Bürgeliche Gesellschaft) y así al complejo de las relaciones económico-jurídicas de propiedad, producción y consumo.

Aquello que realmente cuenta en el análisis hegeliano no son los portadores individuales de necesidades, los sujetos

humanos, pero sí el "sistema" de necesidades. De hecho, en la "Filosofía del derecho" la sociedad civil es estudiada como el *sistema de las necesidades*.

La concepción de las necesidades es, en el pensamiento de MARX, un momento determinante en la visión del hombre y de la sociedad. Retomando y desenvolviendo la posición hegeliana, MARX elabora la dimensión histórica y social de la teoría de las necesidades, sin descuidar la dimensión propia de una antropología fundamental. Estas dos dimensiones hallan en MARX su punto de encuentro en el concepto de trabajo.

Desde el punto de vista de la antropología fundamental, la necesidad no es considerada por MARX en el sentido negativo de "carencia", mas sí, en un sentido positivo, como exigencia de realizar las propias capacidades y de objetivarse en la relación con la naturaleza y con los otros hombres.

El trabajo, entendido como transformación de la naturaleza y como producción no es, como diría MARX en sus primeros trabajos, un medio para satisfacer necesidades, mas sí la necesidad primaria del hombre. Con relación a este aspecto, tanto en MARX como en HEGEL, reencontramos elementos importantes de la teoría de las necesidades y de la antropología que habían dominado la ética antes de KANT. Por eso, el deber ser es entendido como una potencialidad inherente al ser; como indicación axiológica de un futuro cuya ley puede y debe ser leída en el presente. En este sentido, se refería MARX en una carta a Ruge en 1823, donde se distanciaba del idealismo social de los jóvenes hegelianos. Mario ROSSI comprendió bien este significado filosófico de la antropología del joven MARX, escribiendo que, en la visión marxiana, "el hombre es el ser cuyo sentido es el deber ser".

No obstante, la dimensión antropológica es solamente una dimensión de la teoría de las necesidades de MARX. Ella se cumple en la dimensión histórica y social. De hecho, para MARX la interacción con la naturaleza no es obra del individuo aislado, mas sí de los hombres asociados en la pro-

ducción de medios de subsistencia y, en general, de bienes no existentes en forma natural.

Es con la interacción productiva que la historia natural de la especie humana se transforma en la historia de la sociedad. Con el lenguaje, que es condicionado por la interacción y que a su vez la condiciona, se inicia la historia de la cultura.

En un ensayo de 1978 Hermann LANG destacaba la tendencia de FREUD a "resolver la historia en la historia natural". Esto no impide considerar a FREUD, siguiendo una constante línea interpretativa que va desde Erich FROMM hasta Jean Joseph GOUX, dentro de la línea principal de desenvolvimiento de una teoría materialista de la historia y de la cultura que encontró en MARX a su gran predecesor. En su ensayo "Moisés y la religión monoteísta: tres ensayos"[2], FREUD insistía sobre el salto cualitativo que la historia del espíritu había realizado con el advenimiento del lenguaje. La llave de la teoría psicoanalítica de FREUD no es la biología, mas sí la antropología cultural. La teoría psicoanalítica permite reconstruir la historia de la cultura, de los mitos y de la religión, a través de la dialéctica del ello, el yo y el super yo.

La cultura, escribe FREUD en su ensayo "El análisis de la cuestión de los laicos" (Leienanalyse), camina adelante a costa de los impulsos reprimidos. Por otro lado, en la teoría de FREUD se hace la diferencia que existe entre los *objetivos* y los *objetos* de las pulsiones. Si, como él muestra en su ensayo "Los instintos y sus destinos"[3] de 1915, el objetivo del impulso posee una base biológica, el objeto a través del cual este impulso puede ser realizado es fungible: su individualización

[2] N. del T.: En el original "Moisés el hombre y la religión monoteísta". El título consignado fue extraído de FREUD, Sigmund, *Obras completas*, 3ª edición, vol. III, p. 3241, trad. Luis López-Ballesteros y de Torres y ord. y revisado por Jacobo Numhauser Tognola, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, España. En el original alemán *Der mann Moses un die Monotheistische Religion: Drei Abhandlungen*, Amsterdam, 1939.

[3] N. del T.: En el original "Los impulsos y los destinos de los impulsos". El título consignado fue extraído de FREUD, Sigmund, *Obras completas*, 3ª edición, vol. II, p. 2039, trad. Luis López-Ballesteros, obra citada. En el original alemán *Triebe und Triebschicksale*, 1915.

hace parte no solamente de la historia del alma individual, sino también de la historia de la cultura. Efectivamente, en una página de las "Nuevas lecciones introductorias al psicoanálisis"[4], FREUD observa que en las sublimaciones, que representan una forma muy importante que puede asumir el desencadenamiento de los impulsos, "entra en juego nuestra evaluación social".

Aún sobre el plano metodológico, la relatividad de las posibles clasificaciones de los impulsos sustentada por FREUD, demuestra que, en esta materia, él empleaba "tipos ideales" más que conceptos naturalistas. Sin embargo, el más importante a subrayar en este contexto es que FREUD, de la misma forma que MARX, aún con diversas implicaciones, realizó una gran interpretación histórica de la subjetividad humana fundada sobre la dialéctica de la totalidad y al mismo tiempo con una base empírica y materialista. Tanto en MARX como en FREUD, se encuentran las dos grandes tradiciones del pensamiento moderno occidental: la tradición del empirismo materialista y la tradición del racionalismo.

En ambos autores ocupa espacio, en vez de una ética de los principios o de las intenciones, la construcción de un gran proyecto emancipatorio que tiene como fuente la autoreflexión del sujeto humano, entendido como portador de necesidades y de pulsiones históricamente condicionadas. Con una metáfora se puede decir que MARX desenvolvió un método para el psicoanálisis y la terapia de la sociedad, así como FREUD desenvolvió un método para la crítica de la economía de la psique y para la superación de las represiones. Podemos interpretar las obras de MARX y FREUD como un proyecto de liberación, o mejor de autoliberación del hombre, del dolor y de la represión.

[4] N. del T.: En el original "Nuevas lecciones de psicoanálisis". El título consignado fue extraído de FREUD, Sigmund, *Obras completas*, 3ª edición, vol. III, p. 3101, trad. Luis López-Ballesteros, obra citada. En el original alemán *Neue folge der vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse*, Viena, 1932.

Consideramos la herencia de MARX y FREUD, en nuestro tiempo, como una gran supervivencia del pensamiento de la modernidad. Después de un siglo o poco menos de discusión, de crítica, de interpretación y de mediación cultural que tomaron direcciones diversas y también contrastantes, que contrapusieron o aproximaron a los dos autores, esta herencia constituye aún el desafío del cual no se puede sustraer quien quiera reconocer en sus raíces y en sus cambios potenciales la condición humana. Se trata de un pensamiento aún actual porque, para usar una formulación de SARTRE, los problemas de los cuales se ocuparon MARX y FREUD son aún los problemas de nuestro tiempo.

MARX y FREUD continuaron la transmisión a nuestra generación de la postura clásica de los intelectuales que construyeron el pensamiento y la cultura de la modernidad a partir de los siglos XVI y XVII en el mundo occidental. Podemos definir esta postura como senda de optimismo de la razón. Esto se fundamenta en la superación del contraste entre el yo y el mundo, entre sujeto y objeto, entre espíritu y materia, entre razón y pasión, entendiendo por pasión el movimiento de las necesidades, de las pulsiones, en el cual la historia del hombre, de la sociedad y de la cultura, encuentran su continuidad con la historia de la naturaleza.

El optimismo de la razón, así como se expresa en la obra de MARX y de FREUD, representa el punto más alto, tal vez, del desarrollo del pensamiento de la modernidad, si entendemos este desenvolvimiento como el lento proceso de secularización que transformó el principio de verdad y la noción de sujeto. Si la verdad no depende más de la revelación y de la tradición, sino de la propia lectura autónoma del mundo hecho por el hombre a través de la observación, del análisis experimental y de la síntesis de los elementos adquiridos en un sistema racional: entonces, el gran optimismo que propuso Galileo Galilei entre la fe y la razón, afirmando que el lenguaje matemático, a través del cual la ciencia descifra el mundo es el mismo lenguaje con el cual Dios escribió el mundo, pudo ser abandonado como una metáfora o un mito.

Retomando la exposición sobre el optimismo de la razón y el proyecto de la modernidad, podemos decir que si el hombre encuentra el coraje de declarar que Dios usa su misma lengua, entonces la verdad no precisa más de intermediarios institucionales entre la palabra de Dios y la razón humana; las propias instituciones culturales de las intermediaciones, los mitos y las religiones, se tornan el objeto de la ciencia humana; la subjetividad que está en la base del principio de la verdad no es más transcendente, sino inmanente al mundo. Entonces, el hombre es Dios. Es en su razón y no más en la razón divina que podemos reconocer la trama de la realidad, que podemos encontrar los principios para edificar una sociedad ordenada y feliz; una sociedad capaz de superar las deficiencias o perfeccionar las dotes naturales del hombre, que será distinta del estado de naturaleza y será un estado civil: la "civilización del derecho".

En la razón humana está el principio de la verdad, en las necesidades y en las pulsiones del ser humano, reconocidas por la razón y mediadas por la sociedad, está el principio de los valores, el fundamento de la ética y del derecho. El progreso de la humanidad, la supresión del dolor y la opresión, forman parte de aquello que fue llamado "las promesas de la modernidad". Estas promesas parecieron celebrar su éxito con un optimismo escatológico que mueve primeramente la dialéctica del iluminismo, y luego, la dialéctica de la idea hegeliana del historicismo humanista, hasta llegar al materialismo dialéctico. Entretanto, en éste, la lección de MARX se presenta como petrificada por el marxismo de escuela (no sin que MARX haya de cualquier modo contribuido para esta transformación, con la parte de su teoría que se refiere al desenvolvimiento necesario de las contradicciones del capitalismo, para alcanzar una sociedad comunista).

II

Comenzamos este discurso hablando de la postura posmoderna, que caracteriza los intelectuales de nuestro tiem-

po y que puede ser considerado como la última fase, pero también como la crisis del pensamiento de la modernidad. Ahora cabe preguntar si es posible sustentar la actualidad de la herencia de MARX y FREUD en nuestro tiempo, una vez que los ubicamos en la médula del pensamiento clásico de la modernidad, cuando asistimos a su crisis posmoderna.

Al final de un proceso de crisis del humanismo iluminista y romántico y también de los grandes sistemas escatológicos o evolucionistas, como los del idealismo, o del materialismo dialéctico y del positivismo, una parte representativa de los intelectuales de nuestro tiempo decidió el abandono del así llamado "pensamiento fuerte", esto es, el modelo "fundamentalista" del saber, en favor de un "pensamiento frágil". Se trata de un pensamiento que renuncia a las grandes sistematizaciones teóricas, a las grandes historias, a la gran luz, y que se contenta con pequeñas verdades, con pequeñas historias, con sistematizaciones parciales y provisorias, con la penumbra: la *lueur*, en la bella expresión francesa que traduce el término utilizado por HEIDEGGER, *Lichtung*, para indicar lo poco que se puede ver y de lo cual, en tanto, tenemos que disfrutar, cuando en vez de encontrarnos en la gran aldea global de la historia, atravesamos sendas interrumpidas en el bosque (Holzwege). Estos intelectuales anunciaron renunciar a la pretensión de buscar valores como base de la ética, de la política y del derecho, o sea, una postura radicalmente relativista.

Esta crisis en la concepción moderna de verdad, de los valores y del sujeto, con la cual contribuyeron incluso autores provenientes de corrientes que no se adaptan a la definición común de la posmodernidad (piénsese en el racionalismo crítico de POPPER y en la teoría sistémica de Niclas LUHMAN) atravesó un largo proceso, en la raíz del cual debemos colocar la operación crítica de Friederich NIETZSCHE, en la comparación con la ciencia y la ética.

Es impresionante observar como la crisis de la modernidad se inicia con un pensador como NIETZSCHE, que llevó sus premisas teóricas hasta las consecuencias más radicales.

Realmente, como podemos percibir a través de la penetrante interpretación de HEIDEGGER, con la frase de NIETZSCHE "Dios ha muerto", se inicia también la muerte del humano como centro y principio de la verdad y los valores propios de la civilización moderna del derecho. De la muerte de Dios nace, sólo aparentemente, un "super-hombre"; esto es, un sujeto dotado de mayores certezas y capacidad de incidir en el curso de la realidad. Lo poco de fuerza que resta a este "super-hombre" consiste en reconocer con lucidez la trágica situación de ser tirado, como expresa SARTRE, en un mundo extraño y hostil. Este hombre sin certeza parece recuperar alguna fuerza sólo cuando se reconoce como frágil "pastor del ser", como lo llama HEIDEGGER, y se pone dócilmente a su servicio.

A través de los desarrollos sucesivos, para los cuales contribuirían SARTRE, ADORNO y otros, la crisis de la modernidad conduce a la consolidación, aunque provisoria, de lo que es definido o se define hoy, como filosofía posmoderna. En el trabajo de sus representantes, como LYOTARD, VATTIMO, JAMESON, RORTY y muchos otros, prevalece el interés y la capacidad de describir la situación de nuestro tiempo, de realizar una autorreflexión inquieta y lúcida sobre nuestro ser, tirado en un mundo que el sujeto no tiene posibilidad real de controlar. Falta el interés y la capacidad, de buscar los valores y construir el proyecto ético-político destinado a cambiar la situación humana y a construir una sociedad más justa y feliz. Esto depende de la abstención histórica del pensamiento posmoderno, con respecto al problema de la verdad y los valores.

Como la teoría de los sistemas y otras corrientes del pensamiento contemporáneo, la filosofía pos-moderna es un pensamiento autorreflexivo, para el cual los hombres pueden ser considerados solamente como los "ambientes" del sistema social, para utilizar la expresión de LUHMAN, y no como los protagonistas de un proyecto de sociedad. Por lo tanto, si la situación humana no es gratificante, la autorreflexión por sí misma no nos puede ayudar a salir de ella. La au-

torreflexión sobre nuestro ser tirado en el mundo, observa Derrida, no cambia el hecho de que estamos ahí jugados.

Si quisiéramos sustentar nuestra tesis de que la herencia de MARX y FREUD representa, en la fase crítica de la historia de la modernidad, que estamos atravesando actualmente, un desafío positivo que puede contribuir para llevar el pensamiento contemporáneo más allá de ésta, tenemos que hacer una doble operación. En primer lugar, debemos presentar un criterio de lectura de esta crisis de la modernidad, buscar su origen, tal vez lejano y congénito con la propia fundación del pensamiento de la modernidad y proponer una hipótesis de solución, de salida de dicha crisis. En segundo lugar, debemos indicar a través de cuáles relecturas, interpretaciones, y si es necesario selecciones, en relación al edificio teórico construido por MARX y FREUD, podemos definir una herencia de ellos capaz de suministrar puntos de apoyo considerables para un proyecto de solución de la crisis, quiero decir, para un proyecto de emancipación del sujeto humano.

Con respecto a la primera operación, es importante recorrer nuevamente una línea de reconstrucción histórico-cultural que tenga una continuidad de contribuciones a lo largo de decenios, y que va de NIETZSCHE, a través de Walter BENJAMIN y SARTRE, hasta GIRARD, DERRIDA y Eligio RESTA. Esos autores indicaron el defecto congénito de la modernidad, o sea la contradicción entre la violencia y el derecho. Esta contradicción consiste esencialmente en la ocultación y, al mismo tiempo, en la reacción mimética que el derecho tiene en relación a la violencia. El derecho y el Estado, en el pensamiento de la modernidad, eran destinados al control y a la superación de la violencia, pero en ellos, la violencia es inmanente y se reproduce.

Es justamente la ocultación de la violencia que, como dice Girard, produce el equívoco, la ambivalencia fundamental de la modernidad. Resta desarrolló en sus recientes trabajos esta tesis, recurriendo a la metáfora platónica del "pharmakon". "Pharmakon" significa en griego clásico, al mismo tiem-

po, remedio o veneno. Así el Estado moderno y su derecho se legitimaron como un remedio contra la violencia, mas, a su vez, este remedio permitió perpetuar el veneno; quiero decir, que permitió mantener la violencia como el verdadero tejido conjuntivo de la sociedad, sin conseguir neutralizarla ni monopolizarla (en la forma de la violencia legal); en suma, permitir reproducirla como la substancia de las relaciones jurídicas.

A este resumen tan sucinto de una teoría que ocupó millares de páginas, agregaré solamente dos observaciones y un breve esbozo de una hipótesis para desarrollarlo.

Primera observación: La violencia es un concierto general que admite varias diferenciaciones (violencia física, psíquica, individual, estructural), pero su núcleo fundamental puede ser definido como la represión de necesidades reales. Llamo necesidades reales a las necesidades que potencialmente pueden ser sastifechas, según el nivel alcanzado por el desenvolvimiento de la capacidad de producción de bienes materiales e inmateriales en una sociedad, pero que permanecen insatisfechas en razón de contradicciones, injusticias, destrucción de la riqueza potencial o real.

Segunda observación: Cuando sustentamos que la violencia es inmanente a la sociedad y el derecho, esto significa, como reconoce Eligio Resta, que "el sujeto del cual se habla somos nosotros, no los otros". Nosotros, los intelectuales de la modernidad (o de la posmodernidad) hicimos y hacemos parte, también contra nuestras intenciones, de la operación cultural de la ocultación de la violencia, y por tanto el trabajo de autorreflexión y de desmitificación de tal ocultación nos interesa no solo en tanto víctimas, sino también y sobre todo como coautores de la mistificación.

La hipótesis para contribuir en este proceso de auto-reflexión es la siguiente: La teoría y el proyecto que está en la base de la fundación del Estado y del derecho modernos (del derecho positivo) se basaron, como se sabe, en un principio universal de legitimación. Se trata de un principio sólidamente anclado en la concepción de la verdad y del sujeto hu-

mano propia del pensamiento de la modernidad. Este principio de legitimación son las necesidades humanas, las pulsiones para asegurar, extender y reproducir la existencia. El instrumento de fundación del Estado y del derecho modernos fue el modelo del pacto social, entendido como experimento de la razón y no como un hecho histórico. Un modelo racional para asegurar la realización de esas pulsiones era imposible, supuestamente, en un imaginario "estado de naturaleza", sin Estado y derecho positivo.

Debemos reconocer que tanto en el modelo como en la realización histórica, el contrato social fue muy distinto de un pacto universal extendido a todos los sujetos humanos, considerados como iguales en su ciudadanía potencial. Se trató sobre todo de un *pactum ad excludendum*, de un pacto entre una minoría de iguales, que excluyó de la ciudadanía a todos los que difirieron: un pacto entre propietarios blancos, hombres y adultos, para excluir y dominar individuos pertenecientes a otras etnias, mujeres, niños y pobres.

Historiadores del derecho como Pietro COSTA y otros, destacaron este carácter selectivo del pacto social y de la ciudadanía que de él surge. Es singular que, aún hoy, la representación tradicional en la escuela y en la academia de la teoría del contrato social, olvida constantemente este carácter selectivo y marginalizador del proyecto político de la modernidad. Extraña especialmente este olvido en América Latina, donde, durante siglos, la ciudadanía fue el privilegio de los colonizadores y la subjetividad jurídica fue negada a los grupos étnicos originales, por ser supuestamente incapaces de ella, como si fuesen niños o salvajes. Interesa subrayar aquí que las desigualdades y por tanto la violencia inmanente en el derecho y en el Estado de la modernidad, son constitutivas en la fundación del Estado y del derecho modernos, y no son errores de discurso debidos al arbitrio de personas interesadas.

Tal vez haya sido esa contradicción entre la universalidad potencial y la selectividad real de la ciudadanía, esta ambivalencia constante del derecho como "pharmakon", lo que poco a poco secó las raíces del pensamiento de la mo-

dernidad. Lo insustentable de las promesas de la modernidad, en razón de la violencia inmanente en el derecho, minó la confianza iluminista en la verdad, en la subjetividad humana, en el progreso, y produjo la crisis de la cual el pensamiento posmoderno es expresión.

Si la crisis es tan profunda porque su causa fue congénita en el surgimiento de la modernidad, tal vez, para salir de ella, debamos rever el propio lenguaje y el aparato conceptual con los cuales fueron fundados el Estado y el derecho modernos.

1. En lugar de los actores (partes del contrato), hablaremos de las víctimas (los excluidos del contrato).

2. En lugar del hombre como centro y dominador de la naturaleza, hablaremos del policentrismo de la naturaleza y del respeto de la naturaleza por parte del hombre.

3. En lugar del otro como extraño, hablaremos de nosotros como extranjeros de nosotros mismos.

4. En lugar de contrato, hablaremos de alianza.

La alianza: creo que sería importante reconstruir, en su dimensión mundana, este concierto fundamental de la tradición judaica-cristiana, en nuestra búsqueda de un camino para salir de la crisis de la modernidad y permitir una refundación del Estado y del derecho, una nueva constitución. No se trata de reproducir fielmente el modelo de la alianza con Dios, que une los hombres en un pueblo capaz de pecado y de redención. Se trata de alimentar el proyecto, en primer lugar, de una alianza entre todas las víctimas, los excluidos del contrato; en segundo lugar, de una alianza de los hombres con la naturaleza.

El Estado que resulta de la nueva fundación mantiene las conquistas y las potencialidades emancipatorias del Estado de derecho, pero va más allá del *Estado de los derechos*. En el curso de las luchas por el Estado de derecho se abrieron siempre nuevos espacios para los derechos de las víctimas y de los excluidos, para otras etnias que no sean la blanca, para las mujeres, los niños, los pobres y los marginalizados sociales. Con todo, el Estado de derecho solamente reconoció, de esta manera, la existencia de *ciudadanías* distintas de la

ciudadanía abstracta y formalmente igual para todos, o sea, de los "ciudadanos del Estado". Aceptó una autonomía limitada de todas estas nacionalidades distintas, de las cuales los individuos participaron en su existencia concreta, en cuanto miembros de una etnia, de un género, de un franja etaria, de una capa social, de una comunidad local, etc. Entretanto, estas nacionalidades, a las cuales se reconocieron derechos, no son constitutivas del Estado y de su constitución. El proyecto de alianza impone que se dé un paso adelante, que se funde un estado más rico, alimentado por todas las distintas ciudadanías, de las cuales los individuos podrán ser parte, al mismo tiempo, por las experiencias, los proyectos, las visiones del mundo a través de las cuales se expresaron las diferentes nacionalidades de cada uno.

No estamos, en este modelo ideal, más allá de un Estado de hombres blancos, adultos y propietarios que, cuando todo va bien "dejan vivir" dentro de los confines de sus nacionalidades distintas, a "los otros", mas sí, frente a un Estado mestizo, de ciudadanía plural, en el cual no hay más extranjeros, víctimas y excluidos.

Este Estado de la diversidad también es construido a través de operaciones intelectuales que van más allá del horizonte *de los derechos* de las diversas ciudadanías, y que permite valorizar las expectativas correspondientes a cada una de ellas, para una nueva manera de leer o administrar los conflictos. Tal vez de este proyecto podrá surgir una civilización superior a la "civilización del derecho", una civilización en la cual el potencial inmanente de violencia no permanece oculto, pero es revelado para permitir, a través de esa revelación, la realización de formas no violentas de superación de la violencia. La alianza de las víctimas y los excluidos, la alianza de los hombres con la naturaleza, es un gran gesto pacífico, con el cual la subjetividad humana procura apartarse de la catástrofe originada por la alianza secular del derecho con la violencia.

A nuestra segunda operación concierne el contenido de la herencia de MARX y FREUD para nuestro tiempo y el signi-

ficado que esta herencia asume en relación con este proyecto que acabamos de exponer. Para dar una indicación en este sentido es necesaria una premisa. Hablamos de un modelo "fundamentalista" de discurso al cual se contrapone, de manera radical, el modelo de discurso de la filosofía posmoderna. Entretanto, la alternativa posmoderna al discurso fundamentalista no es, ciertamente, la única disponible. Si fuese así, faltaría la base discursiva necesaria para el proyecto.

Por otro lado, tampoco es necesario aceptar el modelo fundamentalista del discurso. Este modelo, es verdad, corresponde al proyecto de la modernidad y domina el desenvolvimiento del pensamiento moderno hasta la crisis actual. Con todo, para el proyecto de la alianza no es necesario alcanzar verdades absolutas y valores universales, como pretende el discurso fundamentalista: es más apropiado un discurso que reconoce la validez relativa de los resultados cognitivos de una auto-reflexión que se desenvuelve dentro del contexto de una determinada situación histórico-social. La alianza de las víctimas y de los excluidos requiere apenas valores relativos, basados sobre el consenso y la búsqueda común. Y, definitivamente, el consenso es incompatible con los dogmatismos de la verdad, y entonces con el fundamentalismo. Más allá de eso, la alianza de los hombres con la naturaleza es incompatible con una concepción antropocéntrica del mundo.

En un trabajo reciente Claudius MEßNER definió dos formas del discurso moderno, la forma contextualista y la fundamentalista. "El modelo fundamentalista –escribe– ...desearía reconocer una forma lógica, una norma o estructura universal que permita reconocer los fenómenos en sus manifestaciones simples, parciales e indistintas". El pensamiento contextual, entre tanto, se basaría sobre la circularidad constitutiva del conocimiento y sobre su reflexividad. Eso determina la validez situacional del saber y de los valores. El pensamiento contextualista por tanto, escribe MEßNER, "concibe... la búsqueda como autorreflexión en la cual,

junto al conocimiento del objeto, crece contemporáneamente la introspección en el propio proyecto, en las propias intenciones".

Es el modelo contextual del discurso el que está en la base del proyecto de la alianza, y no lo que se auto-define como filosofía posmoderna. No obstante el progreso que ésta favoreció en una reflexión sobre las infinitas facetas de la situación espiritual de nuestro tiempo, y el antídoto saludable que representó contra el dogmatismo de las grandes verdades y de las grandes historias, el pensamiento posmoderno contiene, en su postura, un defecto que lo torna inútil para la construcción de proyectos: se coloca en un nivel auto-reflexivo que está siempre "sobre" la búsqueda de opciones teóricas y prácticas, que permite analizar esta búsqueda, pero que no participa de ella. El empeño en la búsqueda de orientaciones para tomar decisiones es el objeto de su reflexión, no su finalidad. Con relación al discurso, consensual, sobre el "qué hacer", el discurso posmoderno es solo un metadiscurso.

Tal vez el pensamiento "frágil", que es el programa de la filosofía pos-moderna, sea un privilegio, un lujo reservado a las clases sociales fuertes, a los intelectuales que, a pesar de no tener la intención, representaron sus intereses. Es un pensamiento característico del centro, y no de la periferia del mundo, y en este sentido, refleja también las relaciones sociales planetarias de nuestra época. Son los ricos y no los pobres los que pueden permitirse concentrar sus atenciones sobre las pequeñas historias. Las historias que interesan a los pobres, a las víctimas y a los excluidos, y las cuales precisan reconocer y contar para el proceso de su emancipación, siempre pertenecieron a las "grandes historias", la *historia* de las relaciones de las dos naciones de las cuales, como dice DISRAELI, los pueblos se componen: los ricos y los pobres.

La pregunta a formular respecto a la definición de la herencia de MARX y FREUD para nuestro tiempo, no es tanto la pregunta histórica y filológica sobre la pertenencia a uno o a otro de los dos modelos de discurso: el fundamentalista y el

contextualista, de su obra y de sus intenciones. La pregunta respecto del significado actual que pretendemos rescatar, es: ¿Cuál es este significado dentro del modelo contextual de discurso en el cual estamos empeñados?

Esta tarea parece, a primera vista, más fácil con respecto a la obra de FREUD que a la de MARX. La razón es principio de progreso para FREUD; con todo, no es, como en el materialismo dialéctico, un principio lógico necesario de un progreso que no depende solamente de las intenciones y de los proyectos de los actores y que se desenvuelve por detrás de sus costillas. Entre tanto, es posible definir la herencia de MARX para nuestro tiempo renunciando al materialismo dialéctico en favor del materialismo histórico con su significado humanista; renunciar al marxismo de escuela para recuperar la gran lección humanista y emancipatoria de MARX, junto con su método global de análisis de las relaciones sociales.

Con respecto a la obra de MARX, se trata de hacer una operación, del tipo de la hecha por autores como Walter BENJAMIN y Ernst BLOCH. Estos autores tornaron independiente, de una cierta manera, el núcleo del historicismo y del humanismo marxiano, de la concepción mecanicista del desenvolvimiento *necesario* del capitalismo para una sociedad mejor. Tengamos en consideración las tesis de Walter Benjamin sobre la historia, su impresionante metáfora del ángel azul; tengamos en consideración los conceptos de esperanza y de posibilidad que están en la base de la grandiosa construcción filosófica de Ernst BLOCH: tenemos entonces instrumentos para una interpretación de la herencia de MARX que deja el espacio necesario para las opciones y para la responsabilidad del sujeto, sin renunciar al análisis radical de la realidad. En esta interpretación, el proyecto emancipatorio se basa en el análisis objetivo de la situación humana; con todo, permanece en el horizonte de los desenvolvimientos posibles, mas no necesarios.

"Radical –escribe MARX– es quien llega a la raíz de las cosas. Mas la raíz de las cosas es el hombre". El método del análisis radical de la situación humana y el proyecto eman-

cipatorio en un horizonte de posibilidades, son el núcleo común de la herencia de MARX y de FREUD. También es posible rescatar la herencia de FREUD dentro del modelo contextual de discurso. Anteriormente suministramos algunas indicaciones que muestran cómo el proyecto terapéutico de FREUD se inserta no tanto en el positivismo naturalista, como en una concepción histórica y social de la naturaleza y del espíritu.

No obstante las diversidades hay ahí un núcleo común importante en la herencia de MARX y FREUD para nuestra época. El cuadro de referencia de las operaciones analíticas y terapéuticas que ellos nos enseñan a cumplir no es la historia "en general", como continuidad de desenvolvimiento de la naturaleza y de la cultura, o al menos no es *solamente* la historia en general. MARX y FREUD suministrarán un criterio de explicación sobre la totalidad de las relaciones complejas que unen el yo al mundo y al super-yo, que unen el sistema de las necesidades y la esfera simbólica de la moral, del derecho, de la cultura, en el contexto específico de los desenvolvimientos y de las contradicciones de la formación histórico-social en la cual aún estamos viviendo.

En la dimensión planetaria que las relaciones sociales y las relaciones entre el hombre y la naturaleza adquirieron, en una fase de desenvolvimiento de nuestra formación histórico-social distinta de aquella que MARX y FREUD observaron en su tiempo, su lección de análisis radical, de terapia emancipatoria es hoy tan actual como nunca. Es una lección esencial, un sustento, dentro del modelo contextual del discurso, para la construcción de una teoría mundana de la alianza y la fundación del Estado mestizo, del Estado de la ciudadanía plural.

Esta interpretación de MARX y de FREUD podría ser ilustrada en una exposición más amplia y sistemática, en relación a cada uno de los diversos aspectos de la propuesta de redefinición semántica y conceptual hecha anteriormente. Quisiera limitarme solamente a uno de esos aspectos.

Habíamos propuesto substituir la concepción del *extranjero* como el otro, por la concepción de nosotros mismos co-

mo *extranjeros*. Esta operación tiene un significado doble: en un primer sentido, nosotros somos extranjeros a nosotros mismos; en un segundo sentido, nosotros nos vemos, en los ojos de los otros, como extranjeros.

En lo que se refiere al primer aspecto, podemos recordar la teoría psicoanalítica de Julia KRISTEVA, en un libro cuyo título, traducido al español, significa "Extranjeros somos nosotros, a nosotros mismos". La situación social y la situación psicológica de alienación de las cuales somos todos víctimas pueden ser definidas, según la herencia de MARX y de FREUD, como una alienación del hombre de sí mismo, de su naturaleza; como una auto-reflexión del yo, condicionada por el contexto moral y jurídico, el super-yo, represivo y reproductor de la violencia. El proyecto de terapia, de liberación, que está contenido en la herencia de MARX y de FREUD, es también y sobre todo, un proyecto de reconciliación de la subjetividad humana consigo misma; un proyecto de rescate y desenvolvimiento de las potencialidades positivas, de las necesidades reales, a través de un conocimiento auto-reflexivo de nosotros mismos, de la situación humana, del mundo en el cual hemos sido tirados y a través de una mudanza de nosotros mismos y de la estructura de las relaciones sociales. Para este rescate es muy importante, como muestra Julia KRISTEVA, continuar, con relación a los otros, la "revolución copernicana" producida por FREUD, permitiendo reconocer que "el otro es el mío (mismo) inconsciente"; es muy importante retomar la visión cosmopolita de la humanidad, que desde la antigüedad griega, a través de KANT y HERDER, llega hasta MARX.

El pasaje de las relaciones tradicionales con los extranjeros y los diferentes, para la constitución de un Estado en el cual participan todas las nacionalidades, es un proyecto que se sirve de la auto-reflexión. El reconocimiento recíproco de las ciudadanías dentro del Estado mestizo es también el resultado de la superación de nuestro ser extranjeros a nosotros mismos. En el Estado mestizo los ciudadanos pueden reconocer y realizar su propia subjetividad, porque el Esta-

do está basado en la superación de la visión del otro como extranjero. En un Estado que vive de todas las ciudadanías, todos son ciudadanos, poco importa la nacionalidad a la cual pertenecen, poco importa su etnia, su género, su edad, su posición en las relaciones sociales; nadie es extranjero.

No menos importante es el segundo aspecto. El proceso de liberación de la relación recíproca entre extranjeros pasa por un momento de auto-reflexión que podría llamarse "relacional". FREUD decía que "el que es extranjero es siempre enemigo". El proyecto de la alianza requiere también que cada ciudadano sea capaz, a partir de su propia nacionalidad, de distinguirse en la óptica del otro. Se trata de una manera distinta de concebir y administrar el conflicto, real o potencial, con los otros, con las otras ciudadanías, asumiendo la óptica del otro y no constriñendo el otro a nuestro óptica.

Esta es una operación fundamental para desenvolver técnicas no violentas de solución de los conflictos. El Estado de la ciudadanía plural no es una utopía pacifista que descuida las diferencias y los conflictos potenciales. Todas las ciudadanías deben convivir, y sin embargo esta convivencia no es la premisa, aunque sí el resultado del proyecto. Si cada ciudadanía se hace dentro de los confines de sus derechos, tendremos, en la mejor de las hipótesis, una coexistencia de extranjeros, mas no un Estado mestizo. La amistad y la paz no son situaciones naturales, son conquistas sociales.

En la herencia de FREUD y de MARX no encontramos meramente un método para analizar las raíces económicas y psicológicas de la solución bélica de los conflictos, sino también elementos para desenvolver técnicas de solución pacífica de ellos. Son técnicas que rompen el círculo entre derechos y guerra. Ir más allá de este círculo significa renunciar a la violencia, mas no abandonar los derechos. La estrategia de la alianza no es la estrategia del pacifismo, es la estrategia de las grandes luchas pacíficas.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS SOCIOLÓGICOS

EL MODELO SOCIOLÓGICO DEL CONFLICTO Y LAS TEORÍAS DEL CONFLICTO ACERCA DE LA CRIMINALIDAD*

Las teorías del conflicto acerca de la criminalidad niegan el principio del interés social y del delito natural afirmando: *a*) que los intereses que están en la base de la constitución y la formación del derecho penal, son los de los grupos con poder suficiente para influir los procesos de criminalización o, dicho de otro modo, que los intereses comunes a todos los ciudadanos no son igualmente protegidos por el derecho penal; *b*) que la criminalidad en su conjunto es una realidad social creada mediante el proceso de criminalización. La criminalidad y todo el derecho penal han tenido, por ello, siempre una naturaleza política, por lo que la protección de determinados órdenes político-económicos y el conflicto entre los grupos sociales no es exclusiva de unos pocos delitos "artificiales".

Las teorías del conflicto en torno de la criminalidad parten de una teoría general de la sociedad, para la cual el modelo del conflicto es fundamental. El horizonte macrosociológico en el cual dichas teorías estudian la criminalidad y los procesos de criminalización, lo suministra la *sociología del*

* Publicado originalmente en italiano, bajo el título *Conflitto sociale e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, en "La Questione Criminale" (III), 1977, ps. 9-50. Traducción al castellano de J. Gutiérrez, revisada por R. Bergalli.

Publicado en "Doctrina Penal", año 2, nº 5 a 8, 1979.

conflicto, que se desarrolló y consolidó en los Estados Unidos y en Europa en los años cincuenta, con la obra de Ralph DAHRENDORF y Lewis COSER, quienes adoptaron como objeto de su polémica el estructural-funcionalismo que dominaba el panorama de la sociología liberal con las teorías planteadas por Talcott PARSONS (1961) y Robert K. MERTON (1957), basadas en el modelo de la integración y del equilibrio social.

El carácter ideológicamente conservador de dichas teorías y el nexo que en ellas se establece entre las teorías y la situación política y económica de los Estados Unidos, han sido objeto de profundo análisis (GOULDNER, 1972, 601 y ss.). A la exigencia de superar en el plano ideal la conflictividad social –agudizada amenazadoramente en el período de la gran depresión– introduciendo elementos emocionales y morales de integración allí donde los económicos resultaban insuficientes. Al prevalecer la atención del público norteamericano sobre el conflicto externo más que sobre el interno, en el período de la intervención norteamericana en la segunda guerra mundial, de la guerra de Corea y de la guerra fría, correspondía en la ideología oficial de las escuelas sociológicas, al predominio de una teoría sociológica que negaba la objetividad de los contrastes de clase y por ello, de las funciones del conflicto y del cambio social y exaltaba el modelo teórico del equilibrio y de la integración, contribuyendo así a la estrategia de la estabilización conservadora del sistema.

La discusión y la crítica del estructural-funcionalismo se convirtió en el tema central, no sólo en el ámbito de la sociología alternativa de inspiración abierta o indirectamente marxista, sino también en el ámbito de la sociología liberal, desde el momento en que variaron, en la mitad de la década de los años cincuenta, las condiciones político-económicas. La intensificación de las luchas raciales y la oposición por parte de vastos sectores de la sociedad norteamericana a la participación en la guerra de Vietnam, al igual que en el mundo socialista; los sucesos de Budapest, Berlín y luego la "Primavera de Praga", constituyeron dramáticas señales de un movimiento de la realidad cuyas mistificaciones en un

modelo de estabilidad, equilibrio y homogeneidad de intereses y, en general, consenso, como lo propone el estructural-funcionalismo para la explicación y descripción del sistema social, no es posible. La alternativa del conflicto en la sociología liberal aparece paralelamente a la consolidación de una nueva estrategia reformista en el neocapitalismo, así como a la consolidación de un mayor equilibrio sindical dentro de la nueva constelación política de "centro-izquierda". Es la era de los Kennedy en los Estados Unidos, de las grandes coaliciones y de los gobiernos socialdemócratas en Europa, así como de las acciones conjuntas entre los monopolios y los sindicatos. Es la época en que se experimenta una intensa intervención reguladora, mediadora y planificadora del Estado en la economía.

La teoría sociológica del conflicto respeta y acompaña toda esa evolución ideológica, rechazando como a un mito, del cual es necesario liberarse, la idea de una sociedad cerrada en sí misma, estática, libre de conflictos y basada en el consenso. Ésta es la utopía de la cual DAHRENDORF –en su famoso ensayo– invitaba a separarse a la sociología. En dicho ensayo, DAHRENDORF le atribuye al sistema social descripto por el estructural-funcionalismo, el carácter constante de los sistemas utópicos desarrollados a partir de Platón, los cuales se caracterizan por ser sistemas aislados en el tiempo y en el espacio, es decir, sociedades cerradas y autosuficientes en las cuales no ocurren cambios ni conflictos y hay un consenso general respecto de los valores comunes. En la armonía que hay en esas sociedades, entre las cuales ejerce su propia *función* dentro del sistema, encuentra DAHRENDORF –recordando a Platón– la expresión misma de la justicia.

Los sistemas sociológicos que, como los de MERTON y PARSONS, se basan en los mencionados modelos del equilibrio y transmiten, por ello, la ideología acerca de la justicia correspondiente a dicho modelo son, según DAHRENDORF, sistemas utópicos totalmente inadecuados para la comprensión de la realidad social contemporánea. DAHRENDORF (1958, 126) proclama la necesidad de una *revolución copernicana* en el cam-

po del pensamiento sociológico para, de esa forma, poder comprender la realidad. El cambio y el conflicto deben dejar de ser entendidos como desviaciones de un sistema "normal" y equilibrado, y deben, al contrario, ser vistos como características normales y universales de la sociedad. Es necesario reconocer que "las sociedades y las organizaciones sociales existen y se mantienen, no merced a un consenso o un acuerdo universal, sino a causa de la coacción y la presión de unas sobre las otras" (ibídem, 127).

Cambio, conflicto y dominio, son los tres elementos concurrentes a la formación del "modelo sociológico del conflicto" que se contrapone al del equilibrio y la integración. En relación con esa noción de conflicto es necesario resaltar, en primer lugar, el carácter formal, tanto de dicha noción como de la noción de cambio social que de ella se deriva, y que excluye totalmente, según DAHRENDORF, la posibilidad de distinguir entre "cambio en el sistema" y "cambio del sistema" y, por consiguiente, entre "cambio microscópico" y "cambio macroscóspico" (ibídem, 126). Las nociones de conflicto y de cambio social son, en segundo lugar, universales, en la medida en que la forma en la cual se contraponen a la noción de equilibrio, implica, al igual que en el caso de las teorias estructural-funcionalistas, una concepción indeterminada de la relación misma de dominio que es, a su vez, la que genera el conflicto. La concatenación lógica entre los tres elementos que concurren en la formación del modelo del conflicto es inversa respecto de la realidad. La relación de dominio –afirma DAHRENDORF– crea el conflicto, el conflicto crea el cambio, "y en un sentido altamente formal, es siempre la base de dominio la que se encuentra en juego en el conflicto social" (ibídem, 127).

Resulta oportuno detenerse un poco sobre este punto. En la sociedad "tardo-capitalista", el objeto del conflicto no son las relaciones materiales de propiedad, producción y distribución, sino más bien las relaciones políticas de dominación de unos hombres sobre los otros. El punto de partida para la aplicación del modelo del conflicto, no es, por tan-

to, la esfera económico-social, sino más bien la esfera política. En lugar de explicar el conflicto como consecuencia de intereses tendientes a trasformar o mantener relaciones materiales de propiedad y las relaciones políticas como un resultado del conflicto, es más bien éste el que debe ser considerado como una consecuencia de las relaciones políticas de dominio.

Bajo todo ese concepto de conflicto y de cambio social como concepto universal y permanente, no resulta difícil reconocer la existencia de toda una estrategia ideológica de corte reformista, que pretende desviar la atención del contenido material del conflicto hacia las formas variadas de su mediación política, haciendo equivalentes los cambios estructurales a los cambios de gobierno.

A análogas conclusiones se llega en el análisis del concepto de conflicto en el caso de COSER. Mientras DAHRENDORF insiste sobre la *normalidad* del conflicto, considerando su función no solamente como referida al cambio social, COSER acentúa su teoría acerca de la *función positiva* del conflicto. Según COSER, el conflicto es funcional, no sólo porque asegura el cambio, sino porque contribuye a la integración y a la conservación del grupo social. COSER presenta su teoría mediante la paráfrasis y comentario de un famoso capítulo de la *Sociología* de SIMMEL (SIMMEL, 1958, 186 y ss.). SIMMEL puso en evidencia el papel positivo del antagonismo: antagonismo y armonía eran, para él, los dos principios de cuya concurrencia derivaba una condición esencial de la integración de los grupos sociales: "La vida comunitaria no sería tan rica y plena si las revulsivas y –consideradas individualmente– también destructivas energías, desaparecieran de ella. Si ello ocurriera, la vida comunitaria sería más bien una imagen irrealizable y un tanto cambiante, al igual que lo serían el auxilio y la armonía de intereses después de haber sido desechadas las fuerzas de la cooperación y la simpatía" (SIMMEL, 1958, 189).

Según COSER, no todo conflicto tiene esa función positiva para la estructura social, y no son funcionales, por tanto,

aquellos conflictos que contradicen los presupuestos básicos de la sociedad y que además colocan en tela de juicio los valores fundamentales sobre los cuales descansa la legitimidad del sistema. Mientras que los conflictos como los arriba descriptos amenazan con hacer pedazos las bases del sistema en lo referente a su legitimidad, pueden contribuir, en última instancia, a la conservación y adaptación de dichas bases, haciendo posible "una readaptación de las normas y de las relaciones de poder dentro de los grupos, conforme a las necesidades manifiestas de los miembros individuales o de los subgrupos" (COSER, 1956, 151).

COSER, como DAHRENDORF, adopta como punto de partida para su construcción una definición formal de conflicto: conflicto es "una lucha sobre valores y pretensiones para la obtención de *status* social, poder y recursos, en la cual las intenciones de los oponentes son las de neutralizar, herir o eliminar a sus rivales" (COSER, 1956, 8).

La diferencia entre las definiciones de conflicto de DAHRENDORF y COSER es evidente. Para COSER, el *poder* es uno de los posibles objetos de conflicto entre otros bienes materiales e inmateriales. Para DAHRENDORF, en cambio, el conflicto es, como se ha visto, reducible siempre al poder o a las *bases* del dominio.

Un capítulo importante de la recordada monografía de COSER es el que contiene la diferencia entre conflictos *realistas* y conflictos *no realistas* (COSER, 1956, 48 y ss.). COSER retoma la distinción introducida por SIMMEL entre el conflicto visto como un medio para alcanzar ciertos fines (por ejemplo, la posesión de ciertos bienes y el poder o la aniquilación del adversario) y el conflicto que es fin en sí mismo. Mientras que los conflictos que pueden ser clasificados dentro del primer tipo, observaba SIMMEL, son potencialmente sustituibles por otros medios, aquellos que se clasifican dentro del segundo tipo no pueden ser sustituidos, reencaminados o limitados. De la misma manera que los conflictos que SIMMEL hacía depender del mero deseo de conflicto desaparecían en el mismo momento en que se lograba su fin, en la formula-

ción de COSER, inspirada en la psicología profunda, los conflictos irreales derivan de la necesidad de "descargar una tensión agresiva" (COSER, 1956, 50). Es decir, están ligados a una actitud irreal e irracional que se localiza en la esfera emocional. Los conflictos realistas, en cambio, son plenamente compatibles con una actitud real y racional, ya que una de sus características es, precisamente, la presencia en ellos de una alternativa funcional en los medios para la consecución de determinados fines. De igual forma y en la medida en que conserven la forma de una lucha entre conflictos realistas, permitirán alternativas, cuya selección se basará en el cálculo racional.

Según COSER, la distinción entre conflictos realistas y no realistas arroja nueva luz sobre el problema de la conducta desviada, así como sobre el control de ella. De esa manera, el tema de la función normal y positiva del conflicto es asociado con el desarrollo del estructural-funcionalismo acerca de la función normal y positiva del *comportamiento desviado.* Se nota una importante analogía o, mejor dicho, un punto de convergencia entre la teoría estructural-funcionalista y la teoría del conflicto sobre la desviación: Un individuo de comportamiento desviado no tiene que ser necesariamente "irracional" o carente de orientación real, como ha sido explícitamente asumido por algunas teorías. El comportamiento desviado que MERTON analiza en *Anomia y estructura social* sería una de las variantes del conflicto realista, en la medida en que representa un esfuerzo por alcanzar fines culturalmente prescriptos a través de medios institucionalmente "tabuizados" por la cultura. Si el sujeto desviado del cual se trata tuviese a su disposición medios legítimos para alcanzar los mismos fines, las posibilidades de que adoptará para ello un comportamiento desviado serían menores. En este caso, en el comportamiento desviado se encuentra más bien un medio de expresión. Otras formas de desviación, sin embargo, podrían servir para liberar tensiones acumuladas durante el proceso de socialización a causa de frustraciones y poco éxito en el desempeño de los papeles de adulto. En es-

tos casos, lo que cuenta para el sujeto desviado es el comportamiento agresivo mismo, mientras que el objeto contra el cual se dirige dicho comportamiento adquiere importancia secundaria. La liberación del impulso tiene prioridad; en ello está la satisfacción, y, por consiguiente, el acto no sirve para la consecución de ningún fin determinado. "En casos similares, la toma en consideración de medios pacíficos, como alternativa de medios agresivos, es menos probable, porque la satisfacción se encuentra solamente en los medios agresivos, y no en el resultado" (COSER, 1956, 51).

Como se puede ver, el retorno a la teoría de la desviación de MERTON y en particular a la "desviación innovadora", que es a la vez la más importante de las formas de desviación que se analiza en dicha teoría, es explícito. De esa forma, la desviación innovadora es incluida dentro de la teoría del conflicto como una forma de conflicto realista, es decir, como una forma de comportamiento no necesariamente irracional, sino más bien normal –como señaló MERTON– en aquellas situaciones sociales en que hay discrepancia entre los medios legítimos de que disponen los individuos y los fines culturalmente establecidos.

La primera exposición madura de una verdadera y propia teoría de la criminalidad desde la perspectiva del conflicto, la ofrece Georg D. VOLD en un libro de muy útil lectura (VOLD, 1958, 203 y ss.). Sin embargo, no es posible dejar pasar inadvertida una convincente anticipación que se encuentra en un viejo escrito de SUTHERLAND que data de los años treinta y del cual vale la pena transcribir el siguiente pasaje:

"(El crimen) es parte de un proceso del conflicto del cual el derecho y la pena son los otros dos elementos. Dicho proceso, que se inicia en la comunidad aun antes de la vigencia del derecho, continúa apareciendo en la comunidad y en el comportamiento de los delincuentes individualmente, aun después de que la pena haya sido impuesta. Pareciera que dicho proceso se lleva a cabo de la siguiente forma: cierto grupo de personas advierte que uno de sus propios valores

–vida, propiedad, belleza del paisaje o doctrina teológica– es puesto en peligro por el comportamiento de otras personas. Si el grupo es políticamente influyente, el valor importante y el peligro serio, los integrantes del grupo obtendrán la sanción de una ley, y de esa forma, la cooperación del Estado para la protección de sus propios valores. En los tiempos modernos, el derecho es, por lo menos, el instrumento que una de las partes en conflicto utiliza en contra de la otra. Los integrantes del grupo no comparten los valores que el derecho y el Estado son llamados a proteger, y llevan a cabo una acción que anteriormente no era calificada de criminal, pero que merced a la colaboración del Estado se convierte en tal, lo que implica la continuación del conflicto. De esa manera, el conflicto que el derecho estaba llamado a eliminar, se hace aún más grande, en la medida en que el Estado se ve envuelto en el asunto. La pena, a la vez que un instrumento utilizado por el primer grupo en contra del segundo, por medio de la participación del Estado, constituye un nuevo grado de conflicto. La exposición anterior del conflicto se ha hecho en términos de grupo, en vista de que la mayoría de los crímenes implican la participación activa ò pasiva de más de una persona o el encubrimiento activo o pasivo, de modo que es posible considerar al sujeto que es llevado frente al juez como un mero representante de un grupo" (A. COHEN, A. LINDESMITH y K. SCHUESSLER, 1956, 38).

La concepción anterior de SUTHERLAND contiene los elementos principales de una criminología del conflicto. De ellos resulta oportuno señalar tres: a) la precedencia lógica del proceso de criminalización al comportamiento criminal; b) la relación entre los intereses y la actividad de los grupos sociales en conflicto y el proceso de criminalización del comportamiento criminal; c) el carácter político que asume el fenómeno criminal, porque criminalización, comportamiento criminal y pena son aspectos de un conflicto que se resuelve mediante la instrumentalización del derecho y del Estado; es decir, por medio de un conflicto en el cual el grupo que tiene el poder logra definir como ilegales los comportamien-

tos contrarios a sus intereses, obligando de esa forma a los integrantes del grupo rival a actuar en contra de la ley.

Los tres elementos señalados los encontramos de nuevo en la teoría planteada por VOLD, quien, una vez definido el comportamiento criminal como el comportamiento normal que se encuentra en el proceso de interacción interna de determinado grupo, hace notar el hecho de que el problema radica más bien en el *poder de definición*, base sobre la cual dicho comportamiento es definido como comportamiento criminal. "En la medida en que el comportamiento criminal en toda su amplitud sea el comportamiento normal de los individuos que responden normalmente a situaciones definidas como indeseables, ilegales y, por tanto, criminales, entonces el problema principal será el de la organización social y política de los valores establecidos, conforme a los cuales algo es o no prohibido. El crimen, en ese sentido, no es más que comportamiento político, y el criminal se convierte en el miembro de un grupo minoritario carente del suficiente apoyo popular necesario para dominar y controlar a la fuerza policial del Estado" (VOLD, 1958, 202).

Resulta oportuno detenerse en las nociones de *grupo* y de *política* puestas en juego en la anterior concepción del fenómeno criminal. Como en general, en la sociología del conflicto, en el caso de VOLD, su imagen de la sociedad está influida por una teoría mecanicista y pluralista de grupos, los cuales se forman y mantienen en función de su capacidad de servir a los intereses y necesidades comunes de sus miembros. "Los grupos surgen de importantes necesidades de sus miembros y deben ser útiles a dichas necesidades, pues, de lo contrario, los miembros se alejan del grupo. Ésa es la razón para que, en la medida en que surjan nuevos intereses, se formen nuevos grupos, y los existentes desaparezcan cuando dejen de tener propósito alguno que cumplir" (ibídem, 205).

El conflicto se produce cuando, en la persecución de sus propios intereses, los grupos entran en competencia "en su mismo campo general de interacción", lo que hace que tien-

dan a superarse y eliminarse mutuamente. La principal preocupación del grupo es la de evitar ser sustituido por el grupo concurrente en el propio terreno de operaciones, la de "defenderse para conservar su lugar y posición en un mundo de constantes reajustes" (ibídem). Una concepción mecanicista como la anterior acerca de la competencia de los grupos sociales entre sí, lleva inevitablemente a una versión un tanto superficial y esquemática del proceso de criminalización y de su carácter político, lo cual constituye uno de los defectos de la criminología del conflicto, como tendremos oportunidad de señalar luego. Resulta singular el hecho de que autores como DAHRENDORF y COSER, que tienen el cuidado de guardar cierta distancia del marxismo, concluyan en una extraña concepción del derecho y del Estado, según la cual éstos son instrumentos que pasan de las manos de un grupo dominante al siguiente, lo que, por una ironía de la historia, los convierte en portadores de la representación grosera y mecanicista propia de una tradición del marxismo vulgar: "la del derecho de clase", denominación, ésta, que resulta inadecuada para representar tanto la concepción de MARX acerca del derecho y del Estado, como para comprender la naturaleza y la función de una sociedad industrial avanzada[1].

No menos simplista es la manera en que las teorías del conflicto presentan el proceso de criminalización, como un proceso en el cual los grupos en el poder logran influir en la

[1] También por el hecho de que esa concepción pasa por alto la capacidad del Estado y del derecho en la sociedad industrial avanzada, de representar intereses generales relativos a la reproducción del sistema de relaciones sociales de producción capitalistas y por ello de los elementos objetivos y subjetivos que son parte de esas relaciones, entre los cuales están comprendidas la "riqueza nacional" y la fuerza de trabajo. Igualmente, pasa por alto muchos de los mecanismos de legitimación sobre los cuales el derecho moderno se apoya y en función de los cuales puede darse, por ejemplo, que la opinión pública y, ¿por qué no?, los partidos políticos de las clases subalternas, ofrezcan su apoyo a una política del derecho que contraste con sus propias necesidades objetivas, convirtiéndose, de esa forma, en apoyo de la ideología jurídica dominante.

legislación, utilizando de esa forma las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar el comportamiento de los grupos contrarios. El efecto de esa sumaria concepción se agrava aún más en el caso de VOLD, en la medida en que éste toma en consideración solamente los mecanismos selectivos de la criminalización que surten efecto en el *momento* de la *formación* de la ley penal (criminalización primaria), dejando de lado aquellos cuya fuerza es aun de mayor importancia y cuyo efecto se da en el momento mismo de la aplicación de la ley penal (criminalización secundaria).

La primera de las premisas arriba enunciadas se encuentra, al igual que en todos los criminólogos del conflicto, en la teoría de TURK. Me refiero al planteamiento de la definición, o de la reacción social. En relación con el punto específico antes tratado, nos dice TURK: "Resulta evidente que la delincuencia, enfocada desde el punto de vista operacional, no es propiamente un tipo o combinación de tipos de comportamiento, sino más bien una definición acerca de los preadultos, hecha por quienes están en posición de aplicar definiciones legales" (TURK, 1964a, 216).

La criminalidad es un *status* social que le es atribuido a cualquier persona por quien tiene en sus manos el poder de definición. Ésta es la premisa básica de toda la obra de TURK (TURK, 1972, 8 y ss.). La atribución de dicho *status* mediante el ejercicio del poder de definición en el ámbito de un conflicto intergrupal es, como habíamos hecho notar, la acentuación característica que el *planteamiento de la definición* asume en la perspectiva de la sociología del conflicto.

El problema de la delincuencia, conceptualizado de esa manera, se transforma, en TURK, en el de la "ilegitimación", término, éste, por el cual el autor entiende la atribución del *status* de "violador de normas" que se le atribuye a un individuo. Por la razón anterior, la teoría cuyo programa traza TURK, en el artículo a que hacemos referencia, es una "teoría sociológica de la delincuencia que se limita a señalarla como fenómeno jurídico-social" (TURK, 1964a, 216). Los conceptos

que el autor propone para la construcción de dicha teoría son, además del concepto de legitimación, los de "posición social", "dominio y desventaja", "conflicto social y cultural" y "urbanismo" (ibídem, 217 y ss.).

La posición social se refiere a la ubicación del individuo en la estructura social y a los papeles ligados a dicha ubicación. En relación con ello, la idea de "generación" y, por consiguiente, de la distinción entre adultos y adolescentes resulta fundamental. Los conceptos de "desventaja y dominio" se refieren a las diferencias de acceso a medios y oportunidades y, por tanto, al poder que corresponde a las diferentes posiciones sociales. El conflicto *cultural* es un conflicto relativo a las actitudes o al significado que se le atribuye a las cosas o situaciones y que se manifiesta en un conflicto social, una vez que pasa de la simple actitud interior, a los comportamientos que, en forma directa o indirecta, modifican situaciones sociales exteriores. TURK se dedica a la observación de las situaciones de conflicto y desventaja en ambientes urbanos, las cuales generalmente se caracterizan por un conflicto entre adultos y adolescentes. Se concentra, por tanto, en una teoría de la criminalidad juvenil con base en el conflicto intergeneracional. En el ámbito de dicho conflicto, la deslegitimación y, por consiguiente, la criminalización del grupo social en desventaja (jóvenes y adolescentes) es llevada a cabo por parte del grupo dominante (adultos), en la medida en que el conflicto cultural encuentra eco en el conflicto social.

No es difícil percatarse del hecho de que la estructura de esa teoría del conflicto de la delincuencia juvenil tiene, desde el principio, una visión demasiado general del sector al cual es aplicada, ya que es una realidad que el conflicto intergeneracional es solamente uno de los posibles casos de conflicto cultural. Los tres primeros "postulados" de la teoría son aplicables a la totalidad del fenómeno criminal; por ello, el hecho de que en sus trabajos, TURK pasase de una teoría "limitada" a una teoría "general" de la criminalidad basada en esos postulados, resulta una consecuencia lógica.

Bajo directa influencia de DAHRENDORF, TURK presenta, en su principal obra, un modelo de estructura social en estado de permanente conflicto, de la siguiente manera:

"En este libro, el orden social no es visto como un sistema de normas inevitables puestas constantemente a prueba por los antisociales e indisciplinados sino, más bien, como la constante aproximación a un orden. En otras palabras, más como una solución temporal de un conflicto de concepciones acerca de aquello que puede ser considerado justo y aquello que pueda no serlo, que como un tipo de mecanismo equilibrador o de armonía espiritual entre las mentalidades rectamente juzgadoras" (TURK, 1972, XII).

Además de la concepción universalista del conflicto, nuestra atención debe apuntar hacia su definición dicotómica, la que en términos de autoridad y sujeción resulta también totalmente formal. La definición dahrendorfiana de la relación de autoridad, concebida como el contenido general del conflicto social, es aplicada en este caso, directamente, al proceso de criminalización. En la medida en que el conflicto se desarrolle entre sujetos *del* poder y sujetos *al* poder, es decir, entre dominadores y dominados, el conflicto será siempre un conflicto de poder en cuyo ámbito la autoridad actuará mediante la creación (o recepción), interpretación y aplicación coactiva de normas. En la medida en que se trate de una autoridad constituida en la comunidad política, es decir, en el Estado y, por lo tanto, en las normas sociales o jurídicas creadas o recibidas de organismos estatales, nos hallamos en presencia de un sector especial de la experiencia normativa, que se refiere al Estado y, por consiguiente, al derecho estatal, que es denominado por TURK *derecho político*. De lo anterior se deriva el que la interpretación de los procesos de criminalización, entendidos como una de las posibles fenomenologías del conflicto entre detentadores y sujetos al poder, forme parte de ese sector de la experiencia normativa e implique, por ello, directamente la noción del Estado. De esa manera, la noción de crimen es hecha depender lógicamente de la noción de Estado.

En ese sentido es válida, según TURK, la proposición según la cual "no hay crimen donde no existe Estado" (TURK, 1972, 35).

Dentro de los procesos de estigmatización, es decir, procesos de atribución del *status* de desviado (los cuales pueden verificarse también dentro de la reacción social no institucional), los procesos de criminalización se distinguen como aquellos procesos de atribución de *status* criminal que se desenvuelven mediante la actividad de las instancias oficiales del Estado (legislador, judicial, policial). Sobre esos presupuestos TURK puede afirmar lo siguiente:

"El estudio de la criminalidad se convierte en el estudio de las relaciones entre el *status* y los roles de la *autoridad* legal –creadora, intérprete y ejecutora de los "standards" legales de comportamiento correcto y desviado– y los *status* y roles de los *sujetos* –receptores u opositores, pero no autores de dichas decisiones, para los cuales el derecho es creado e interpretado o hecho valer coercitivamente– (TURK, 1972, 35).

El esquema *político* del conflicto al cual es de esa manera transportado el problema de la criminalidad, es, como puede verse, el mismo de la sociología del conflicto que ya había sido adoptado por VOLD, con la diferencia, respecto de éste, que comprende el proceso de criminalización completo, así como todos los órganos oficiales que operan en él. Ello es un importante progreso, que permite a la teoría del conflicto comprender, de manera más realista y ordenada, la naturaleza selectiva del proceso de criminalización. Los resultados de la investigación sobre el carácter selectivo del proceso penal y las investigaciones de la policía, no son ignorados por TURK, quien le atribuye especialmente al modo de operar de la policía el rol principal dentro de los mecanismos que llevan a la distribución del *status* de criminal y a su concentración en determinados grupos sociales particularmente "desfavorecidos" (TURK, 1972, 65).

La distinción entre procesos institucionalizados y no institucionalizados de reacción a la desviación, que hace el modelo de TURK, resulta igualmente una acertada ampliación de

la perspectiva del conflicto, en lo referente al proceso de estigmatización.

Sin embargo, también en este punto el autor, preocupado más por los propios esquemas que por las cosas, desperdicia una importante conexión sin saberla profundizar. En efecto, en su construcción, los dos sectores de la reacción, la opinión pública por una parte y las instancias oficiales por la otra, permanecen como dos líneas paralelas que no se vuelven a encontrar. De esa manera, se esfuma completamente el nexo funcional y la continuidad que las liga.

Una vez definidos como "autoridad legal" los sujetos que tienen el poder de decidir acerca de la creación y aplicación de las normas, la perspectiva social-económica del conflicto entre grupos sociales es ocultada tras la perspectiva política de la relación entre autoridades y súbditos. Nos hallamos, *como se ve, frente al equivoco usual de la sociologia del conflicto*: que las acciones de los grupos de interés son transferidas inmediatamente a las acciones del Estado, sin tener en cuenta el carácter más bien complejo de la mediación política de los conflictos en la sociedad industrial avanzada. En la perspectiva un tanto enrarecida de TURK, el juego de los elementos lógicos toma decisivamente la delantera, en el análisis de la realidad social. De esa manera, los mecanismos específicos y los diversos canales por los cuales determinados intereses son institucionalizados para luego instrumentalizar a las instancias legales del poder político, permanecen fuera de la teoría. Toda esta delicada temática de la sociología política, por sí indispensable para una teoría realista del conflicto, es "superada" con la identificación *tout court* por vía de definición, de una de las partes del conflicto con el Estado. Por otra parte, aparece bloqueada para la criminología del conflicto, la comprensión de las complejas relaciones que median entre hegemonía e ideología, entre ejercicio y legitimación del poder, entre comportamiento dirigido a la realización de necesidades y conciencia, en última instancia, ente clase y conciencia de clase.

Fiel al modelo arriba descrito, TURK pasa luego a cons-

truir una teoría de la criminalización agregando algunas variables a las posibilidades de conflicto entre grupos. Las variables consideradas para el conflicto son el grado de organización, el grado de "sofisticación"[2] y el grado de interiorización de las normas (consenso). El conflicto es tanto más probable cuanto más organizado esté el grupo de quienes actúan ilegalmente. Es tanto más probable en cuanto menos "sofisticados" sean quienes infringen la norma. La combinación entre estas dos variables lleva a que la mayor probabilidad de conflicto se dé en el caso en que los sujetos "que se hallan en la parte desviada de una diferencia cultural definida como ilegal por la autoridad" sean más organizados y menos sofisticados (por ejemplo, una banda de delincuentes). La menor probabilidad de conflicto se da, al contrario, en el caso de sujetos menos organizados y ultrasofisticados (por ejemplo, estafadores profesionales). En los dos grados intermedios, los organizados y sofisticados (por ejemplo, los "sindicatos" del crimen) presentan, por lo general, mayor capacidad para evitar situaciones desventajosas de conflicto abierto, lo que no se da en el caso de los no organizados y no sofisticados (por ejemplo, los frecuentadores habituales de centros de mala fama), los cuales están "incapacitados para tratar con la ley" (ibídem, 59). El conflicto, finalmente, es tanto más probable cuanto menor es el grado de interiorización de la norma hecha valer por la autoridad, y por ello, cuanto menos se identifiquen los sujetos con la autoridad misma y no acepten las valoraciones morales, no estarán dispuestos a prestarle consenso a las normas, con base en una confianza general a favor de la autoridad (ibídem, 61).

[2] Por "sofisticación" (*sofistication*) entiende TURK, "el conocimiento de los modelos de comportamiento de otras personas que es utilizado para la manipulación de ellas" (Turk, 1972, 58-59). Quien es sofisticado –afirma TURK– cuenta con los medios para calcular la fuerza o la debilidad de su posición con respecto a las autoridades y, en consecuencia, es más capaz de evitar el conflicto abierto con un adversario superior, sin tener para ello que hacer concesiones relevantes.

En el proceso de criminalización intervienen dos variables ulteriores, que son: la "fuerza relativa" y el "grado de realismo" en los movimientos realizados en el conflicto (TURK, 1972, 67 y ss.). La diferencia efectiva de fuerza entre los órganos de la represión penal y los violadores de las normas, comprende tanto la organización, el número, la habilidad y los recursos económicos, como el armamento. Cuanto mayor sea la diferencia, tanto mayor será la posibilidad de que los violadores se vean expuestos al proceso de criminalización. Ello explica, también, la mayor exposición de los estratos sociales más débiles, a la acción criminalizante de la policía y de las otras instancias oficiales.

El realismo en los medios utilizados en el conflicto se halla en relación directa con el grado de "sofisticación" de los violadores de la norma. Cuanto menos "sofisticados" sean, mayor será la utilización que harán de medios no realistas, con consecuencias desventajosas para ellos y tanto mayor será la probabilidad de su criminalización. Las variables generales del conflicto y las variables particulares de la criminalización permiten, de esa manera, "explicar" las diferentes tasas de criminalidad que se presentan en los diferentes grupos de los diversos estratos sociales y, en particular, la alta tasa de criminalidad de los estratos sociales más débiles[3].

[3] Sin embargo, TURK introduce una consideración ulterior a propósito de la "fuerza relativa" de los órganos oficiales. Ésta varía entre dos extremos: el primero es el de la fuerza relativa mínima; es decir, aquel en que el adversario violador de la ley es más fuerte. El otro extremo es el de una fuerza relativa máxima; es decir, aquel en el cual el violador es más débil. Entre ambos extremos –afirma TURK– se nota una tendencia de parte de las instancias oficiales a poner fuera de juego a los procedimientos legales. Lo anterior con el fin, ya sea de combatir al "adversario interno" más eficazmente (el recurrir a prácticas represivas terroristas puede darse en este caso) o para limitarse a procedimientos más sumarios, menos costosos y suficientes para hacerle frente a un adversario más débil. En la medida en que la estadística criminal se ocupe únicamente de los procedimientos legales, entre ambos casos extremos se produce una relativa disminución de la tasa de criminalidad de los estratos sociales. La relación entre la "fuerza relativa" y la tasa oficial de criminalidad tiende, por ello, a asumir un aumento curvilíneo más que rectilíneo.

El lenguaje mismo utilizado por TURK, respeta la característica de cierto sociologismo académico, que es la fuga de la realidad frente al formalismo conceptual. Paradójicamente, los autores que niegan el modelo de la armonía para afirmar el del conflicto con el fin de convertir al conflicto en la ley *eterna* de la estructura social, transforman su propio modelo en el de una nueva armonía preestablecida, dinámica y estática a la vez, pero en la cual, al fin de cuentas, cada cosa encuentra su lugar, como en la utopía criticada por DAHRENDORF. Habiendo perdido de vista las *razones* de las diferencias de poder y del uso de la fuerza, la teoría de la sociedad se convierte en una especie de ecuación sin incógnita. Los problemas sociales en que se originan los conflictos reales son "desdramatizados". De esa forma, un drama en el cual están en juego necesidades y destinos de seres humanos, hace que la cuestión criminal termine por parecerse a una partida de ajedrez entre jugadores más o menos "sofisticados" que hacen movimientos más o menos "realistas".

Todo lo anterior no debe sorprender si se reflexiona sobre el modo de operar de estas teorías y los resultados que ofrecen, en relación con el problema que se examina. La teoría de TURK, en ese sentido, es ejemplar, pues no da un paso más allá de la pura descripción de los fenómenos en los cuales se manifiesta un hecho ya bastante conocido, en virtud de una serie ya conspicua de investigaciones: el hecho de que el proceso de criminalización se dirige de manera altamente selectiva hacia los estratos más débiles y marginados (BARATTA, 1976), mientras que a menudo no tiene éxito cuando se dirige hacia las clases sociales altas, como en el clásico fiasco del "prohibicionismo" (TURK, 1972, 77). Pero por qué razones el grupo que tiene el poder "decide" (TURK, 1972, 77) criminalizar a quienes tienen menos poder y deja impunes a los "adversarios" fuertes, es explicado por TURK con una serie de variables que se resuelven todas, en sustancia, en la diferencia de poderes. Con ello, la explicación del hecho es sustituida con el hecho a explicar.

El defecto de origen de las teorías que se examinan reside, más bien, en la poca consistencia y en la inadecuada abstracción de la teoría general de la sociedad de la cual parte la teoría del conflicto. Esa teoría se presenta como una alternativa a las teorías estructural-funcionalistas, como una salida de la *utopía* en que se hallan. Pero, ¿en qué sentido y hasta qué punto constituye la teoría del conflicto una alternativa al estructural-funcionalismo? Si nos detenemos más atentamente sobre este punto, llegamos inmediatamente a una conclusión que, paradójicamente, se halla en contraste con el vigor polémico mostrado por DAHRENDORF y COSER, en contra del estructural-funcionalismo. En realidad, en la construcción de DAHRENDORF y COSER el conflicto no excluye el modelo del equilibrio, sino que más bien representa una *integración* de él.

DAHRENDORF y COSER se ocupan, es cierto, exclusivamente, de fenómenos que pueden ser interpretados aplicando el modelo del conflicto. Sin embargo, existe, según su opinión, toda una serie de fenómenos que son interpretables mediante el modelo del equilibrio.

El modelo del conflicto no constituye para DAHRENDORF y COSER el *principio general* de una teoría de los hechos sociales, como era el caso en el estructural-funcionalismo con el modelo del equilibrio; pero sirve para explicar sólo una parte de los hechos sociales. Aquello que DAHRENDORF le reclama a PARSONS no es el haber aplicado un modelo *equivocado*, sino el haber examinado la estructura social mediante el modelo del equilibrio. Para corregir ese error, DAHRENDORF anuncia "el doble regreso del análisis estructural" (DAHRENDORF, 1957, 159 y ss.), y ello es la construcción de una teoría social que tiene en cuenta tanto el momento del equilibrio y de la integración, como el del conflicto y el dominio.

Estos dos aspectos de la realidad social "se entrecruzan", según DAHRENDORF, a todos los niveles. La teoría de la estructura social, desde este punto de vista, se presenta bajo el doble aspecto de una teoría de la integración, en la cual las categorías principales son el *orden efectivo* y los *valores*, y de

una teoría de la autoridad en la cual las categorías principales son la *autoridad* y los *intereses* (ibídem, 161).

"...para la explicación de los problemas sociológicos necesitamos, de entre los modelos de la sociedad, el del equilibrio y el del conflicto; y se puede afirmar que, en un sentido filosófico, la sociedad tiene dos caras que son igualmente reales: una de estabilidad, armonía y consenso y otra de cambio, conflicto y dominio. Rigurosamente hablando no es relevante si sólo indicamos como objeto de investigación problemas que pueden ser comprendidos solamente en términos del modelo del equilibrio o problemas para la explicación de los cuales se requiera el modelo del conflicto. No hay criterios estrictos para preferir un modelo al otro" (DAHRENDORF, 1958, 127).

Retomando también en este punto el pensamiento de SIMMEL, COSER ve integrarse en la realidad social el principio de la armonía y el principio del conflicto (COSER, 1965, 5). En suma, si bien, independientemente de cualquier "criterio intrínseco", ambos autores han preferido enfocar su atención hacia fenómenos que se explican con el modelo del conflicto, sus análisis se insertan, como puede notarse, en una teoría general de la sociedad que, rigurosamente hablando, no merece, ni mucho menos, el nombre de *teoría del conflicto* sino que en realidad es una teoría de la integración del principio de la armonía con el del conflicto.

El defecto de origen de las teorías del conflicto acerca de la criminalidad deriva del inadecuado grado de abstracción teórica, y por ello de la insuficiente función explicativa a la cual la sociología del conflicto logra elevar los términos del problema: el concepto de conflicto y el concepto de clase social.

La separación entre propiedad y poder, y la burocratización de la industria y de la administración del Estado, son las principales trasformaciones en las cuales se traduce el modelo de la sociedad "tardo-capitalista" (DAHRENDORF, 1957, 211). Ello le permite a DAHRENDORF contraponer al análisis marxista de la "esfera de producción", basado en las relaciones de propiedad, un análisis basado en las relaciones de poder, y describir de esa manera a la empresa industrial de

la sociedad "tardo-capitalista" como una institución en la cual el poder no encuentra, como en la sociedad capitalista precedente, su base en la propiedad privada de los medios de producción. En esta sociedad, por tanto, el conflicto no es más el conflicto entre *capital y trabajo asalariado*, sino más bien un conflicto que versa inmediatamente sobre la relación de poder, "sobre la participación en el poder o sobre la exclusión de él" (ibídem, 211). El concepto de conflicto social en el sentido de la teoría de las clases se difunde, de esa manera, entre los sujetos y los grupos sociales entre los cuales se distribuye la autoridad, y es atomizado en la variada fenomenología de las instituciones, de las cuales la empresa es uno de los tipos (ibídem, 215 y ss.). El conflicto entre capital y trabajo asalariado es sustituido, de esa manera, por el conflicto entre obreros y *management* en la empresa industrial (ibídem, 221-222). Una consecuencia que se reproduce fielmente en COSER (1956, 50).

No es posible en el limitado espacio de esta ponencia, entrar de manera detallada en la discusión de la teoría social-económica de la sociedad "tardo-capitalista" de la cual DAHRENDORF y COSER son expositores. El defecto esencial de esa teoría radica en la incapacidad de descender de la superficie empírica de los fenómenos a la de su lógica objetiva, confundiendo, de esa manera, los actores del proceso económico (individuos y grupos) con sus *sujetos* reales (el *capital*, como proceso cada vez más internacionalizado de explotación y de acumulación, y el *trabajo asalariado*, que no es otra cosa que los obreros sindicalizados y también las masas urbanas y rurales desheredadas y marginalizadas)[4].

[4] La operación ideológica de DAHRENDORF, de exaltar el fenómeno de la institucionalización del conflicto como forma de equilibrio social, se funda sobre una "inadvertencia" teórica de gran relieve. DAHRENDORF identifica la fuerza de trabajo absorbida en el proceso productivo con la población, eliminando de esa manera como insubsistente el problema de la *producción de una superpoblación relativa*, es decir, de la *puesta en libertad de los obreros* (K. Marx, 1967, 696). DAHRENDORF no ve el cambio cualitativo de la composición orgánica del capital que se da a causa de la creciente acumulación capitalista y, en consecuencia, no ve el ligamen funcional que subsiste entre el proceso de acumulación y la producción de zonas de desocu-

Esta perspectiva deformada acerca de las *partes* es la que ha conducido a la construcción de un modelo parcial del conflicto. Si ahora nos dedicamos a buscar la categoría teórica que ha permitido privilegiar ciertos aspectos de la fenomenología del conflicto en la sociedad industrial avanzada y ocultar otros, nos encontramos en DAHRENDORF y COSER con una indicación unívoca. La característica fundamental del conflicto sobre la cual ambos construyeron sus teorías es la de encontrárselo institucionalizado al tener, por tanto, una mediación dentro de la estructura jurídica de la *industria* y del Estado monopolístico (DAHRENDORF, 1957, 234 y ss.; COSER, 1965, 45 y ss.). El concepto de la *institucionalización del conflicto* abarca todos los canales capaces de absorber y disciplinar la lucha: desde la huelga legal hasta la contratación colectiva, llegando hasta las más vastas y programáticas "acciones concertadas".

Toda aquella parte de la conflictividad social que se encuentra fuera del área institucionalizada y, en consecuencia, toda aquella parte de la sociedad cuyas necesidades materiales y sórdidas y violentas luchas no hayan encontrado

---

pación y subocupación (ibídem, 688 y ss.). Al perder de vista este ligamen funcional, DAHRENDORF considera el conflicto social en la sociedad "tardocapitalista", sólo con referencia a la población ocupada. Esta "inadvertencia" teórica hace totalmente inadecuada la óptica de DAHRENDORF, la que no sólo no puede dar cuenta de importantísimos procesos estructurales de acumulación capitalista (desocupación, subocupación, colonización, proletarización), sino, que tampoco lo hace respecto de fenómenos que incluso una sociología poco adecuada desde el punto de vista de la economía política podría, por lo menos, describir: la conflictividad nueva en torno de la cual la clase obrera se organiza, a causa de las presiones que provienen de la realidad externa a la fábrica, formas diversas que asume el choque con el capital fuera de la fábrica, defensa de intereses diversos de los que han sido tradicionalmente objeto de reivindicaciones de la fábrica, pero sobre todo aquellas formas no institucionalizadas de conflictividad social que derivan del papel específico que la superpoblación desempeña en el proceso de valorización del capital. Para la primera indicación acerca de los problemas actuales de la población relativa en la fase actual del proceso de acumulación capitalista en Italia y en Europa, cfr. MELODLESSI (1973); KAMERER (1976, 59 y ss.); A. BARATTA (1976)

una mediación política, permanecen fuera de esta temática neo-iluminista del conflicto. El modelo weberiano de la racionalización (WEBER, 1960, 217 y ss.) como tendencia del desarrollo de la sociedad capitalista es aplicable, en el mundo burocratizado de la *industria*, sólo a aquellos conflictos en los cuales el impacto de los frentes se atenúa (DAHRENDORF, 1957, 211) en la medida en que el conflicto sea institucionalizado. En una visión serenamente miope y parcial, la *industria* es la zona en la cual se desarrollan los conflictos "realistas", aquellos racionalizables en una relación de fungibilidad entre medios y fines y por ello institucionalizables y que pueden ser objeto de mediación jurídica. Al contrario, los conflictos que tienen su origen fuera del mundo institucionalizado de la industria son relegados por definición a la zona de lo irracional y, por consiguiente, considerados como conflictos "no realistas".

En este punto podemos reconocer en todo su alcance ideológico el significado de distinciones tan apreciadas por los teóricos del conflicto, como aquellas entre conflictos "realistas" y "no realistas" (COSER) o entre los diversos grados de "realismo" y "sofisticación" (TURK). No todos los conflictos, según COSER, son funcionales a la sociedad. Hay también conflictos que no son funcionales respecto de ella (COSER, 1956, 151-52). Más o menos declaradamente y más o menos conscientemente, los teóricos del conflicto terminan por reducir su teoría de los conflictos sociales a una teoría de los conflictos "realistas", funcionales a la sociedad (pero mejor hubiera sido decir a la reproducción de las relaciones sociales en la estructura económica neocapitalista), exorcizando aquellos conflictos y aquellos sujetos (la masa marginada, desocupada y subocupada, en parte los jóvenes y las mujeres) que se agitan fuera de la industria.

Éstos son los conflictos y los sujetos del conflicto que no son disciplinables, o que por lo menos no lo son por el momento dentro del "proyecto jurídico" que acompaña la sociedad capitalista en la fase de su nacimiento y en su desarrollo hasta nuestros días. Este llamado a una reconstrucción

aclaratoria de la ideología jurídica de la burguesía en el iluminismo inglés (COSTA, 1974) me parece oportuna, porque permite colocar a DAHRENDORF y a COSER en el extremo actual del arco del desarrollo del "proyecto jurídico" burgués. De la misma forma en que los iluministas burgueses en los tiempos de Hume rechazaban fuera del "proyecto jurídico" de la sociedad capitalista a todos los sujetos y comportamientos no disciplinables dentro de ésta, y por ello no asimilables dentro de ese modelo de sociedad y de sus fines sociales, hoy en día los *teóricos del conflicto* relegan al margen de su concepto de sociedad las necesidades y los comportamientos de aquellos sujetos que la sociedad neocapitalista deja fuera de la zona inmediatamente productiva y, por ello, jurídicamente institucionalizada de la industria.

Sería injusto menospreciar la contribución realizada por las teorías criminológicas del conflicto a la crítica y la superación de la ideología penalista de la defensa social. A pesar de todos los límites que hemos tratado de indicar, las relaciones establecidas por dichas teorías entre el conflicto social y los procesos de criminalización, el desarrollo del *planteamiento de la definición* para la explicación de la cualidad desviada de los comportamientos, así como la perspectiva política en que han colocado al derecho penal, son todos elementos que corresponden a una fase más avanzada de la sociología criminal liberal respecto de las teorías funcionalistas y psicoanalíticas y respecto de las mismas teorías de la reacción social. En primer lugar, por el hecho de que las teorías del conflicto han aportado una importante corrección a la imagen característica de las teorías funcionalistas y psicoanalíticas de la desviación como relación antagónica entre el individuo y la sociedad, sustituyendo dicha relación por el enfrentamiento entre los grupos sociales. En segundo lugar, en la medida en que las teorías del conflicto han trasladado al *planteamiento de la definición* de las estructuras paritarias de pequeños grupos y procesos informales de interacción que se llevan a cabo en dichos grupos, a las estructuras generales de la sociedad y a las relaciones de poder en-

tre los grupos; es decir, de una perspectiva microsociológica a una perspectiva macrosociológica. En esa perspectiva, el problema de la distribución desigual del poder de definición y del uso de dicho poder –implícito en el *planteamiento de la definición*, pero no aclarado por el interaccionismo simbólico– es tomado en cuenta en toda su importancia central. Las teorías del conflicto en torno de la criminalidad han preparado instrumentos útiles para el estudio de algunos sectores de la criminalidad, como la criminalidad económica y, en general, la "criminalidad de los detentadores del poder", en las cuales la relación con los grupos organizados y con el carácter selectivo de los procesos de criminalización es particularmente evidente. Finalmente, al resaltar el concepto de conflicto cultural y conflicto intergeneracional, han desarrollado instrumentos heurísticos ya experimentados en el ámbito de las teorías de los contactos diferenciales y de las subculturas, reflejando al mismo tiempo fenómenos de la desviación juvenil y política, cruciales en los Estados Unidos durante los años sesenta.

Sin embargo, la falsa generalización y el formalismo conceptual con que las teorías examinadas terminan por agravar los defectos originales de la sociología del conflicto, hacen que su pretensión científica sea inaceptable. Si como se puede deducir del desarrollo y de la experimentación de hipótesis teóricas cuya discusión consume nuestro tiempo, es cierto que entre los procesos formales e informales que forman parte del sistema punitivo y de marginalidad social existe una relación estructural, y si la cuestión criminal profundiza (como pareciera) sus raíces en las contradicciones y conflictos externos a las mediaciones institucionales, los desilusionantes resultados de las anteriores teorías no deberían sorprender. Dichas teorías han desaprovechado un importante tema, como lo es el *conflicto social y la criminalidad*, al afrontarlo con un modelo del conflicto al cual los términos mismos de la cuestión criminal permanecen extraños.

Referencias bibliográficas

BARATTA, A.: *Sistema penale ed emarginazione sociale*, en "La Questione Criminale", 1976, 2-3, ps. 237 y siguientes.

COHEN, A.; LINDESMITH, A.; SCHUESSLER, K.: *The Sutherland Papers*, Bloomington, 1956.

COSER. L. A. : *The functions of social conflict*, Bradford, London, 1956.

COSTA, P.: *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, 1974.

DAHRENDORF, F.: *Soziale klassen und Klassenkonflikte in der industriellen Gessellchaft*, Stuttgart, 1957.

DAHRENDORF, R.: *Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis*, en "The American Journal of Sociology", 1958, LXIV, ps. 115-127.

GOULDNER, A.: *La crisi della sociologia*, Bologna, 1972.

KAMMERER, P.: *Sviluppo del capitale ed emigrazione in Europa: la Germania federale*, Milano, 1976.

MELDOLESI, L.: *Accumulazione e occupazione*, en "Inchiesta", III, 12, octubre-diciembre 1973, ps. 3 siguientes.

MERTON, R. K.; *Social theory and social structure*, Glencoe, 1957.

PARSONS, T.: *The structure of social action*, 3ª ed., Glencoe, 1961.

SIMMEL, C.: *Soziologie. Untersuchungen über die Form der Vergesellschaftung*, 4ª ed., Berlin, 1958.

TURK, A.: *Toward a construction of a theory of delinquency*, en "Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science", 1964, 55, ps. 215-228.

TURK, A.: *Criminality and legal order*, 3ª ed., Chicago, 1972.

VOLD, G. B.: *Theoretical criminology*, New York, 1958.

VOLD, G. B.: "Social-cultural conflict and criminality", en Wolfgang M. E. (ed.), *Crime and culture. Essays in honour of Thorsten Sellin*, New York, London, Sydney, Toronto, 1968, ps. 36-42.

WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, al cuidado de J. Winckelmann, Neuwied, 1960.

PROBLEMAS SOCIALES Y PERCEPCIÓN DE LA CRIMINALIDAD*

1. Cultura y criminalidad

¿Qué es un problema social? Es una pregunta que puede ser convertida en esta otra: ¿qué situaciones sociales son construidas en un determinado contexto cultural, como problemas sociales? La percepción de la criminalidad, esto es, la interpretación por el sentido común de ciertas situaciones, es uno de los modos de construcción de los problemas sociales.

Desde este punto de vista, la relación entre la percepción de la criminalidad y los problemas sociales puede ser considerada como una cuestión interna a la "*economía*" de la construcción de los problemas sociales[1]. El tema "*cultura y criminalidad*" es estudiado desde el punto de vista de la "*cultura de la criminalidad*". Éste se ocupa de procesos subjetivos que son llevados a cabo por una cultura y del papel que juegan en el contexto ideológico y material de una sociedad.

Pero ésta no es la única manera de considerar el tema. Los conceptos "*cultura y criminalidad*" sugieren, por lo menos, otros dos significados o contextos teóricos:

a) El primero y más limitado se refiere a normas y comportamientos específicos que son atribuidos a determinados grupos de individuos calificados como desviados. En este sentido, se habla de "*cultura*" de la droga, de la homosexualidad, de los ladrones profesionales, de los falsificadores, etc.

La expresión "*cultura y criminalidad*" implica, en este sentido, la *existencia* de un grupo desviado, o, mejor, su *per-*

* Publicado en "Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle", nº 9, Cali, Colombia, 1984. Tomado de la revista italiana "Dei Delitti e delle Pene", año I, nº. I, Cuero, abril 1983, ps. 15 a 41. Traducción de Luis Enrique Romero Soto.

[1] Para una primera orientación sobre la teoría de los problemas sociales en el ámbito del proceso general de *construcción social* de la realidad, ver R. K. MERTON, R. A. NISBET (a cargo de) (1971); M. SPECTOR, J. KITSUSE (1977); F. W. STALLBERG (1979); J. MATTHES (a cargo de) (1981).

cepción por parte de un observador. El interés de éste se concentra sobre la "*fenomenología*" en que se manifiesta la manera de vivir del grupo, más que sobre la explicación de esta manera de vivir[2]. Se trata de un campo de observación y de investigación muy importante y difundido en la moderna criminología, pero que aún no alcanza el desarrollo propio de una teoría de la criminalidad.

b) Un segundo significado posible de la expresión "cultura y criminalidad" aparece cuando se hace referencia a la teoría de las "subculturas" criminales. También en éstas se halla implícita una noción de cultura, entendida como el conjunto de los valores y normas dominantes en una sociedad determinada. El concepto de subcultura o de cultura desviada es usado, en este caso, para definir las actitudes y los comportamientos de una "minoría" en cuanto son percibidos como distintos y opuestos a los de una "mayoría". Pero en este caso, el concepto de cultura desviada se emplea no en un nivel meramente fenomenológico o descriptivo, sino etiológico, en cuanto las subculturas son consideradas como "*causas*" de comportamientos desviados o criminales. Estas teorías no se presentan sólo como descripciones del fenómeno de la desviación o de la criminalidad, sino también como tentativas de una explicación causal de él. Tales explicaciones, como puede notarse, ponen el acento sobre el conflicto cultural.

Frente a la criminología tradicional, que insiste en los factores biológicos y psicopatológicos de la criminalidad, estas teorías representan un progreso ya que la explicación aparece expuesta en el plano macrosociológico[3]. Sin embargo, su capacidad interpretativa resulta un tanto restringida. Uno de aquellos aspectos con base en los cuales es fácil me-

[2] Para algunos ejemplos ver W. F. WHYTE (1935); N. ANDERSON (1965); L. YABLONSKY (1967); N. POLSKI (1969).

[3] Ver A. K. COHEN (1955); R. A. CLOWARD, L. E. OHLIN (1970); sobre el concepto de conflicto cultural como prospectiva para una teoría de la desviación, ver sobre todo T. SELLIN (1938).

dir las limitaciones de estas teorías surge del hecho de que, como la experiencia lo ha enseñado hasta ahora, los "*conflictos culturales*" no pueden ser resueltos solamente con medios culturales. La laguna teórica, y, por lo tanto, la falta de adecuación práctica de las teorías de las subculturas criminales se deriva también del hecho de que ellas no han estado en condición de reconocer hasta qué punto los conflictos culturales constituyen, en realidad, conflictos materiales de poderes e intereses.

En el caso de la criminalidad, las teorías de la subcultura no han advertido hasta qué punto la percepción del comportamiento de ciertos grupos como criminales, desde la perspectiva de la cultura dominante en una sociedad, presupone el ejercicio de un poder de definición por parte de grupos hegemónicos y una revigorización de tal poder, por medio de instrumentos ofrecidos por el sistema penal.

Como he tenido la ocasión de señalar en otra parte (A. BARATTA 1982, 79 ss.), también las teorías que han tratado de integrar el enfoque subcultural con el funcionalista de Merton han permanecido en un nivel superficial de explicación, porque su análisis, tal como sucede en la aplicación del modelo funcionalista, no trasciende de la esfera de la distribución de los recursos y del poder a la de la producción y leyes y mecanismos estructurales que la regulan. Estos últimos son la clave para comprender los fenómenos que se verifican en la esfera de la distribución.

Ni la perspectiva fenomenológica ni la etiológica arriba mencionadas permiten el planteamiento correcto del problema de la distinción entre un elemento "*subjetivo*" y uno "*material*" de la realidad social. Según esta perspectiva, cultura y estructura social aparecen, en realidad, inmersas en una esfera única, la de la "*objetividad*", frente a la cual el punto de vista del observador (esto es, del estudioso) representa sólo el momento "*subjetivo*" de la "*construcción*" de la realidad.

Escapa, por lo tanto, a tales perspectivas, la cuestión esencial que caracteriza el progreso y la dificultad de la *nueva* criminología o criminología crítica, a saber, la de distin-

guir, en el objeto mismo de la observación de las ciencias sociales, una esfera "subjetiva", en la cual operan los procesos de "construcción" ideal de la realidad (y, por lo tanto, los de definición y cualificación de los sujetos y comportamientos calificados de "criminales" según criterios propios de una determinada cultura) y una esfera "material" referida a la *reproducción* de las condiciones estructurales (relaciones económico-sociales), de las que dependen también los procesos subjetivos.

c) La expresión "cultura y criminalidad" asume un significado diferente en la perspectiva del interaccionismo simbólico y de la teoría de los problemas sociales que, en tal contexto, ha sido desarrollada por diversos autores; y ésta es una, pero no la única, perspectiva en que se puede hablar, como se señaló en un comienzo, de "cultura de la criminalidad". Tal acepción puede ser ejemplificada con una obra significativa de John KITSUSE y Malcom SPECTOR (1977). En este importante trabajo, dedicado al estudio de la *construcción de los problemas sociales*, los autores desarrollan la tesis de que la criminalidad, en cuanto problema social existente en la conciencia de los coasociados y de los órganos oficiales, constituye el resultado de definiciones y juicios de valor en el interior del proceso general de comunicaciones y de interacciones que se producen en una sociedad. Este proceso está basado sobre ideas y valores que tienen un alcance general y que caracterizan al conjunto de una sociedad. En este sentido, la criminalidad es una "construcción social de la realidad" (P. L. BERGER, T. LUCKMAN, 1966), es decir, un hecho cultural.

Utilizando desde la perspectiva interaccionista el *labelling approach*[4] y la teoría de la construcción social de la realidad, KITSUSE y SPECTOR colocan el problema "criminalidad" directamente en la esfera subjetiva de la cultura. Su contribución a una nueva criminología es notable, por cuanto tal ubicación permite aislar un aspecto muy importante,

[4] Cfr. *ultra*, nota 6.

y no siempre suficientemente considerado, de la función latente de la criminalidad, a saber, la relación entre la construcción de los problemas sociales y las situaciones materiales.

El límite "idealista" de su discurso radica, por el contrario, en el hecho de separar el análisis de dos aspectos igualmente importantes de la *cuestión criminal* en la esfera material. Se trata, en primer lugar, de las condiciones estructurales en las que ocurre la construcción subjetiva de los problemas sociales. En segundo lugar, en aquello que podemos denominar el "*referente material*" de dicha construcción[5]. De sus planteamientos, excluyen la posibilidad de considerar como objeto de análisis científico esta doble relación entre la esfera "subjetiva" de la cultura y la material de la sociedad.

Es evidente que éste es un límite general de la epistemología propia del interaccionismo simbólico, que reduce la realidad social a los procesos de interacción y el estudio de ella al análisis de tales procesos; pero es evidente también que estos límites dejan expuesto el desarrollo de KITSUSE y SPECTOR a las aporías propias del indeterminismo subjetivista.

Al llevar hasta sus consecuencias extremas aquello que debería ser sólo un oportuno aislamiento metodológico y temático de los "problemas sociales" (en el sentido de la construcción subjetiva) respecto de la consideración de sus condiciones materiales, KITSUSE y SPECTOR consideran tales problemas como variables independientes. De este modo, se cierra toda posibilidad de explicación estructural de los contenidos subjetivos de los problemas sociales y de análisis funcional de ellos, en referencia a la estructura de las relaciones de producción y de poder en una sociedad. Con mayor razón queda excluido de sus planteamientos, todo posible vínculo de la "criminalidad" a un *referente material*.

El reconocimiento del proceso subjetivo de la definición de los problemas sociales constituye, para Kitsuse y Spector, el punto de partida. A mi juicio, empero, puede ser sólo el punto de llegada de un planteamiento sobre cultura y crimi-

[5] Cfr. *ultra*, en el texto y nota 9.

nalidad que, sin negar, como premisa, el paradigma de la reacción social, vaya, *a través de ese paradigma*, más allá de los límites en que ha sido aplicado en el seno del interaccionismo simbólico.

Para que el discurso sobre cultura y criminalidad no se reduzca de nuevo a una pura descripción de la realidad "cultural" del crimen, el análisis de la esfera subjetiva debe integrarse con el de la material. El carácter ambiguo de la noción de *criminalidad* radica, precisamente, en el hecho de constituir el punto de convergencia del elemento subjetivo (cultural) y del material (estructural) de la realidad. Por una parte, la *criminalidad* es el resultado de un proceso subjetivo de definiciones y atribuciones valorativas y, por el otro –si no queremos atribuir a estos procesos un carácter arbitrario y causal– se deben afrontar, respecto de la noción de criminalidad, tres cuestiones que se refieren a la esfera material de la realidad: a) la cuestión relativa a las condiciones estructurales de estos procesos; b) la otra, concerniente a su referente material; c) la relativa a sus efectos sobre la reproducción material e ideológica de la realidad. De tales cuestiones se ocupa la segunda parte de este trabajo.

En relación con la primera hemos expresado que el hecho de proponer tales cuestiones está hoy extensamente difundido en el pensamiento criminológico como consecuencia de la "revolución copernicana" que ha ocurrido con el paso del paradigma etiológico al de la reacción social (*labelling approach*)[6]. En el nuevo modo de afrontar la *cuestión criminal* que de allí se ha derivado, la pregunta sobre las condiciones de los procesos de definición y criminalización ha llegado a ser, lógicamente, preliminar respecto de los interrogantes

[6] Para una primera orientación sobre el "*labelling approach*" o "*aproximación a la reacción social*", sobre su significado en el pensamiento criminológico contemporáneo y sobre los problemas más relativos a este desarrollo, cfr. F. SACK (1968); W. KECKEISEN (1974); T. PITCH (1982); L. ANIYAR DE CASTRO (1983); PH. ROBERT (1973); M. PAVARINI (1980, 104-15); A. BARATTA (1983, 83-115). Uno de los más notables representantes *clásicos* de esta teoría es H. S. BECKER (1963).

propios de la criminología tradicional, sobre las condiciones de la criminalidad (W. KECKEISEN 1947, 24 ss.).

La segunda cuestión resulta particularmente compleja. No es casual que haya sido propuesta precisamente hoy, tanto en el seno de las corrientes que aceptan como punto de partida el paradigma de la reacción social como por fuera de él, por sus críticos[7]: más allá de la "construcción artificial", *¿existe* y es *cognoscible* una realidad comportamental o situacional *negativa*, a la cual la construcción subjetiva de la criminalidad pueda o no corresponder?

Afrontar esa cuestión no es la tarea que me he asignado aquí. Me limitaré, por ahora, a observar que una situación de referente material, esto es, de condiciones socialmente negativas o "problemáticas", se halla implicada, queramos o no, siempre que valoremos críticamente procesos de construcción de la criminalidad, tanto a nivel informal (sentido común, opinión pública) como a nivel formal (sistema penal)[8], como lo está la misma noción de criminalidad que preside estos procesos.

A los fines de la exposición que sigue, la respuesta a la cuestión del referente material puede ser sustituida por una hipótesis relativa a la *existencia* y a la *cognoscibilidad* de comportamientos y situaciones negativas o problemáticas[9]. Los términos de la hipótesis son los siguientes: a) objetividad (del conocimiento) vale tanto como validez intersubjetiva, esto es, denota un discurso *consistente*, en cuanto está fundado en datos verificables por la experiencia y sus valoraciones son controlables con argumentos racionales; b) el carácter negativo o problemático de ciertos comportamientos

[7] Para una propuesta de clasificación de las diferentes críticas al paradigma de la reacción social y un proyecto de "superación" de los límites subjetivistas en que el modelo ha sido realizado en el ámbito del interaccionismo simbólico y de la etnometodología, cfr. A. BARATTA (1981, 361 ss.).

[8] Cfr. en dirección análoga W. HASSEMER (1982, 63-64).

[9] Para algunas referencias temáticas y bibliográficas relativas a estas hipótesis, me permito remitir a las consideraciones hechas en mis escritos arriba citados (A. BARATTA, 1981, 369-82, 1982, 97 ss. y pássim).

y situaciones no se basa sobre una valoración referible a un modelo ideal o a una hipótesis relativa a la *naturaleza* del hombre, sino a las necesidades de individuos o de grupos, entendidas como necesidades históricamente determinadas y que pueden satisfacerse por medio de una organización óptima de la capacidad de producción material y cultural alcanzada por una determinada sociedad. Situaciones negativas o problemáticas son, según tal hipótesis, las que contrastan con la posibilidad de satisfacción de las necesidades así entendidas.

Remitiendo a una ulterior exposición el análisis de la relación de la negatividad social con la naturaleza conflictiva de la sociedad y de la constitución de los grupos sociales, la hipótesis de la existencia de negatividad social puede ser tratada a partir de la comprobación de que en toda sociedad hay situaciones que se presentan inmediatamente como *negativas* o *problemas* a resolver. Las encontramos siempre que la existencia física, la calidad de la vida, las ocupaciones, el ambiente ecológico, etc., resultan seriamente amenazados[10].

Más que a los problemas centrales del referente material, las páginas siguientes están dedicadas a una cuestión que aparece en el mismo contexto teórico vinculado a la relación

[10] No sólo a causa de la dificultad de los problemas teóricos, epistemológicos y axiológicos propios de una investigación de las situaciones socialmente negativas y de la referente a las respuestas institucionales adecuadas y justas, sino también por la naturaleza misma de los problemas, debe subrayarse, desde ahora, que tal investigación no puede ser emprendida por estudiosos aislados. Naturalmente cada uno, como tal, puede contribuir a ella enodizando las condiciones formales y determinados aspectos sustanciales. Empero, resultados intersubjetivamente válidos y políticamente coherentes sólo pueden obtenerse en el ámbito de una operación ideológica emancipadora, cuyo sujeto histórico son las clases subalternas. A esta operación debe contribuir la obra de estudiosos de ciencias histórico-sociales y de juristas empeñados comúnmente en una reconstrucción de los problemas sociales relativos a la desviación y a la criminalidad y en una proyección de respuestas institucionales altamente diferenciadas, que adopten como punto de vista heurístico y político el interés de las clases subalternas.

entre la esfera de la realidad; una cuestión que aun cuando debe ser considerada como *secundaria* respecto de la primera, puede, sin embargo, ser afrontada de un modo relativamente autónomo. Se la puede enunciar así: ¿qué funciones *latentes*[11] ejerce la construcción de la criminalidad, esto es, la percepción de ciertos problemas sociales a través de las nociones (estereotipos) de delito y delincuente, presentes en el sentido común, en el interior de proceso general de elaboración de los problemas sociales y de legitimación de la realidad?

2. Sobre algunas funciones latentes de la criminalidad

Si se reconoce que el sentido común[12], al igual que la conciencia de un sujeto individual, no percibe todos los elementos de la realidad al mismo tiempo y con la misma intensidad, no será difícil convenir en la afirmación de que la percepción de los problemas sociales, por parte del sentido común, tiene un carácter selectivo y jerárquico. Partiendo de tal afirmación, podemos establecer que el puesto ocupado en la opinión pública por un determinado problema no puede ser simultáneamente ocupado por otros. En términos generales, se puede sostener que la construcción de un problema bajo una categoría específica (por ejemplo "criminalidad", "enfermedad", "pecado", etc.), influye la totalidad del sentido común frente al mundo. Si hablamos de la criminalidad como de una "situación problema"[13] construida a través del

[11] Sobre el concepto de funciones latentes (contrapuesto al de funciones manifiestas) me limito a recordar la clásica teoría de R. K. MERTON (1968, 73 ss.).

[12] Sobre los conceptos de sentido común, de *common sense knowledge, every-day-reality (common sense reality)* cfr. sobre todo la fundamental obra de A. SCHUTZ (1962). Véase también P. L. BERGER, TH. LUCKMANN (1966).

[13] En relación a esta formulación y en un contexto teórico asaz perspicuo pero no idéntico al sostenido por mí, cfr. L. HUSSMANN, J. BERNAT DE CELIS (1982). Véase la recensión de este volumen en "Dei Delitti e delle Pene", (P. MARCONI, 1983).

uso de la correspondiente categoría del sentido común[14], podemos preguntarnos cuáles son las funciones latentes de la "criminalidad" frente a la percepción de los problemas sociales y, más en general, las actitudes del sentido común en relación al mundo.

Por "criminalidad" se entiende, en el sentido precisado arriba, sub c), el resultado de procesos de construcción en la esfera subjetiva de la cultura. Hecha esta advertencia, quisiera indicar algunos de los elementos de análisis de la función de la criminalidad, entendida en su sentido común. Puede examinársela bajo dos aspectos diferentes. El primero se refiere a la función de la criminalidad en relación con otros problemas sociales; el segundo, más general, a la función de la criminalidad en la conservación de la realidad, vale decir, de las relaciones de producción y de poder de una determinada sociedad. Bajo el primer aspecto, puede hablarse de "*funciones de management*". Bajo el segundo, de "*funciones de legitimación*".

a) En las funciones de "*management*" podemos distinguir dos maneras diversas en que la criminalidad, en cuanto problema social, se halla en relación con otras posibles construcciones de problemas sociales. Respecto de éstos, la criminalidad puede estar en una relación de parcialidad o en una de sustitución.

La "*relación de parcialidad*" es la que existe entre la parte y el todo. En este caso la construcción de la criminalidad en la conciencia común, presenta el mismo carácter "fragmentario"[15] característico del sistema penal oficial. Ella, al

[14] Sobre la definición de criminalidad y sobre la conciencia del problema "criminalidad" en sentido común y su función en el mecanismo general de construcción y conservación de la realidad, cfr. el amplio examen hecho por G. SMAUS (1981) sobre la base de los datos empíricos recogidos en la investigación "Reacción social al comportamiento desviante, etc." (cfr., ultra, nota 20). Para una anticipación véase G. SMAUS (1977). Cfr. también G. ARZT (1976), M. MURCK (1978, 1974); H. J. KERNER (1980); K. ARZBERGER, M. MURCK, J. SCHUMACHER (1979, 117 ss.).

[15] Para este concepto, característico del pensamiento penalístico contemporáneo, cfr. para todos, W. NAUCKE (1977, 75 ss., 184). A tal concepto

igual que el proceso institucional de criminalización (entendido como producción y aplicación de normas penales), privilegia, de entre un más amplio *potencial* de problemas que tienen el mismo referente material, una parte, más o menos limitada, aplicando a ésta la etiqueta "criminalidad". Es casi siempre imposible demostrar que esta forma de privilegiar algunos tipos de situaciones socialmente negativas dentro de un área homogénea (definible en razón de la ofensa o de la puesta en peligro de un mismo bien, por ejemplo, la vida), se justifica con una particular relevancia de las áreas privilegiadas o una particular lesividad de los comportamientos negativos.

Empero, ese proceso de selección posee un importante efecto ideológico: alejar de la conciencia común cualquier otra situación perteneciente a la misma área de negatividad social. Téngase en cuenta cuán pequeña es la parte de las situaciones, aptas para comprometer los bienes "vida" y calidad de la vida (que, por otra parte, y tal como sucede en las que son elevadas a objeto de normas penales, pueden referirse al comportamiento voluntario de los sujetos), que se halla cubierta por la definición de criminalidad.

El área de la violencia nos ofrece un ejemplo evidente del carácter selectivo de la noción de "violencia criminal" en el sentido común, especialmente si adoptamos una definición *estructural* de esta área de negatividad social[16]. Según esa definición, es violenta toda situación que, dependiendo de comportamientos individuales o de sistemas de comportamiento (y, en el límite, de la eterna estructura social), restringe posibilidades reales del individuo de conservar y de-

---

pueden contraponerse, para una crítica de la ideología jurídica sobreentendida en él, las nociones de *selectividad* de la protección penal, de *inmunización* y de "no contenidos" del derecho penal, elaboradas por la más reciente sociología jurídica (K. F. SCHUMANN, 1974; A. BARATTA, 1981, 378 ss.; 1982, 161 ss.). Importante, desde este punto de vista, es el concepto de "no-eventos" elaborado por E. E. SCHATTSCHNEIDER (1960).

[16] Par tal definición cfr. J. GALTUNG (1977). La definición estructural de violencia utilizada en el texto se basa en gran parte en la de este autor.

senvolver la propia existencia, esto es, de realizar las propias necesidades, entendidas en el sentido históricamente determinado de que se ha hablado arriba.

Resulta entonces fácil percibir que la definición corriente de violencia criminal abarca apenas una pequeña parte de la violencia estructural. Tal proceso selectivo deja fuera de la atención de la opinión pública, la mayor parte de la violencia ejercitada por hombres frente a otros hombres, para no hablar de la que el sistema social ejerce sobre los individuos que de él hacen parte. Piénsese, por un instante, en la guerra entre Estados, en la explotación colonialista de estados "periféricos" por parte de estados "centrales", en la destrucción de la riqueza y de recursos ligada funcionalmente al sistema de producción de la sociedad industrial avanzada, en las relaciones de injusticia, de opresión en el interior de la mayor parte de los Estados, en la supresión de años de existencia media, en el precio pagado a un tipo de producción que subordina las necesidades del individuo y de la comunidad a la lógica del capital y en el inmenso costo en términos de salud física y psíquica de los trabajadores de la industria[17].

Piénsese también en las condiciones de subalimentación a que está constreñida una gran parte de la población mundial, sobre todo por la distorsionada lógica de la economía planetaria. Si pensamos en todo esto, nos damos cuenta de que la "violencia criminal" no es más que una parte microscópica de este universo de violencia en que viven los hombres. Y no solamente hoy.

La atención particular que se dirige por parte de los órganos del Estado y de la opinión pública (alarma social por la criminalidad) a esta pequeñísima parte de la situación de violencia, aparecerá desproporcionada, en la mayoría de los casos, si se considera en relación al nivel de conciencia respecto de los problemas relativos a las reacciones específicas que suscita todo el resto de la violencia que no es "criminal".

[17] Cfr. entre la más reciente literatura sobre este tema, CH. E. REASON, L. L. ROSS, C. PATTERSON (1981).

La función ideológica de la construcción subjetiva de la criminalidad como problema social, puede entenderse, se ha dicho, también como una *relación de sustitución.*

En este segundo caso, la conciencia subjetiva del problema de la criminalidad tiene el efecto de influir en el puesto ocupado por otras áreas de problemas sociales dentro de la jerarquía en la cual son percibidos por la opinión pública. La criminalidad se acompaña, de modo constante, por un alto grado de alarma social. Este es, también, alimentado, de modo considerable, por las imágenes que de la criminalidad ofrecen los medios de comunicación[18], los cuales ejercen, en este sentido, una función de amplificación de la percepción de la criminalidad por parte de la opinión pública. Precisamente por causa de la imagen que se produce en el interior de tales procesos de comunicación de masas (y no tanto, por el contrario, como efecto de su real incidencia en la vida de cada uno de los individuos)[19], la criminalidad asume un puesto relativamente alto en la escala *subjetiva* de los problemas sociales.

Hemos verificado este fenómeno a través de una encuesta representativa realizada en 1976 sobre una muestra de

[18] Cfr. entre la vasta literatura, S. COHEN, J. YOUNG (a cargo de) (1974); M. STEINHILBERS (1977) y reunión internacional de ensayos y de reseñas a cargo de R. GRANDI, M. PAVARINI, M. SIMONDI (1983).

[19] Las investigaciones en esta materia muestran recurrentemente una desproporción entre una apreciación "genérica" y una en "concreto" de la amenaza constituida por la criminalidad. De allí se puede deducir (cfr. H. J. KERNER, 1980, 137 ss. 199; G. SMAUS, 1981, 174, 176 ss.; K. L. KUNTZ, 1983; A. BARATTA, 1983) que el temor a la criminalidad representa un sentimiento general de inseguridad y de ansia no ligado a fenómenos criminales solamente y, de todos modos, relativamente independiente de la específica percepción de la posibilidad de llegar a ser víctima de delitos en el propio barrio. La desproporción entre el temor genérico a la criminalidad y la medición del peligro concreto de llegar a ser víctima de delitos (con neta ventaja del primero), se observa también en la ya mencionada investigación "Reacción social al comportamiento desviado... (Saarbrücken). Cfr. G. SMAUS (1981, 181 ss.). Véanse sobre el tema, entre otros: E. STEPHAN (1976); G. ARZT (1976); M. MURCK (1978); K. ARZBERGER, M. MURCK, J. SCHUMACHER (1979, 117 ss.); H. J. KERNER (1980).

población alemana occidental en el ámbito de una investigación sobre "la reacción social frente al comportamiento desviado", llevada a cabo por la Universidad del Saarland[20]. Los resultados de esta investigación han mostrado el punto destacado que ocupa el problema de la criminalidad en una lista de diez, escogidos por medio de un "*experting rating*" y sometida a los entrevistados. Después del problema de la paz, que ocupaba en 1976 el primer puesto (para el 59% de los entrevistados) y del de la desocupación que estaba en el segundo (58,8%), el problema de la criminalidad y de la lucha contra el crimen ocupaba el tercer puesto (46,9%), seguido a distancia por los otros problemas: terrorismo (cuarto puesto, 30,9%), inflación (quinto puesto, 25,3%), política salarial más justa (sexto puesto, 21,4%); unidad europea (séptimo puesto, 15%); defensa de la democracia occidental (octavo puesto, 14,4%); política familiar más justa (noveno puesto, 12,5%); equilibrio militar en Europa (décimo puesto, 7,5%) (G. SMAUS, 1981 ss.).

Esta función constante de alarma social (cfr. COHEN, 1972) relacionada con la criminalidad frente al grado de atención dedicada a los otros problemas sociales, es, en ciertas ocasiones, enfatizada por medio del empleo de estrategias y técnicas de propaganda, introducidas sutilmente como campañas de "ley y orden"[21].

[20] "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht –institutionellen Bereiches" ("Reacción social al comportamiento desviado con particular consideración del sector no institucional"), investigación financiada por la "Deutsche Fornchungsgemeinchaft" (Ba 543) y desarrollada por el Intitut für Rechts- und Sozialphilosophie de la Universidad de Saarland, Saarbrücken, bajo la dirección de A. BARATTA, F. SACK (Universidad de Hannover) y G. SMAUS. Para una descripción general del proyecto cfr. A. BARATTA, G. SMAUS 1977, G. SMAUS 1975. La investigación está basada, por lo que respecta al material de observación empírica, sobre dos encuestas desarrolladas por la RFT, respectivamente sobre una muestra representativa de la población y sobre una muestra representativa de los jueces penales. Para la interpretación de los datos de la primera encuesta en un vasto cuadro teórico cfr. G. SMAUS (1981).

[21] Cfr. G. ARZT (1976); ST. HALL y otros (1978); G. SMAUS (1981, 175 ss.).

La característica de estas campañas es que son promovidas por medio de una acción directa y deliberada por parte de las "élites" políticas en el poder y tienen como finalidad distraer la atención del público de los urgentes problemas políticos, sociales y económicos que amenazan con poner en crisis los equilibrios en que dichas "élites" fundamentan su privilegio. La acentuación del problema de la criminalidad a través de campañas de "ley y orden" tiene, a menudo, el propósito de evitar los efectos de una crisis de legitimidad que pueda amenazar los esquemas políticos existentes y el de reconstruir la cohesión de mayorías silenciosas que sostienen un sistema de poder afectado por una crisis de consenso.

b) Las últimas observaciones llevan a una consideración sobre la función latente de la construcción social de la criminalidad, en el mecanismo de conservación de la realidad; podemos hablar, en este sentido, de "*función de legitimación*".

La sociedad capitalista avanzada se caracteriza por un *nuevo pacto social*, que une, en el sostenimiento de un equilibrio político más o menos precario, grupos sociales diversos que tienen accesos diferentes a los recursos y al poder. La relativa homogeneidad de la actitud del público que se encuentra en la sociedad capitalista avanzada, y la correspondiente disminución del nivel de conflictualidad manifiesta[22], no significan, de hecho, que las desigualdades sociales no continúen siendo fuertes también en esta fase de su desarrollo[23].

Sin embargo, el nuevo pacto social ha conseguido, hasta ahora, asegurar un "statu quo", una especie de gran corporación de las corporaciones, en el interior de la cual cada grupo que participa cree poder asegurar sus propios privile-

[22] Cfr. N. POULANTZAS (1974); P. BARCELLONA (1980).

[23] Sobre las desigualdades y las clases sociales en la sociedad tardocapitalista cfr. para una primera orientación: A. GIDDENS (1973); H. BRAVERMAN (1974); N. POULANTZAS (1974).

gios, diversos de los otros grupos, mejor que con una transformación general del eterno equilibrio de los intereses protegidos. Al mismo tiempo ha conseguido desplazar –salvo pocas excepciones– la línea de conflicto de los intereses hasta los confines de la vasta zona social en la que domina este equilibrio y transferir el conflicto, particularmente a los grupos marginales. La desigualdad y la oposición de intereses es, de hecho, mayormente visible en la zona más baja del equilibrio social, allí donde pasa la línea de demarcación entre aquellas partes de la población que gozan de garantía en el mercado del trabajo y aquellas marginadas.

Tal línea de demarcación tiende hoy a expandirse por causa de la crisis de la sociedad capitalista, debido a la lentitud o paralización del crecimiento del producto social. La conciencia de los conflictos de interés aumenta, también en el interior de la mayoría, *"garantita"* *, de la población. Si bien el modelo de equilibrio pluralista parece, en el momento, permanecer aún eficaz, con el derrumbamiento del mito del desarrollo ilimitado y de la sociedad del bienestar, también se debilita la idea de la comunidad de intereses y requiere un esfuerzo, siempre mayor, de producción ideológica[24] que la sostenga y compense la crisis de confianza en el Estado social. Al mismo tiempo, la línea de conflicto se extiende e incluye más vastos sectores de la población menos favorecidos. Dentro de esta estructura ideológica de la sociedad del capitalismo tardío, es posible identificar dos funciones de legitimación ejercidas por la criminalidad en el ámbito del sentido común: conservación y estabilización social. La primera se refiere más directamente a la reproducción de la estructura material, la segunda a la de la estructura ideológica de la sociedad.

* N.. del T. El término "garantito" refiere, en el contexto italiano, a aquellos individuos que, independientemente de su ubicación en la escala social o cultural, se encuentran amparados por los mecanismos oficiales de seguridad social.

[24] Que la función de integración del sistema se ha desplazado, en la sociedad tardo-capitalista, del mercado a la esfera política está demostrado, entre otros, por J. HABERMAS (1979, 76).

Comenzando por la primera función, la criminalidad, como realidad social construida, implica un estereotipo de criminal que refleja la imagen de sujetos pertenecientes a estratos sociales más desfavorecidos o marginales.

En la investigación antes mencionada, tuvimos varias oportunidades de verificar esta tesis. Por ejemplo, desarrollamos diferentes "tests" sobre la toma de "distancia social" en la población germano-occidental frente a los criminales, en función de distintos tipos de delito. Por otra parte, efectuamos "tests" sobre "demanda de pena", analizadas en función de las diferencias de clase social de los autores de delitos, sometiendo a los entrevistados diversos casos en los cuales el tipo de delito se mantenía constante, en tanto que variaba la clase social de los autores. En el primer caso se demostró que uno de los delitos que produce un grado más elevado de "distancia social", es decir, que determina la ruptura de relaciones con el autor, es el hurto con fractura. Ahora bien, se sabe que éste es un delito típico de individuos pertenecientes a los estratos sociales más bajos. Al contrario de lo que sucede con los delitos económicos y los de "cuello blanco" que producen "distancia social" en una medida más limitada[25]. En el segundo caso, observamos que, mientras el delito permanecía constante en su tipo fundamental (variando solamente las modalidades y circunstancias relacionadas con el estrato social a que pertenecía el autor), la demanda de pena resultaba, frente a los autores pertenecientes a las categorías sociales marginales, más acentuada

[25] De los datos recogidos resulta que se toma una mayor distancia social frente a los estratos más bajos. Frente a los autores que provienen de los mismos estratos sociales, la distancia social es, por el contrario, mayor en los casos de delitos con fuerte componente ritual. Así, por ejemplo, el abandono en el lugar del accidente (Unfallflucht) es considerado más grave que el hurto o la violación del secreto profesional. Una gran distancia social se toma frente a los individuos pertenecientes a clases superiores que cometen delitos típicos de los estratos inferiores. Cfr. G. SMAUS (1981, 156 ss.).

de lo que era frente a los autores pertenecientes a estratos sociales más elevados[26].

La interpretación de este fenómeno y de otros datos resultantes de nuestra investigación, nos ha permitido confirmar la hipótesis de que el estereotipo del criminal corresponde, fundamentalmente, a la imagen y a las condiciones de vida de los individuos pertenecientes a los grupos sociales menos favorecidos[27]. Las características del estereotipo de criminal y de la reacción social a la criminalidad ligada a él contribuyen de manera considerable, a reforzar en nuestra sociedad, la barrera entre una mayoría "garantita" y aquellos grupos.

En este sentido, la construcción social de la criminalidad juega un papel importante en el mecanismo general de re-

[26] No existe una demanda indiferenciada de pena por parte de la población. En conjunto, el umbral de la criminalización, en el sentido común es más alto y el catálogo de las medidas penales más diferenciado que en el derecho penal. La demanda de pena se orienta prevalentemente por el tipo de delito. Así, por ejemplo, se exige siempre el encarcelamiento para los delitos sexuales. La variante "pertenencia a un determinado estrato social" adquiere relieve en el cuadro de una correlación estereotípica entre las diferentes medidas penales y los tipos de delito. Para los que pertenecen a los estratos sociales más bajos se exige, más a menudo, la encarcelación que la multa, más la multa que el pago por una contravención y más ésta que ninguna sanción. El límite cualitativo no se traza tanto entre los umbrales medio e inferior como entre éste y los grupos marginalizados de la población. En relación con éstos, se nota una neta preferencia por la reclusión. Cfr. G. SMAUS (1981, 132 ss.). Sobre la función de la cárcel en la marginalización social y en la creación de la población criminal cfr. las tesis sostenidas, no sin una implícita referencia a la investigación de Saarbrücken, en varios de mis escritos A. A. BARATTA, (1981, 1982, 185 ss.). Cfr. también G. SMAUS (1979).

[27] La relación entre el estereotipo de criminalidad y la pertenencia a un grupo social más bajo y marginalizado, en el sentido común, que ha sido posible señalar en el ámbito de nuestra investigación (cfr. G. SMAUS, 1977; 1981, 95 ss.) encuentra respuesta en los resultados relativos a la investigación sobre los estereotipos dominantes en el plano oficial del sistema penal, que muestra la misma conexión. Cfr. R. D. SCWARZ; J. H. SKOLNICK (1962); D. OETERS (1971, 1973); H. STEINERT (1976); E. BLANKENBURG (1979).

producción de las relaciones sociales de desigualdad[28]. La criminalidad contribuye a reproducir "ghettos" de marginalidad social.

En lo que hace a la función de legitimación que se produce en el plazo de la reproducción ideológica, me limitaré a indicar dos puntos. Para el primero, es necesario retomar las observaciones hechas arriba acerca de la eficacia del proceso de criminalización como factor de coalición de los ciudadanos en apoyo del Estado. Esta eficacia aparece evidente, cuando consideramos los efectos de la aplicación de una pena respecto de todos aquellos que, respetuosos o no de la ley, no son afectados directamente por el proceso de criminalización (secundaria).

Al analizar los resultados de nuestra investigación, denominamos el proceso de coalición de terceros no interesados, con el término "obligación de coalición", considerando ésta como un efecto secundario de la aplicación de la pena. Desarrollamos "tests" sobre las actitudes que pueden ser recogidas bajo tal etiqueta y pudimos comprobar que, efectivamente, ellas son producidas en otra escala, mediante la percepción de la pena impuesta a los "delincuentes"[29].

"La obligación de coalición" es sólo una de las caras de la misma moneda; denominamos la otra "prohibición de coali-

[28] Cfr. H. STEINERT (1973, 1976); N. POULANTZAS (1976); A. BARATTA (1976, 1981, 1982, 173 ss., 185 ss.); G. SMAUS (1977, 1981, 58 ss., 1983). Para ulteriores referencias a investigaciones empíricas en temas de sistema penal y desigualdad social cfr. A. BARATTA (1979, 156 ss.).

[29] Con la expresión "obligación de coalición" (Koalitionsgebot) hemos señalado el hecho que, por causa de la estigmatización del desviado, se refuerza el consenso del grupo con el poder. No sólo es disuadida y castigada la manifestación de disenso (y podemos considerar la carencia de articulación del disenso como un equivalente funcional del consentimiento cfr. N. LUHMANN (1979) pero, en ciertos casos, se requiere una pública manifestación de fidelidad. De ello tenemos ejemplo en algunos episodios de la lucha contra el terrorismo en Italia y en Alemania. El empleo del concepto "obligación de coalición" se manifiesta particularmente útil en el análisis de los procesos de legitimación del poder. Cfr. R. SPIEGELBERG (1975), G. SMAUS (1981, 168 ss.); A. BARATTA (1982, 173 ss.).

ción". La pena produce, como se ha visto, actitudes de "distancia social" frente a los afectados por el sistema penal. Ella reduce la solidaridad de los sujetos criminalizados, entre sí y entre ellos y los que no han sido alcanzados por el proceso de criminalización[30].

Estos dos diferentes aspectos del efecto de la pena sobre las relaciones de solidaridad en un determinado contexto social son muy importantes, no sólo desde el punto de vista ideológico sino también desde uno material. Ellos contribuyen a aislar una pequeña parte de la población y concentran en ella la responsabilidad por todo lo que es negativo en la sociedad. Por otra parte, acrecientan la cohesión ficticia de las mayorías silenciosas, que, a su turno, influyen sobre los procesos psicológicos de exclusión de los que son diferentes y de marginalización de las minorías desamparadas. Esto refuerza la representación ideológica de una comunidad de intereses entre quienes participan del nuevo pacto social, y sostiene así la estructura del poder, legitima los límites entre la sociedad garantizada y la no garantizada, divide internamente las clases sociales subalternas, instituyendo un límite artificial entre ciudadanos conformes (no criminalizados) y grupos marginalizados.

Este límite constituye un instrumento muy eficaz de división de las clases subalternas, también porque hace más allá y más acá de él, que los intereses concurrentes sean percibidos como contrapuestos. Al contrario, la historia del movimiento obrero ha mostrado hasta ahora, no sólo a través de los aciertos sino también de los errores, que los ver-

[30] A diferencia de la construcción microsociológica "distancia social" frente a los autores de infracciones, la construcción "prohibición de coalición" (Koalitionsverbot), si bien complementaria de aquélla, se refiere a un mecanismo macrosociológico que interviene para sostener el poder legal. Si un comportamiento o una actitud es estigmatizada como ilegal, toda coalición con el autor, por parte de los otros asociados, es deslegitimizada y se convierte en objeto de sanción. En ciertos casos, éstos son constreñidos a manifestar pública desaprobación frente al delito y a sus autores. Cfr. G. SMAUS (1981, 168 ss.); R. SPIEGELBERG (1975).

daderos intereses de las clases subalternas incluyen aquellos de que son portadores los sectores marginados de ella; la existencia de un ejército de reserva del proletariado debilita las condiciones materiales y la fuerza de contratación de las clases subalternas. También en este sentido y no sólo porque las clases subalternas son aún hoy las más criminalizadas y, al mismo tiempo, las menos protegidas por el sistema penal (más victimizadas)[31], la criminalidad como ma-

[31] De un examen de las recientes investigaciones en los diversos países resulta, en conjunto, que la posibilidad de llegar a ser víctima de delitos es mayor en los hombres que en las mujeres (con excepción de la violencia sexual), en los jóvenes entre los 12 y los 24 años que en otra edad, en los habitantes de las grandes ciudades que en los de las medias y pequeñas, en los individuos pertenecientes a familias de entradas más bajas que en los que pertenecen a familias con ingresos medios y altos (esto, en especial, por lo que respecta a la criminalidad violenta y a los así llamados "delitos de la calle" (street crimes). Cfr. para el "chance" de victimización de los grupos más bajos en la escala social, la editorial de "Crime and Social Justice", Spring-Summer 1976 y, en la misma revista, A. M. PLATT (1978). Cfr., además, por cuanto respecta a la investigación en Alemania y México, respectivamente, E. STEPHAN (1976, 362); L. R. MANZANERA (1982, 190). Para los diferentes "chances" de victimización bajo los diversos aspectos de una primera orientación, G. ARZT (1976), E. STEPHAN (1976), G. F. KIRCHHOFF, K. SESSAR (a cargo de), (1979); K. ARZERBERGER, M. MURCK, J. SCHUMACHER (1979); H. J. SCHNEIDER (a cargo de) (1982). Las investigaciones sobre la victimización y sobre el comportamiento de la criminalidad no están ahora, todavía, en condiciones de controlar las desigualdades reales en la protección ofrecida por el sistema penal. La situación de desventaja en que se encuentran las clases sociales más débiles en la distribución del "bien positivo" "protección penal" (así como en la del "bien negativo" "criminalización") podrá resultar mucho más claramente cuando el espectro de los comportamientos criminales tomado en consideración por tales investigaciones sea más extenso que el utilizado generalmente ahora (es a saber la llamada criminalidad "tradicional": homicidio, lesiones personales, hurto, robo, violencia sexual, estafa, etc). Excluyendo de las investigaciones sobre "víctimas" los delitos contra intereses colectivos y ciertos delitos económicos y contra la administración pública que también inciden –aun cuando de modo mediato e indirecto– en la existencia y la calidad de la vida del individuo, la verdadera repartición del costo social de la criminalidad en su conjunto no se toma en cuenta. Piénsese, por ejemplo, en la especial exposición de los habitantes de las zonas metropolitanas proletarias a las consecuencias de las infracciones ecológicas... A las de las normas sobre la se-

nera de construir los problemas sociales y el sistema penal existente como modo de "administrarlos" arrojan un resultado favorable para el movimiento obrero. En lo que respecta a la "*cuestión criminal*", la emancipación de categorías culturales y de instrumentos políticos, cuya historia está ligada desde hace siglos al estado de sujeción de las clases subalternas, el desarrollo por parte de éstas de una capacidad autónoma de "imaginación sociológica", de anticipación teórica y de proyección institucional, son las premisas indispensables para el éxito de su lucha por una sociedad mejor.

Observaciones finales

A esta emancipación ideológica, a esta autonomía cultural, podrían incorporarse hoy dos procesos de transformación, uno más general, otro más específico, cuyas raíces están en la crisis, a que se ha hecho referencia arriba, que abarca en la sociedad tardo-capitalista, y en especial en Ita-

---

guridad del trabajo y de la relación de trabajo de que son víctimas, casi sin protección alguna, los inmigrantes ilegales y los menores provenientes de las áreas sociales más deprimidas en ciertas regiones del área capitalista y, también, en Italia. Se piensa en la mayor exposición a las consecuencias de la publicidad fraudulenta de los sectores sociales más desfavorecidos económica y culturalmente, en la dramática gravedad de tales consecuencias en ciertos casos límite que se determinan en la periferia del capitalismo organizado, por ejemplo, en el de la publicidad fraudulenta de productos comerciales para recién nacidos (leche) en los países del Tercer Mundo, acompañada de verdaderas campañas de desinformación, de la que son víctimas indirectas millares de niños. Piénsese, además, en las consecuencias indirectas (destrucción de puestos de trabajo) de que son víctimas las clases laborales en el caso de delitos económicos y financieros, como la quiebra fraudulenta y la exportación ilícita de capitales. Por lo que respecta a la desigual distribución de "chances" de llegar a ser víctimas de delitos y la protección social y la seguridad, la desventaja de las clases sociales más débiles resulta también y particularmente de la actual historiografía de tipo cuantitativo en tema de criminalidad y de justicia penal. Un ilustrado ejemplo lo ha dado la reciente traducción en italiano de una cuidadosa monografía de G. RUGGIERO (1982) sobre el primer Renacimiento en Venecia.

lia, el equilibrio de intereses garantizado por el "nuevo" pacto social.

El primer proceso se refiere a la conciencia de las clases subalternas y a la cultura de izquierda. Las transformaciones pueden incluir también aquello que arriba he llamado la "cultura de la criminalidad": los estereotipos, las actitudes frente al sistema penal. Si estas transformaciones son favorecidas por una vasta discusión de masas y por un adecuado esfuerzo cultural y científico sobre temas de la "*cuestión criminal*", permitirán la realización de los nuevos modos de construcción de los problemas sociales por parte de las clases subalternas, de estrategias alternativas y emancipatorias del movimiento obrero en el campo de la desviación y del control social.

El segundo proceso se refiere a posibles transformaciones en el interior de la cultura jurídica de izquierda, que deberían llevar a una visión más realista y crítica del funcionamiento del sistema penal, de sus mecanismos selectivos, costos sociales, funciones latentes; a la formulación de una "*política criminal alternativa*" que es, ante todo y sobre todo, una "*política alternativa al sistema penal*".

Para que puedan realizarse todas las posibilidades de "liberación de la fantasía dogmática" contenidas en la actual "crisis" de transformación, en vez de producirse meros desplazamientos conceptuales en el interior del mismo discurso es necesario que el saber jurídico lleve a cabo una operación metodológica profunda, que ponga por un momento en duda todas sus categorías fundamentales, comenzando por el mismo concepto de derecho penal. Es una operación de la que no faltan ejemplos en el pasado y precisamente en los momentos más importantes de la cultura jurídica[32].

Esto también permitiría invertir el orden tradicional de los elementos del discurso técnico-jurídico sobre ciertas

[32] En los orígenes del Estado moderno se ofrece un ejemplo por la escuela del derecho natural y por el movimiento en pro de las codificaciones de los siglos XVII-XVIII. Cfr. entre una vasta literatura, G. TARELLO (1982).

cuestiones de fondo y superar así algunos problemas que la ciencia jurídica penal más avanzada ha conseguido siempre evitar. Un ejemplo: buscar cuáles son los "bienes jurídicos" que se deben proteger con base en un determinado sistema penal como instrumento "natural" para protegerlos, implica no sólo una reificación de instituciones históricamente contingentes, sino también una inversión lógica, asimilable a aquella en que incurriría quien, en vez de buscar las soluciones adecuadas a determinados problemas, buscarse, por el contrario, los problemas correspondientes a determinadas soluciones.

La utopía "concreta" de una drástica reducción del sistema penal y el "paradigma abolicionista" al cual se mira hoy con atención en ciertos sectores de la ciencia penal y criminológica, que es acogido como una base seria de discusión en prestigiosas sedes oficiales de estudio y elaboración de las políticas criminales[33], no solamente representan un principio regulador para llevar a cabo reformas que no sean meras racionalizaciones de los sistemas existentes[34] sino, sobre todo, indican la necesidad de adoptar, para reflexionar seriamente sobre él, un punto de vista externo a ellos, de refundar, en el más riguroso orden lógico, una ciencia penal capaz de llevar a cabo, en el interior del sistema, una real transformación de él.

[33] Cfr. COMITÉ EUROPEO PARA LOS PROBLEMAS CRIMINALES (a cargo de) (1980). Véase la recensión de E. GARCIA MENDEZ (1983).

[34] Para la diferencia entre "racionalidad" y "racionalización" en referencia a diversos modelos (modelo crítico, modelo tecnocrático) de política criminal, me permito reenviar a las observaciones hechas en un escrito mío reciente, citado antes (A. BARATTA, 1981).

CAPÍTULO V

DERECHOS HUMANOS

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MÍNIMO (PARA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO OBJETO Y LÍMITE DE LA LEY PENAL)*

Introducción

La tarea que me he propuesto en estas páginas es la de realizar una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal como idea-guía para una política penal a corto y mediano plazo. La adopción de esta idea pretende ser una respuesta a la cuestión acerca de los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal.

El concepto de los derechos humanos asume, en este caso, una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva, respecto de la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal[1]. Un concepto histórico-social de los dere-

* Universidad del Sarre (Saarbrücken), R.F.A. Traducido del italiano por Beatriz Lenzi, Universidad de Firenze.

Publicado en "Doctrina Penal", año 10, nº 37 a 40, 1987.

[1] Un concepto histórico-social de los derechos humanos permite incluir como posibles objetos de tutela penal, además de intereses individuales, también aquellos intereses colectivos, como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales. Estos objetos abarcan también la tutela de las instituciones, pero, únicamente, en caso de que éstas no sean consideradas como un fin en sí mismas, o en función de la autorreproducción del

chos humanos ofrece, en ambas funciones, el instrumento teórico más adecuado para la estrategia de la máxima contención de la violencia punitiva, que actualmente constituye el momento prioritario de una política alternativa del control social.

La orientación hacia tal estrategia puede derivar también de los resultados hasta ahora alcanzados, en el ámbito de las ciencias histórico-sociales y de la criminología crítica, en el análisis de los sistemas punitivos en sus manifestaciones empíricas, en su organización y en sus funciones reales.

Los principales resultados pueden resumirse en las siguientes proposiciones:

a) la pena, especialmente en sus manifestaciones más drásticas, que tienen por objeto la esfera de la libertad personal y de la incolumidad física de los individuos, es violencia institucional[2], esto es, limitación de derechos y represión

---

sistema social, sino como reflejo de las necesidades reales de las personas. La perspectiva humanística que fundamenta la política de la mínima intervención penal le imprime a ésta una dirección opuesta a la de las actuales tendencias hacia una expansión tecnocrática del sistema punitivo para la tutela del "orden", en relación al cual, la subjetividad y la diversidad de los individuos son consideradas como potenciales factores de perturbación, en tanto que las necesidades reales de los hombres están tautológicamente limitadas a los requerimientos de confianza en el orden institucional (G. SMAUS, 1985; A. BARATTA, 1985, 1985a).

En la perspectiva que aquí se plantea, conceptos como los de la "seguridad del Estado", el "orden público", la "economía nacional", etc., tienden a ser relativizados desde el punto de vista de las necesidades de los hombres y de la comunidad, y no a la inversa. A este propósito, en un fundamental y valioso estudio de E. R. ZAFFARONI (1985), se plantea la necesidad de instrumentar la articulación de un concepto amplio de los derechos humanos, individuales y económico-sociales, como criterio de valoración para un análisis crítico de los actuales sistemas punitivos en los países latinoamericanos. Este estudio, que es el documento final de una iniciativa de investigación interregional patrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, constituye un modelo de propuesta para una política criminal alternativa, que se vale de enfoques originales y fecundos, que han sido tomados en consideración en la preparación del presente trabajo.

[2] Para este concepto, dentro del ámbito de una teoría general de la violencia, cfr. J. GALTUNG (1975); en particular, cfr. P. WALDMAN (1977, 181 ss.).

de necesidades reales fundamentales de los individuos, mediante la acción legal o ilegal de los funcionarios del poder legítimo o del poder de facto en una sociedad[3].

b) Los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de la justicia penal (legislador, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución) no representan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados. Sin embargo, en un nivel más alto de abstracción, el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos[4].

c) El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección otorgada a los bienes y los intereses, o bien en lo que concierne al proceso de criminalización y al reclutamiento de la clientela del sistema (la denominada población criminal). Todo ello está dirigido casi exclusivamente contra las clases populares y, en particular, contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición social de la población carcelaria, a pesar de que los comportamientos socialmente negativos estén distribuidos en todos los estratos sociales, y de que las violaciones más graves a los derechos humanos ocurran por obra de individuos pertenecientes a los grupos dominantes o que forman parte de organismos estatales u organizaciones económicas privadas, legales o ilegales (A. BARATTA, 1986, 10 s.).

[3] El caso del ejercicio extralegal del poder punitivo (penas extrajudiciales, acciones militares o paramilitares, torturas, desapariciones) representa una característica alarmante en ciertos países, en los cuales la función punitiva se ha desplazado –o tiende a hacerlo en mayor o menor proporción– fuera de los límites del derecho (A. BARATTA, 1985).

[4] Lo dicho resulta evidente si se tiene en cuenta, en particular, la línea de las actuales tendencias de transformación de los sistemas punitivos en sentido tecnocrático; véase W. HASSEMER (1984); Ph. ROBERT (1985).

d) El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos.

e) El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, funciones que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena.

Si nos referimos, en particular, a la cárcel como pena principal y caracterizante de los sistemas penales modernos, correspondería, en primera instancia, comprobar el fracaso histórico de esta institución frente a sus principales funciones declaradas: contener y combatir la criminalidad, resocializar al condenado, defender intereses elementales de los individuos y de la comunidad. Sin embargo, en una consideración más profunda, estudiando la institución carcelaria desde el punto de vista de sus funciones reales, se comprueba más bien que éstas han sido históricamente desenvueltas con éxito. En efecto, rechazando la hipótesis irracional de la ausencia de conexiones funcionales entre esta institución y la sociedad, el análisis científico ha puesto en evidencia funciones reales distintas y opuestas a aquéllas declaradas y que, por tanto, explican su sobrevivencia histórica (M. FOUCAULT, 1975). La institución sirve, ante todo, para diferenciar y administrar una parte de los conflictos existentes en la sociedad como "criminalidad", es decir, como un problema social ligado a las características personales de los individuos particularmente peligrosos, lo cual requiere una respuesta institucional de naturaleza técnica, esto es, la pena o el tratamiento del desviado. En segundo término, la cárcel sirve para la producción y reproducción de los "delincuentes", es decir, de una pequeña población reclutada, dentro de aquélla mucho más amplia de los infractores, en las franjas más

débiles y marginales de la sociedad. Por último, la cárcel sirve para representar como normales las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad y para su reproducción material e ideológica.

En una economía política de la pena, el sistema punitivo se presenta, pues, no como violencia inútil, sino como violencia útil, desde el punto de vista de la reproducción del sistema social existente y, por tanto, del interés de quienes detentan del poder, para el mantenimiento de las relaciones de producción y de distribución desigual de los recursos. En consecuencia, el sistema punitivo aparece, en un análisis científico, como un soporte importante de la violencia estructural y, si concebimos ésta en su acepción más vasta, de la injusticia social, reprimiendo las necesidades reales de la mayor parte de los individuos, las que, habida cuenta del desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas de la sociedad, podrían, empero, ser satisfechas si las relaciones sociales de propiedad y de poder fuesen distintas y más justas (J. GALTUNG, 1975, 755 ss.).

La lucha por la contención de la violencia estructural es la misma lucha que por la afirmación de los derechos humanos. En efecto, en una concepción histórico-social, éstos asumen un contenido idéntico al de las necesidades reales históricamente determinadas (A. BARATTA, 1987; E. R. ZAFFARONI, 1985a). Se desprenden de aquí dos consecuencias: la primera es que una política de contención de la violencia punitiva es realista sólo si se la inscribe en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social. Pues, en definitiva, no se puede aislar la violencia, concebida como violencia institucional, de la violencia estructural y de la injusticia de las relaciones de propiedad y de poder, sin perder el contexto material e ideal de la lucha por la transformación del sistema penal, reduciéndola a una batalla sin salida ni perspectivas de éxito (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1985). La segunda consecuencia es que las posibilidades de utilizar de modo alternativo los instrumentos tradicionales de la justicia penal para la defensa de los derechos humanos son sumamente limitadas.

No obstante, el concepto de derechos humanos, en la doble función antes indicada, continúa siendo el fundamento más adecuado para la estrategia de la mínima intervención penal y para su articulación programática en el cuadro de una política alternativa del control social.

El análisis que sigue se refiere a los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal. El examen de los criterios correspondientes al respeto de los derechos humanos en el marco del proceso penal y de la ejecución de la pena excede los límites de este trabajo; me referiré a estos dos subsistemas de la justicia penal sólo en la medida en que sean indispensables para la enunciación de los principios de una política de menor intervención, a nivel de la criminalización primaria.

Los principios que se articulan a nivel de la ley y la idea de la mínima intervención penal se agrupan, ante todo, en dos categorías que dependen de la adopción de un punto de vista interno o bien externo al derecho penal. El punto de vista interno da lugar a los principios intrasistemáticos que indican los requisitos para la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley. El punto de vista externo da lugar a los principios extrasistemáticos que se refieren, en cambio, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal.

Parte I

Los principios intrasistemáticos de la mínima intervención penal pueden ser clasificados en tres grupos:

1) principios de limitación formal;

2) principios de limitación funcional;

3) principios de limitación personal o de limitación de la responsabilidad penal.

1. Los principios de limitación formal pueden ser enunciados de la siguiente manera:

a) Principio de reserva de ley o principio de legalidad en sentido estricto. Al hablar de función punitiva y de sistema penal, tendemos a identificar estos conceptos con el área de aplicación del derecho penal. Pero si adoptamos una definición sociológica de la pena, como represión de las necesidades reales fundamentales, generalmente reconocidas como derechos en una sociedad (A. BARATTA, 1985), podemos darnos cuenta fácilmente de que buena parte de la función punitiva se realiza, aun actualmente, fuera del derecho, a pesar de las conquistas alcanzadas, en la historia de las constituciones modernas, por las teorías liberales de la pena. Piénsese en la gravedad del fenómeno de la pena de muerte extrajudicial, en las torturas, en las desapariciones, en las acciones ilegales de la policía, de los cuerpos militares y paramilitares, en el desborde de la función punitiva al margen de la legalidad, como hemos visto en un pasado reciente bajo la dictadura fascista en Europa y vemos todavía en algunos países de América Latina.

El primer elemento de un programa de limitación formal de la violencia punitiva consiste, entonces, en reubicar a ésta en el ámbito y bajo el control de la ley. Al mismo tiempo, todo movimiento por la defensa de los derechos humanos en el área penal debe orientarse en el sentido de colocar efectivamente las penas extralegales bajo definiciones de comportamientos delictivos o cualquier otra definición posible de ilícito, dentro del marco del derecho vigente, y de sujetarlas a las sanciones que en cada caso correspondan, sean éstas penales, disciplinarias, civiles o administrativas[5].

[5] Un significado particular asume, en este contexto, una sentencia del Consejo de Estado en Colombia, que condena a la Nación colombiana en la persona del ministro de Defensa, a resarcir los daños (materiales y morales) a las víctimas de torturas perpetradas por los órganos de policía. La condena sanciona el principio de plena responsabilidad de los más altos poderes político-administrativos del Estado por violencias ilegales ejecutadas por funcionarios públicos contra ciudadanos que estaban bajo su custodia. Me refiero, en particular, a la sentencia 3507 del Consejo de Estado, III sesión del 27 de junio de 1985, en relación al contencioso-administrativo intentado por Olga López Jaramillo y por otras víctimas de torturas, contra el Estado colombiano (ministro de Defensa) para el resarcimiento de los daños sufridos.

El principio de reserva de ley impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine.* Esto excluye, particularmente, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado que no sea el legislativo.

Los otros principios de limitación formal pueden ser considerados, a su vez, como especificaciones del principio de legalidad, entendido en sentido amplio.

b) Principio de taxatividad. La pena es aplicable sólo en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley penal, la cual debería ser expresamente prohibida por la ley. Esto impone una técnica legislativa que permita la mayor objetividad en el proceso de concretización judicial de las figuras delictivas, y la limitación de las cláusulas generales y de los elementos típicos normativos por medio de reenvíos a valoraciones sociales y normas cuya existencia y cuyo contenido sean empíricamente comprobables[6].

c) Principio de irretroactividad. Éste excluye la aplicación de penas, o de sus equivalentes, y de cualquier condición que agrave la situación del imputado, que no haya sido prevista por la ley con anterioridad al hecho, principio que comprende al régimen procesal y de ejecución. Su función es la de asegurar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas negativas del comportamiento individual.

d) El principio del primado de la ley penal sustancial tiene el propósito de asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad a la situación del individuo

[6] G. TEUBNER (1971) proporciona un análisis de las diferentes estructuras y funciones normativas de las cláusulas generales y de los distintos tipos de reenvíos que a ellas puede formular la ley, que resulta sumamente útil para un discurso dirigido hacia la eficaz realización del principio de legalidad en el uso de tales cláusulas.

en cada uno de los subsistemas en que puede ser subdividido el sistema penal, esto es, frente a la acción de la policía, dentro del proceso y en la ejecución de la pena. La limitación de los derechos del individuo, en cada uno de los subsistemas de la administración de la justicia penal, no puede superar las restricciones previstas taxativamente por la ley penal para los delitos de que pueda ser sospechado, imputado o condenado. Este principio excluye la introducción, de hecho o de derecho, de medidas restrictivas de los derechos del individuo, en el reglamento y en la práctica de los órganos de policía, del proceso y de la ejecución, que no sean estrictamente necesarias a los fines de la correcta y segura aplicación de la ley penal sustancial.

Las especificaciones del principio en los subsistemas de la administración de la justicia penal pueden ser solamente indicadas en el ámbito de un análisis sistemático de los criterios que los regulan. A título de ejemplo, cabe señalar, entre las consecuencias del primado de la ley penal sustancial en los diferentes sectores enunciados, las siguientes: la tutela de los derechos de libertad frente a la acción de los órganos de policía; los derechos de los imputados y de los condenados; los límites del poder discrecional de la policía y de los órganos del proceso penal; limitación del poder ejecutivo en el proceso; la independencia y la inamovilidad de los jueces penales; el respeto del principio de la prueba y la limitación de las consecuencias negativas para el imputado en la definición de la verdad procesal; los límites del poder disciplinario de los órganos propuestos para la ejecución.

e) El principio de la representación popular impone, en el procedimiento de formación de la ley penal, el respeto de los requisitos mínimos del Estado de derecho, en lo que concierne a la representatividad de la asamblea legislativa y a su funcionamiento regular; en particular, a la participación popular en la formación de la voluntad legislativa mediante elecciones libres y secretas y la libre organización de los partidos y de los movimientos políticos.

2. Los principios de limitación funcional son los siguientes:

a) Principio de la respuesta no contingente. La ley penal es un acto solemne de respuesta a los problemas sociales fundamentales que se presentan como generales y duraderos en una sociedad. El procedimiento que conduce a esta respuesta debe comprender un exhaustivo debate parlamentario y debe estar acompañado de un profundo análisis en el ámbito de los partidos políticos y de una amplia discusión pública[7].

La ley penal, por tanto, no puede ser una respuesta inmediata de naturaleza administrativa, como, en cambio, lo es frecuentemente en la práctica. Los problemas que se debe enfrentar tienen que estar suficientemente decantados antes de poner en práctica una respuesta penal. Ésta, por lo general, no puede contemplar situaciones atípicas o excep-

[7] En relación a esta tesis, me ha sucedido, en más de una ocasión, tener que responder a objeciones basadas en el argumento según el cual, a menudo, la opinión pública expresa tendencias represivas que tienden a exaltar, más que a reducir, el momento punitivo en la gestión de conflictos y situaciones problemáticas. A este propósito, es oportuno subrayar que la "discusión pública", a la cual se hace aquí referencia, no tiene demasiada relación con la "opinión pública" de que pueden dar cuenta, por ejemplo, sondeos de tipo Gallup. Es fácil comprender que tales sondeos proporcionan el promedio de las opiniones de individuos aislados en su esfera privada, fuera de los contextos en que se articula la denominada "comunicación política de base" (G. SCHMITTCHEN, 1959). En este sentido, la opinión "pública" es, más bien, opinión privada, y en cuanto tal no expresa competencia política alguna de parte de los sujetos en el proceso de formación de la "voluntad popular". Sabemos que los sondeos de opinión no son en absoluto institutos de la democracia representativa y de la participación popular en la vida de las instituciones (W. HENNIS, 1957), sino al contrario, instrumentos de la tecnología del poder. Al hablar de discusión política, me refiero a los procesos de articulación autónoma del "mundo de vida" y de la conciencia de los conflictos en una comunidad "libre del poder" entre los portadores de las necesidades y de los derechos; procesos dentro de los cuales los sujetos actúan, en su competencia política de ciudadanos, como miembros de aquel "público" (*Öffentlichkeit*) que en un modelo de sociedad democrática, ejerce las funciones de control y de orientación de las instancias comunitarias e institucionales que, según una conocida reconstrucción de J. HABERMAS (1962), eran ejercidas por las élites burguesas en el Estado liberal clásico.

cionales. Los requisitos que caracterizan el derecho moderno, es decir, la abstracción y la generalidad de la norma, no deberían ser jamás derogadas por la ley penal. La experiencia de la legislación penal de emergencia (como es el caso de buena parte de la legislación antiterrorista) en Europa y su efecto negativo, al corromper la lógica de los códigos, debería proporcionar, en este sentido, una enseñanza válida para todo Estado de derecho.

En este orden se inscribe también una drástica contención de la tendencia a la así llamada administrativización del derecho penal. Con este concepto se indica la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales que sólo constituyen elementos secundarios y complementarios en el ámbito de leyes no penales. El criterio general es el de la autonomía de la respuesta penal; ésta, por regla, debe constituir el contenido principal del acto legislativo, y no, como a menudo sucede, representar solamente una línea secundaria de refuerzo respecto de la disciplina jurídica de materias no penales y de las formas específicas de responsabilidad de las partes interesadas que de esa disciplina generalmente se derivan[8].

b) Principio de proporcionalidad abstracta. Sólo graves violaciones a los derechos humanos pueden ser objeto de sanciones penales. Las penas deben ser proporcionales al daño social causado por la violación.

c) Principio de idoneidad. La violación grave de los derechos humanos y el principio de proporcionalidad representan sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la introducción de la pena. El principio de idoneidad y los demás principios de limitación funcional señalan otras condiciones, positivas o negativas, que reducen ulteriormente el espacio reservado a la ley penal. Este principio obliga al le-

[8] Sobre los límites y el carácter "marginal" de la asunción de infracciones, a título subsidiario, por parte del sistema punitivo en materia de competencia de la administración estatal, cfr. P. LASCOUMES (1983); Ph. ROBERT (1985).

gislador a realizar un atento estudio de los efectos socialmente útiles que cabe esperar de la pena: sólo subsisten las condiciones para su introducción si, a la luz de un riguroso control empírico basado en el análisis de los efectos de normas similares en otros ordenamientos, de normas análogas del mismo ordenamiento y en métodos atendibles de prognosis sociológica, aparece probado o altamente probable algún efecto útil, en relación a las situaciones en que se presupone una grave amenaza a los derechos humanos.

d) Principio de subsidiariedad. Una pena puede ser conminada sólo si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos. No basta, por tanto, haber probado la idoneidad de la respuesta penal; se requiere también demostrar que ésta no es sustituible por otros modos de intervención de menor costo social.

e) Principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social. Está comprobado que la pena produce elevados costos sociales. Éstos no pueden ser simplemente valorados desde el punto de vista de un cálculo económico de costos y beneficios, sino, y por sobre todo, desde el punto de vista de la incidencia negativa que la pena puede tener sobre aquellas personas que constituyen su objeto, sobre sus familias y su ambiente social, y, más en general, sobre la sociedad misma. Desde este último punto de vista, se debe considerar el hecho de que la violencia penal puede agravar y reproducir los conflictos en las áreas específicas en que aquélla interviene: piénsese en los delitos que se vinculan a conflictos intersubjetivos cuyas partes mantenían ya relaciones personales, y en particular, en los delitos de injurias y lesiones. Por otro lado, existen casos muy evidentes en los cuales la introducción de medidas penales produce problemas nuevos y más graves que aquellos que la pena pretende resolver (piénsese en la criminalización de la interrupción de la gravidez) y en los que ésta puede ser considerada como una variable esencial en la estructura de un problema social complejo. Se debe reflexionar, en esta pers-

pectiva, sobre la criminalización del uso del alcohol en tiempos pasados y sobre lo que hoy constituye la prohibición de estupefacientes. Sabemos, pues, que éste es el factor principal del cual depende la estructura artificial del mercado de drogas[9] y que ésta, a su vez, determina, en torno de la producción y de la circulación de ellas, formas ilegales de acumulación y una criminalidad organizada de extrema relevancia; por otra parte, como es sabido, el prohibicionismo hace más grave y peligroso el uso de la droga para los consumidores.

El problema del costo social de la intervención penal tiene también gran importancia si se consideran los efectos desiguales de la pena sobre los condenados y sobre su ámbito familiar y social, efectos éstos, que dependen igualmente del diferente *status* social de dichos condenados. La incidencia negativa de la pena, especialmente de la pena carcelaria en sus familias, es mucho mayor en los estratos sociales más bajos que en aquéllos más elevados. Por otra parte, un reciente estudio ha demostrado que el efecto de la pena sobre la vida y el *status* social futuros del condenado es más grave en los jóvenes detenidos provenientes de estratos sociales inferiores que en aquéllos pertenecientes a estratos sociales superiores. Midiendo estos efectos sobre la base de la trayectoria social característica de estos sujetos a partir del estrato de pertenencia, se ha comprobado, en efecto, que los jóvenes ex detenidos de familias más aventajadas logran, después de un cierto tiempo, reintegrarse a su trayectoria normal, mientras que los detenidos provenientes de familias más humildes quedan marcados para siempre y permanecen por debajo de la trayectoria propia del grupo de origen[10].

[9] Para un examen más profundo de la influencia de la variable "criminalización" en el mercado del alcohol y en el de la droga, desde el punto de vista de la teoría económica, cfr. H. KUNZ (1976; 1985, 93 ss.).

[10] Es éste uno de los resultados a que ha conducido una investigación en la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal (Canadá); cfr. A. P. PIRES, V. BLANKEVOORT y P. LANDREVILLE (1981).

Estas últimas consideraciones permiten concluir que el principio de proporcionalidad concreta, como guía de la ley penal, debe también tener en cuenta su aplicabilidad a sujetos provenientes de diversos estratos sociales. De ello deriva la exigencia de introducir, por razones de justicia, en el reglamento de las sanciones y los beneficios, criterios dirigidos a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena en los condenados y en su ambiente social, como, por ejemplo, la suspensión condicional, la semilibertad, la libertad condicional y las medidas alternativas. En este sentido, el principio de proporcionalidad concreta imprime a los criterios programáticos que deben guiar al juez en la discrecionalidad que le es atribuida, en la aplicación de la pena y en la concesión de atenuantes y de beneficios, una dirección opuesta a aquella que, en la práctica actual, asumen las decisiones judiciales, cuando están orientadas por valoraciones como la de prognosis de criminalidad, las cuales, como es sabido, aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a estratos sociales más bajos[11].

f) Principio de implementabilidad administrativa de la ley. Con la introducción de este principio se intenta adoptar un método de argumentación que desplace, en este caso, las bases del discurso hacia el terreno del adversario imaginario. Se toman, pues, en consideración las premisas de un discurso tecnocrático para mostrar y utilizar las consecuencias contradictorias de él respecto de su orientación, característica que tiende a la conservación del sistema punitivo, en virtud de su racionalización (lo cual, generalmente, incluye también su expansión).

[11] Cfr. D. PETERS (1973), quien muestra, en una investigación empírica sobre los órganos de justicia penal en la R.F.A., que, en las decisiones referidas a la mensuración de la pena y la concesión de atenuantes u otros beneficios, los jueces se orientan por un estereotipo de "criminal normal", cuyos requisitos objetivos y subjetivos coinciden solamente con aquellos que determinan la pertenencia a las clases sociales más débiles (precariedad de la institución laboral, financiera y habitacional, desorganización familiar, bajo nivel de instrucción, etc.).

La selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su propia clientela, consistente en individuos pertenecientes a las clases sociales más bajas, no depende únicamente del hecho de que el sistema refleja y reproduce las situaciones de desigualdad existentes en una sociedad, sino que también tiene un ulterior origen estructural. Éste consiste en la gran discrepancia que existe entre la previsión de sanciones para determinados comportamientos delictivos en la ley penal y los recursos administrativos y judiciales que tienen por objeto realizar las previsiones legislativas.

Por tanto, aun en una consideración que prescindiese de las variables sociales de su selectividad, la justicia penal se presenta como una organización que sólo puede funcionar selectivamente, esto es, dirigiendo las sanciones contra una parte infinitesimal de sus potenciales clientes, que son los infractores de la ley. Si se aplican aquellos conceptos pertenecientes a la sociología de la organización, se puede opinar que el sistema penal presenta una marcada inadecuación de los recursos que se le asignan para la implementación de sus programas de acción, es decir, para la aplicación de la ley penal.

Un intento de legitimar este funcionamiento selectivo se verifica hoy en la R.F.A. por medio de la llamada teoría de la prevención-integración (A. BARATTA, 1984; G. SMAUS, 1985). Esta teoría considera al sujeto que ha sido objeto de una sanción penal como portador de una función punitiva (G. JAKOBS, 1983), tendiente al restablecimiento de la confianza en el ordenamiento (jurídico-social) trasgredido por la violación de la ley. Pero esta legitimación, altamente cuestionable, cubre la realidad del funcionamiento del sistema que puede ser interpretada como el sacrificio simbólico del condenado considerado como chivo expiatorio[12], mientras que la mayor parte de los infractores de la ley permanecen impunes.

[12] Cfr., en este sentido, las observaciones conclusivas de mi estudio dedicado a la teoría de la prevención-integración (A. BARATTA, 1984).

El desigual funcionamiento de la justicia penal encuentra, pues, en la discrepancia entre los recursos administrativos y el programa legislativo, una causa estructural. Si no se quiere aceptar como fisiológica la existencia de una vastísima cifra oscura de criminalidad y la realización de la función punitiva por medio de chivos expiatorios, quedan teóricamente, sólo dos posibilidades: adecuar los recursos a los programas de acción legislativos, o bien, redimensionar los programas de acción sobre la base de los recursos disponibles en o para el sistema. La primera alternativa debe ser excluida no sólo por la imposibilidad de realizar una gigantesca inversión, cuyos costos económicos jamás podrían equilibrar los eventuales efectos útiles del sistema mismo, sino también porque sería insostenible el costo social de una operación de efectiva adecuación, que, de todas maneras, queda planteada únicamente como hipótesis teórica, esto es, una militarización de la justicia penal y del Estado. Permanece, pues, abierta tan sólo la otra posibilidad, que consiste en la adecuación de los programas a los recursos existentes o adjudicables al sistema. La aplicación correcta del principio de implementabilidad administrativa de la ley bastaría por sí mismo para reducir drásticamente al mínimo el área de intervención de la ley penal[13].

[13] En virtud de las investigaciones llevadas a cabo hasta el momento, no es posible calcular la cifra oscura global y el porcentaje de selectividad de los sistemas penales contemporáneos. Parece, sin embargo, plausible considerar válida, aun para los otros países europeos, la estimación realizada por L. HULSMAN para Holanda (1985, 10). Según HULSMAN, tomando también como referencia la criminalidad denominada tradicional, el porcentaje de los eventos "criminalizados" respecto de los criminalizables según el derecho penal vigente, estaría muy por debajo del uno por ciento. Justamente, HULSMAN observa que los cálculos de la cifra oscura, realizados con el método de encuestas anónimas sobre las víctimas, proporcionan una cantidad de los eventos criminalizables sumamente inferior a la real. Basta tener en cuenta que este tipo de investigaciones no pueden considerar las infracciones sin víctimas individuales. Se puede, sin duda, suscribir la conclusión del autor de que "la no criminalización de los eventos criminalizables es la regla; la criminalización es la excepción" (1985, 10).

g) Principio del respeto por las autonomías culturales. Los estudios sobre la relación entre los conflictos culturales y la criminalidad, así como aquellos sobre las subculturas criminales, llevados a cabo dentro del paradigma etiológico de la criminología tradicional, han permitido vislumbrar un problema de gran importancia, que debe ser abordado con decisión también dentro del paradigma de la reacción social. Se trata de elaborar una visión realista y crítica del sistema penal, teniendo en cuenta el hecho de que éste es una parte del proceso general de "colonización" del "mundo de vida" de grupos sociales diferentes, por parte del sistema (J. HABERMAS, 1981), y que existe una diferente percepción de la realidad, de las normas y de los valores sociales, parcialmente condicionada por parte de los grupos dominantes y de su cultura hegemónica. Al contrario, la ideología penal está aún en deuda con el mito durkheimiano de una conciencia social que integra a todos los miembros de una sociedad y, en particular, en el momento de la violación de las normas[14]. No se tiene en consideración el hecho de que la percepción y la definición de ciertos comportamientos como delictivos o socialmente negativos dentro de una determinada cultura dominante encuentran a veces como correlato representaciones sumamente variadas en diferentes grupos sociales y subculturas. Estas observaciones se evidencian en los estudios sobre la percepción de los "ilegalismos populares" y de las resistencias colectivas por parte de las clases subalternas (D. BLASIUS, 1976, 23 ss.).

Este tema, analizado desde sus raíces, impone interrogantes de fondo sobre el sistema de control social que exceden los límites de una política de la mínima intervención penal a corto y mediano plazo. Pero aun en una perspectiva que se limite a los aspectos operacionales del problema, en el marco de una política de esta naturaleza, es necesario señalar como exigencia fundamental de un derecho penal

[14] En este sentido, entre la más reciente literatura, se encuentra la crítica de DURKHEIM de Ch. DEBUYST (1985) y de R. MARRA (1986).

orientado hacia el respeto por los derechos humanos, tomar en consideración la percepción específica de la realidad y de los valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad. Se deriva de lo dicho un ulterior límite funcional de la ley penal, que puede ser enunciado como la falta de una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando éstos pueden ser considerados como normales en subculturas bien delimitadas (E. R. ZAFFARONI, 1985, 91 ss.). Por otra parte, este límite no es sino la consecuencia misma del principio general de la mínima intervención penal, el cual, desde este punto de vista, se inscribe en una concepción de la sociedad no sólo igualitaria, sino también antitotalitaria, concepción en la cual se concede a la desviación el máximo espacio compatible con las exigencias mínimas del orden en las relaciones sociales (A. BARATTA, 1982, 208 ss.).

h) Principio del primado de la víctima. La posición de la víctima en el sistema está actualmente en el centro de la atención de los estudiosos. Han sido puestas de relieve las graves distorsiones que el sistema penal presenta cuando éste es evaluado desde el punto de vista de los intereses de la víctima; el derecho penal permite comprobar, en particular cuando se refleja sobre el rol de la víctima en el proceso, la casi total expropiación del derecho de articular sus propios intereses (D. KRAUSS, 1984). Por lo común, resulta injustificada la pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales que van más allá de los de la víctima. Desde este punto de vista, ha sido indicado con la denominación programática de "privatización de los conflictos", un camino hacia el cual se podría orientar con éxito una estrategia de descriminalización que abarque buena parte de los conflictos sobre los cuales incide la ley penal (L. HULSMAN, 1982; N. CHRISTIE, 1977).

Sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogati-

vas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena.

3. Los principios generales de limitación personal o principios limitativos de la responsabilidad penal son los siguientes:

a) Principio de la imputación personal o principio de personalidad. La pena puede ser aplicada solamente a la persona o a las personas físicas autoras de la acción delictiva. El principio de personalidad excluye toda forma de responsabilidad objetiva, o por el hecho de otro, y, por ende, la aplicación de sanciones penales por violaciones a los derechos humanos que no puedan ser reconducibles mediante una relación causal directa al comportamiento de personas físicas. De allí derivan límites rigurosos para la conformación de figuras penales de peligro abstracto (G. FIANDACA, 1984). El principio de imputación personal se refiere a personas físicas y excluye, por lo mismo, toda forma de responsabilidad de personas jurídicas y entes morales. Se podría objetar que imponiendo este límite al sistema penal, se renuncia a la defensa frente a violaciones –incluso graves– de los derechos humanos, que deriven de la acción de complejos organizados, como, por ejemplo, sociedades o empresas, en las cuales resulta difícil localizar a los responsables individuales, mientras que, aun cuando esto fuese posible, los verdaderos beneficiarios del lucro de la actividad delictiva permanecerían fuera de la acción represiva.

Sin embargo, un argumento de este tipo, en lugar de ser invocado para extender la responsabilidad penal a personas jurídicas, puede ser mejor utilizado para indicar los límites estructurales del sistema penal para enfrentar algunas de las situaciones socialmente más negativas. Si se renuncia al mito de la omnipotencia del sistema penal y a la tentación de

superar los límites tradicionales que se le imponen en un Estado de derecho, se podrá enfrentar con mayor realismo el problema de las violaciones de los derechos humanos que derivan de la acción de grandes complejos organizados, por medio de sanciones y disuasivos, que más allá del sistema de las penas personales y con mayor eficacia, puedan golpear a la organización en su núcleo esencial, es decir, en su libertad de operación y en su patrimonio.

b) Principio de la responsabilidad por el hecho. Enunciando este principio se rechaza toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal de acto. No es posible hacer derivar responsabilidad penal alguna de las características personales del imputado subsumibles en un tipo de autor, sino únicamente de las características del comportamiento que puedan ser subsumibles en un tipo de delito previsto por la ley e imputable a un acto voluntario, del cual el autor haya sido capaz de entender su sentido social, y en caso de sujetos que superen la edad mínima establecida por la ley. En particular, ninguna consecuencia penal, en sentido estricto, así como ninguna medida que implique internación coactiva, puede derivarse, en sustitución o en concurrencia con la realización de una figura delictiva, de la "peligrosidad social" de un sujeto[15].

El principio de responsabilidad por el hecho se extiende a todo el derecho penal, concebido en sentido amplio, incluyendo el derecho penal del menor y el régimen de medidas de seguridad para los adultos. Estos últimos son, de hecho, los sectores en los cuales el viejo concepto positivista de la peligrosidad de autor sigue ejerciendo sus efectos en el sistema penal. La consecuencia perversa que se presenta es que con respecto a las garantías jurídicas que deben alcan-

[15] La actual discusión sobre el concepto de "peligrosidad social" ha puesto de manifiesto su carácter problemático, tautológico y amorfo. Para las orientaciones críticas que surgen en esta discusión, cfr. las "Actas de las VIII Jornadas de Criminología Clínica" (autores varios, 1982) y, entre la abundante literatura, J. W. HARDING (1980); Ch. DEBUYST, a cargo de (1981). Por último, cfr. O. DE LEONARDIS (1985); T. BANDINI y U. GATTI (1985)

zar a todos los clientes del sistema penal según los principios del Estado de derecho, son precisamente los menores y los adultos no imputables los sujetos con menos garantías, por ser considerados como personas menos responsables o no responsables, mientras que el régimen de internación a que son sometidos presenta los mismos –si no mayores– efectos represivos y estigmatizantes que las medidas privativas de la libertad a las cuales son sometidos los adultos "imputables".

La actual discusión en el ámbito de las ciencias psicológicas y psiquiátricas indica que los fundamentos sobre los cuales se construyen los conceptos dogmáticos de autor imputable, semiimputable y no imputable y las correspondientes técnicas judiciales de verificación, sufren actualmente una profunda crisis, que no puede seguir siendo soslayada por la teoría jurídica del delito[16]. Se impone, pues, la tarea de redefinir un concepto de responsabilidad penal útil a toda el área del derecho penal, concebido en sentido amplio, y que permita asegurar a todos los sujetos límites perentorios de duración para cada medida de intervención coactiva prevista como consecuencia jurídica de la realización de una figura delictiva por medio de un hecho[17]. Dentro de los límites máximos de duración, las características del autor, aun

[16] Tales consideraciones han sido confirmadas en el ámbito de un enriquecedor y profundo debate, en un reciente congreso internacional sobre la relación entre psiquiatría y derecho, sostenido en Florencia entre el 15 y el 17 de marzo de 1985 ("Legislación sanitaria y status del enfermo mental") y en un congreso nacional que tuvo lugar en Castiglione delle Stiviere, en Mantova, entre el 23 y el 25 de mayo del mismo año ("La institución psiquiátrica judicial en el servicio sanitario nacional y en el sistema penal"). Cfr. también F. MOLINARI (1980; 1985); M. BERTOLINO (1981); F. GIBERTI (1983). Por último, cfr. M. G. GIANNICHEDDA (1936).

[17] En esta dirección se mueve el proyecto de ley 177, de los senadores GROSSI, GOZZI y otros, pertenecientes al grupo parlamentario comunista, comunicado a la presidencia del Senado el 29 de setiembre de 1983; luego retirado, y actualmente en modificación. Sobre estos proyectos y la actual problemática de la imputabilidad del enfermo mental, cfr. también, para ulteriores indicaciones bibliográficas, T. BANDINI y U. GATTI (1985).

las que se presenten como posteriores al acto delictivo, deben ser tomadas en consideración por el ordenamiento legal con la exclusiva finalidad de permitirle ejercer, en regímenes diferenciados de detención, sus derechos a la instrucción o a los tratamientos médicos o psiquiátricos eventualmente necesarios, o posibilitarle el acceso a los distintos beneficios que la ley debe prever con amplitud para limitar o evitar las consecuencias negativas de la intervención coactiva (suspensión condicional de la pena, libertad anticipada, semilibertad, medidas alternativas a la detención).

Construir un concepto unitario de responsabilidad que reserve la incapacidad penal de derecho a los sujetos de edad inferior a la mínima establecida no puede, por supuesto, significar extender el ámbito de aplicación de la ley penal a comportamientos que, desde el punto de vista objetivo, integren figuras delictivas, pero que no puedan ser considerados como actos cumplidos con capacidad de entender su sentido social. Significa, al contrario, restringir el área de las sanciones previstas por el derecho penal, entendido en sentido amplio, únicamente a los actos responsables, poniendo término, de una vez por todas, a la existencia anacrónica y ambigua de un sistema primitivo paralelo, destinado a los sujetos que presenten trastornos psíquicos. En el caso de que se admita la responsabilidad penal por el comportamiento, la presencia de trastornos psíquicos anteriores al hecho delictivo debe ser considerada en el nivel en que se verifica la exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y sus correspondientes atenuantes. Los trastornos psíquicos antecedentes o sucesivos al comportamiento delictivo deben ser tomados en consideración según el tipo de régimen de detención o para la concesión de los beneficios previstos, a fin de limitar o evitar las consecuencias negativas de la internación coactiva, que resulta, generalmente, incompatible, como la experiencia lo demuestra, con las finalidades de un moderno tratamiento terapéutico. Si, al contrario, se excluye la responsabilidad penal, la circunstancia de haber llevado a cabo un comportamiento objetivamente

subsumible en una figura delictiva no debe impedir que al sujeto le sea aplicado el normal tratamiento médico o psiquiátrico.

Se trata, pues, de sustituir el actual sistema punitivo paralelo para los sujetos que presentan trastornos psíquicos, mediante la extensión a ellos de la disciplina jurídica normal, elaborada según concepciones modernas y progresistas, fuera de cualquier implicación con la potestad punitiva del Estado, y con el más amplio respeto por la persona y las máximas garantías para sus derechos[18].

[18] Los sistemas punitivos paralelos que existen actualmente, en Italia y en otros países, en el área de los adultos con trastornos psíquicos y de los menores, es decir, los manicomios judiciales, las casas de salud y de custodia y los reformatorios, deben ser también considerados como sistemas paralelos de acción institucional en relación al régimen de las intervenciones normales en estas áreas, cuya realización está prevista sin ningún tipo de implicaciones o con implicaciones menores en el funcionamiento de los órganos de la justicia penal. Tales implicaciones importan una serie de consecuencias en lo que respecta al cuadro institucional y al contenido de las intervenciones, las cuales, como es bien conocido, hacen que las intervenciones incurran en grandes contradicciones con sus finalidades oficialmente declaradas, impidiendo o limitando la realización de formas y contenidos en armonía con las más progresistas orientaciones científicas y prácticas; en particular, la posibilidad de desinstitucionalización.

En lo que respecta al área de los adultos con trastornos psíquicos, la presencia paralela de los dos órdenes de instituciones dentro del sistema de la justicia penal, podría lógicamente justificarse sólo sobre la base de dos condiciones: la existencia de una diferente naturaleza jurídica de los dos órdenes de instituciones que resulten del fundamento específico de los dos tipos de internación coactiva, o de sus finalidades específicas. La primera condición se realizaría si se pudiera seguir considerando como válido y consistente, junto con el concepto de responsabilidad penal como fundamento de la internación carcelaria, un concepto de "peligrosidad social" del autor como justificación de la reclusión en manicomios o en casas de salud o de custodia. Sin embargo, esto aparece cada vez más cuestionable en virtud de las experiencias científicas y prácticas. La especificación, en el sentido del *"doppio binario"*, podría, entonces, fundarse únicamente en la sustancial diversidad de las funciones oficialmente declaradas. Y vemos que tampoco se realiza esta segunda condición en el caso de sistemas penitenciarios que oficialmente tienen por finalidad tan sólo el tratamiento y la resocialización, como, por ejemplo, el sistema italiano después de la reforma del año 1975 y el alemán occidental, luego de la reforma de 1974.

En las más recientes discusiones, se ha evidenciado claramente la contradicción representada por la existencia de "manicomios criminales", instituciones verdaderamente anacrónicas y aun más represivas y destructivas que la cárcel misma, situadas en una zona neutral entre el sistema carcelario y el sistema de derecho al tratamiento terapéutico adecuado para los sujetos que padecen trastornos mentales, así como la grave contradicción práctica y jurídica representada por la acumulación de penas y de medidas de seguridad[19].

De la misma manera, debe ser eliminado todo el sistema punitivo paralelo para los menores penalmente incapaces por el hecho de no haber alcanzado la edad mínima establecida. A éstos se les aplicará la disciplina jurídica normal que debe regular, acorde a los más modernos principios pedagógicos y en el marco del mayor respeto a la persona del menor, a sus derechos y al sistema de educación pública y de asistencia a los menores.

c) Con el principio de la exigencia social del comportamiento conforme a la ley, se indica la exigencia de definir, en un plano rigurosamente técnico-jurídico, los requisitos normativos apropiados para regular la verificación judicial de aquella condición ulterior para la adscripción de la responsabilidad penal que corresponde, en la dogmática del delito, al concepto de culpabilidad. Tal exigencia se verifica en el trabajo, emprendido desde hace tiempo en el campo de la más avanzada doctrina jurídica, dirigido a la depuración del concepto de culpabilidad de los elementos metafísicos y mo-

---

En rigor de verdad, cabe preguntarse: si la cárcel debería tener funciones de tratamiento y resocialización, así como deberían tenerlas las medidas de internación para los sujetos que presenten trastornos psíquicos, y si, por otra parte, la legislación prevé la especificación de los regímenes de reclusión, de semilibertad y de libertad, en razón de las características y de las necesidades de curación y tratamiento de los sujetos, ¿qué sentido tiene mantener el paralelismo de los dos órdenes de instituciones?

[19] Cfr.: F. MOLINARI (1980), A. MARGANA (1980) y F. GIBERTI (1983), para las recientes orientaciones hacia la abolición del manicomio judicial en Italia y la discusión acerca de las relaciones entre psiquiatría y ciencia jurídica; cfr. además la monografía de A. MANACORDA (1982).

rales que tradicionalmente le han sido atribuidos, como por ejemplo, el del libre albedrío y el de la reprochabilidad (o disvalor de la *"Gesinnung"*, es decir, de la actitud interior del sujeto[20]).

En una construcción dogmática basada en el contexto situacional de la acción, más que en un "elemento interior", tan difícilmente operable, como lo demuestra la experiencia teórico-práctica, tendrían que definirse las siguientes series de requisitos normativos:

1. Causas de no exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y criterios para su verificación en relación al contexto situacional de la acción y a los roles sociales o institucionales cubiertos por el sujeto en la situación problemática.

2. Criterios de evaluación del espacio de alternativas comportamentales a disposición del sujeto en la situación problemática en que se ha llevado a cabo la acción[21].

[20] Son particularmente significativas, en este sentido, las contribuciones aportadas por G. ELLSCHEID y W. HASSEMER. Cfr.: G. ELLSCHEID y W. HASSEMER (1975); W. HASSEMER (1981, 224 ss.).

[21] La orientación de la política de la mínima intervención penal hacia las ideas de justicia e igualdad impone considerar la diferente amplitud del espacio de alternativas comportamentales a disposición de los individuos en situaciones problemáticas, también en relación a sus distintos *status* sociales. Generalmente, son los individuos pertenecientes a estratos sociales más bajos aquellos que disponen de un espacio de alternativas más restringido. La construcción dogmática y la ley penal deberían compensar esta situación de desventaja, dando cuenta, por un lado, de que también los espacios de alternativas de conductas son, como también otros recursos, desigualmente distribuidos entre los individuos según sus propios estratos sociales, y, por otro, de las causas específicas de exigibilidad de un comportamiento conforme, o de los atenuantes vinculados a situaciones de presión en que pueden hallarse los individuos pertenecientes a los grupos sociales más débiles. Cfr., en este sentido, la teoría de la "co-culpabilidad" desarrollada por E. R. ZAFFARONI, con particular referencia a las grandes diferencias sociales en las sociedades periféricas, como principio de graduación del reproche que se puede hacer a los autores de delitos. Este principio da cuenta del distinto "espacio social" de que gozan aquéllos, en correspondencia a las desiguales condiciones económicas y de las situaciones de "carencia social", que deben ser imputadas a la sociedad antes que a los individuos (E. R. ZAFFARONI, 1982, 65 ss., 74; 1983, 314; 1985, 97 ss.).

Parte II

Los principios extrasistemáticos de la mínima intervención penal pueden ser divididos en dos grupos:

1) Principios extrasistemáticos de descriminalización.

2) Principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.

1. Principios extrasistemáticos de descriminalización. La mayor parte de los principios intrasistemáticos funcionan también como principios de descriminalización, por cuanto éstos indican las condiciones relativas respeto de los derechos humanos, sin cuya realización no se justifica el mantenimiento de las leyes penales. Se impone, por tanto, una tarea de eliminación parcial o total de figuras delictivas, o bien la implementación de cambios que reduzcan tanto cualitativa como cuantitativamente la violencia punitiva.

En este parágrafo se consideran otros principios de una política de descriminalización, que, a diferencia de aquéllos antes indicados, implican la adopción de un punto de vista externo a los sistemas penales existentes.

a) El principio de la no intervención útil indica que la alternativa a la criminalización no siempre es representada por otra forma de control social formal o informal. Como se ha visto anteriormente, un principio general de política alternativa es aquel que asigna el más amplio espacio de libertad a la diversidad, en lo que sea compatible con las exigencias mínimas de un orden justo. Una rigurosa economía del control social corresponde a la idea de una sociedad igualitaria y libre, y puede constituir un momento importante en el proceso de emancipación de los individuos y de los grupos, que tienda a detener o disminuir la "colonización" de su "mundo de vida" por parte del sistema[22].

[22] Para una utilización del concepto fenomenológico de "mundo de vida" *(Lebenswelt)* de E. HUSSERL y de A. SCHUTZ, en este sentido y para los conceptos de sistema (Estado y economía) y de colonización del mundo de

b) Principio de la privatización de los conflictos. A este aspecto se ha aludido en la parte precedente, en referencia a los principios de proporcionalidad concreta y del primado de la víctima. Se trata, pues, de la estrategia de "reapropiación de los conflictos", que considera las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal por medio de formas de derecho restitutivo y acuerdos entre las partes, en el marco de instancias públicas y comunitarias de reconciliación.

c) El principio de politización de los conflictos marca una dirección opuesta, pero complementaria, a aquélla indicada por el principio de la privatización dentro de la estrategia de la mínima intervención penal. Este principio toma en consideración una característica fundamental del sistema penal: su modo de intervenir en los conflictos. El sistema penal, generalmente reprime los conflictos y propicia su construcción en un ámbito técnico que los priva de sus reales connotaciones políticas. Piénsese en ámbitos muy vastos, como el de la seguridad del trabajo y del tránsito, la corrupción administrativa, las relaciones entre mafia y poder legítimo en algunos países, las graves desviaciones de los órganos militares y de los servicios secretos.

En ámbitos como éstos se trata, ante todo, de restituir a los conflictos la dimensión política que les es propia y, en segundo lugar, de considerar, como alternativa a su tratamiento "penal", formas de intervención institucional confiables no sólo a los órganos administrativos, sino también, y por sobre todo, a aquéllos pertenecientes a la representación política, asegurando, de este modo, la participación y el control popular en la gestión de las contradicciones más relevantes del sistema político. Son éstas algunas de las medidas más adecuadas a la naturaleza de tales contradicciones, y son,

---

vida por parte del sistema, cfr. J. HABERMAS (1981, 182 ss., 47-47 ss.). Una aplicación de estos conceptos para un análisis crítico de la tendencia tecnocrática en el desenvolvimiento actual de los sistemas punitivos ha sido realizada por G. SMAUS (1985a). Para los aspectos generales del problema, cfr. A. BARATTA (1987).

además, las que pueden asegurar transparencia pública a los aspectos fundamentales de la lucha de las clases populares en contra de las relaciones de explotación y de dominación. Generalmente, la construcción en el ámbito de la lógica del sistema penal es inadecuada y reductiva, en relación a materias de gran envergadura política como las arriba indicadas.

d) El principio de preservación de las garantías formales exige que, en caso de desplazamiento de los conflictos fuera del campo de la intervención penal hacia otras áreas del control social institucional o comunitario, la posición de los sujetos no sea reconducida a un régimen de menores garantías respecto de aquél formalmente previsto por el derecho penal. Formulando este principio, se da respuesta a los argumentos que a menudo se utilizan contra la descriminalización y que consisten en acentuar los riesgos que derivarían, por ejemplo, del desplazamiento de materias penales hacia formas de control administrativo.

Utilizando esta suerte de argumento, se pretende afirmar una prerrogativa del derecho penal que procuraría garantías más extensas a los sujetos y mayor transparencia a los conflictos (W. HASSEMER, 1981, 224 ss., 299 ss.). Pero estas prerrogativas del derecho penal no encuentran confirmación en la realidad. Por otra parte, la exigencia de garantías y transparencia puede ser satisfecha, en cada una de las áreas de intervención no penal, conforme a su naturaleza específica, siempre que exista la voluntad y la fuerza política necesarias y una imaginación sociológica adecuada a las exigencias de una política emancipadora e innovadora del derecho.

2. Los principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales implican la liberación de la imaginación sociológica y política respecto de una "cultura de lo penal" que ha colonizado ampliamente el modo de percibir y de construir los conflictos y los problemas sociales en una sociedad. Estos principios tienen por función la de enfrentar, por contraste, la cosificación de los

conceptos de criminalidad y de pena[23] y la de propiciar una visión innovadora y más diferenciada de los conflictos y de los problemas sociales.

a) El principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena propone el uso, en una función heurística, de un experimento metodológico: la sustracción hipotética de determinados conceptos de un arsenal preestablecido, o la suspensión de su validez. Se recomienda a los actores implicados en la interpretación de los conflictos y de los problemas y en la búsqueda de soluciones realizar tal experimento, prescindiendo, por cierto tiempo, del empleo de los conceptos de criminalidad y de pena, a fin de que se pueda verificar si y cómo podrían construirse no sólo los conflictos y los problemas, sino también sus respuestas desde ópticas distintas de la punitiva.

b) El principio de especificación de los conflictos y de los problemas toma en consideración el hecho de que el sistema penal puede ser interpretado sociológicamente como un aglomerado arbitrario de objetos heterogéneos (comportamientos punibles) que no tiene otro elemento en común más que el de estar sujetos a la respuesta punitiva. Si prescindimos, hipotéticamente, de la existencia de este sistema de respuesta institucional, se verá que resultan posibles otros reagrupamientos más coherentes de los objetos en áreas homogéneas específicas, según la diversidad de su naturaleza. Surgirán, de este modo, indicaciones heurísticas más fructíferas en términos de respuestas diferenciadas y más adecuadas a la naturaleza de los conflictos y de los problemas respecto de aquellas proporcionadas por el sistema penal. ¿Qué tienen en común, más allá del hecho de estar sujetos a una respuesta punitiva, "delitos" tan diferentes entre sí co-

[23] La misma alternativa entre "penal" y "no penal" que preside generalmente a la elaboración de los programas de descriminalización, aparece en realidad, contaminada por tal cosificación y limitada por la óptica profesional de los operadores del sistema penal, dado que privilegia, como punto de partida de toda hipótesis, el momento penal, como si esto correspondiese a una categoría natural.

mo, por ejemplo, el aborto y el funcionamiento ilegal de las instituciones del Estado, la injuria entre particulares y la gran criminalidad organizada, los pequeños hurtos y las grandes infracciones ecológicas, las calumnias y los atentados contra la salud en el trabajo industrial? ¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema, como el penal, de responder, con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad?

c) El principio general de prevención ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata, esencialmente, de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. Las primeras responden a las expresiones individuales de los conflictos manifestados por acciones definidas como desviadas; las segundas atienden a las situaciones complejas en las cuales los conflictos se producen.

En este sentido, la política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representan mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la verdadera alternativa democrática a la política criminal.

El sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos humanos, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los conflictos, es decir, a una respuesta a los conflictos en el lugar y en el momento en que éstos se manifiestan dentro del sistema social. Sin embargo, la teoría sociológica nos demuestra que el lugar y el momento en que se manifiestan los conflictos pueden ser, dentro de sistemas sociales complejos, distintos y alejados del lugar y del momento en que éstos efectivamente se producen[24]. Además, el sistema penal, con su lógica represiva, se halla únicamente en condiciones de responder a las acciones punibles de individuos (en modo alguno se po-

[24] Sobre el tema, cfr. las observaciones de N. LUHMANN (1974, 42 ss.).

dría pensar, como ya se ha visto, en extender la respuesta punitiva más allá de este límite). Pero un análisis correcto de los conflictos y de los problemas en que se individualizan acciones desviadas, es decir, infracciones a las normas sociales o jurídicas, demuestra, en cambio que, por lo general, las acciones individuales no representan variables independientes, adecuadas para comprender la lógica de los conflictos y de los problemas; representan, más bien variables dependientes. Para entender esta lógica resulta casi siempre necesario que el análisis se desplace desde las acciones y las decisiones de un acto hacia las situaciones en que están involucrados varios actores, y hacia las estructuras objetivas y los mecanismos sociales complejos, en los cuales las acciones y las decisiones de cada actor se inscriben como funciones, y no como causas.

d) El principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales es, quizá, el más importante de los principios extrasistemáticos. El sistema penal constituye, tradicionalmente, un aspecto de la expropiación ideológica que sufren los sujetos de necesidades y de derechos humanos por parte del sistema y de la cultura dominante, con referencia a la percepción de los conflictos en que se hallan involucrados.

Ningún cambio democrático en la política del control social puede ser realizable si los sujetos de necesidades y derechos humanos no logran pasar de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos de que forman parte y en la construcción de las formas y de los instrumentos de intervención institucional y comunitaria idóneos para resolverlos según sus propias necesidades reales.

La articulación autónoma de la percepción y de la conciencia de los conflictos, de las necesidades reales y de los derechos humanos por parte de sus propios portadores, en una comunicación no condicionada por el poder[25], y la idea

[25] Utilizo el término en el significado que le otorga J. HABERMAS en su teoría crítica de la sociedad (1981, 548 ss.). Cfr. también A. BARATTA (1983).

de la democracia y de la soberanía popular son los principios-guía para la transformación del Estado, no sólo hacia un modelo formal de Estado de derecho, sino también hacia el modelo sustancial del Estado de los derechos humanos.

Son, también, éstos los principios-guía para la transformación y la superación del sistema penal tradicional hacia un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

AA.VV. (1982): *Atti delle VIII giornate di criminologia clinica. Centre International de Criminologie Clinique, Genova, maggio 1981*, en "Rassegna di Criminologia", 13, 2, ps. 297-372.

BANDINI, Tullio, y GATTI, Uberto (1985): *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull' imputabilità del malato di mente*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 2, ps. 351-367.

BARATTA, Alessandro (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna.

BARATTA, Alessandro (1983): *Sur la criminologie critique et sa fonction dans la politique criminelle*, en relación con el World Congress of the Society of Criminology, Panelists Report, Wien, 1983.

BARATTA, Alessandro (1984): *La teoria della prevenzione-integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all' interno della teoria sistemica*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1, ps. 5-30.

BARATTA, Alessandro (1985): *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 2, ps. 247-268.

BARATTA, Alessandro (1987): *Notas para una teoría de la liberación*, en "Poder y Control", II, 1, ps. 107-119.

BARATTA, Alessandro (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo Veintiuno, México.

BERTOLINO, Marta (1981): *La crisi del concetto di imputabilità*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", XXIV, ps. 190-230.

BLASIUS, Dirk (1976): *Kriminalität im Alltag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

CHRISTIE, Nils (1977): *Conflict as property*, en "The British Journal of Criminology", XVII, 1, ps. 1-15.

DE LEONARDIS, Ota (1985): *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 2, ps. 323-350.

DEBUYST, Christian (1981): a cargo de *Dangerosité et Justice*, Médecine et Hygiène, Genève.

DEBUYST, Christian (1985): *Model éthologique et criminologie*, Mordaga, Bruxelles.

ELLSCHEID, Günter, y HASSEMER, Winfried (1975): *Strafe ohne Vorwurf*, en *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf kriminalität*, a cargo de K. LÜDERSEN, F. SACK, Suhrkamp, Frankfurt, ps. 266-292.

EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1980): *Report on Decriminalisation*, Strasbourg.

FIANDACA, Giovanni (1984): *La tipizzazione del pericolo*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 2, ps. 447-72.

FOUCAULT, Michel (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.

GALTUNG, John (1975): *Strukturelle Gewalt, Beiträge zur Friedensund Konfliktforschung*, Reinbek, Hamburg.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1985): *La dimensione politica dell'abolizionismo*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 3, ps. 555-567.

GIANNICHEDDA, Maria Grazia (1986): *Modelli di psichiatria e rapporti col sistemas penale*, en relación con el seminario "La perizia psichiatrica tra medicina e giustizia", Associazione Centro per la Riforma dello Stato e dal Centro di Torre Argentina, Roma, 31 enero 1986.

GIBERTI, Franco (1983): "Psichiatria, medicina e società", en *Manuale di psichiatria*, a cargo de F. GIBERTI e R. ROSSI, 3ª ed., Piccin, Padova, ps. 3-19.

HABERMAS, Jürgen (1962): *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, Darmstadt-Neuwied.

HABERMAS, Jürgen (1981): *Theorie des kommunikativen Handelns*, II; *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, Frankurt.

HARDING, T. W. (1980): *Du danger de la dangerosité et de l'usa-*

ge médial de termes affectivement chargés, en "Déviance et Société", IV, 4, ps. 331-348.

HASSEMER, Winfried (1981): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München.

HASSEMER, Winfried (1984): *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1, ps. 104-113.

HENNIS, Wilhelm (1957): *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie. Zur Kritik politscher Umfragen*, "Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart", 200/201, Mohr, Tübingen.

HULSMAN, Louk, y BERNAT DE CELIS, Jacqueline (1982): *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, Paris.

HULSMAN, Louk (1985): *Critical criminology and the concept of crime*, en relación con la International Conference of Prison Abolition, Amsterdam, 24-27 junio 1985.

JAKOBS, Günter (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin.

KRAUSS, Detlef (1983): *La vittima del reato nel proceso penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", I, 2, ps. 283-298.

KUNZ, Harald (1976): *Die Ökonomik individueller und organisierterKriminalität*, Heymanns, Köln.

KUNZ, Harald (1985): *Marktsystem und Information. "Konstitutionelle Unwissenheit" als Quelle von "Ordnung"*, Mohr, Tübingen.

LASCOUMES, Pierre (1983): *Sanction des fautes en question des illégalismes. Un exemple, la répression de la fraude fiscal*, en "Revue Interdisciplinaire d'Études-Juridiques", 10, ps. 125-156.

LUHMANN, Niklas (1974): *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.

MANACORDA, Alberto (1982): *Il manicomio giudiziario: Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di una istituzione totale*, De Donato, Bari.

MARGARA, Alessandro (1980): "Manicomi giudiziari: ipotesi di superamento", en *Città, crimine e devianza*, II, 4, ps. IX-XXIX.

MARRA, Realino (1986): *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, E.S.I., Napoli.

MOLINARI, Francesca (1980): *"Le misure di sicurezza psichiatriche vanno abolite": Questa l'opinione unanime dei giudici di sorveglianza e degli psichiatri intervenuti al congresso di Arezzo,* en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", XXIII, ps. 147-161.

MOLINARI, Francesca (1985): "Der Einfluss der modernen Psychiatrie auf das Strafrecht Italiens", in *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18 Dezember 1985,* a cargo de Hans-Dieter Schwind, de Gruyter, Berlin, New York.

PETERS, Dorothee (1975): *Richter im Dienste der Macht,* Enke, Stuttgart.

PIRES, Álvaro; BLANKEVOORT, Victor; y LANDREVILLE, Pierre (1981): *Sistema penale e traiettoria sociale,* en "La Questione Criminale", VII, 3, ps. 463-494.

ROBERT, Philippe (1985): *Au théatre pénal. Quelques hypothèses sociologiques du "crime",* en "Déviance et Société", IX, 2, ps. 89-105.

SCHMIDTCHEN, Gerard (1959): *Die befragte Nation,* Rombach, Freiburg.

SMAUS, Gerlinda (1985): *Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale. Fuga in avanti nella prevenzione generale,* en "Dei Delitti e delle Pene", III, 1, ps. 93-118.

SMAUS, Gerlinda (1985a); *Modelli di società nel movimento abolizionista,* en "Dei Delitti e delle Pene", III, 3, ps. 569-590.

TEUBNER, Günther (1977): *Standards und Direktiven in Generalklauseln,* Athenäum, Frankfurt.

WALDMANN, Peter (1977): *Strategien politischer Gewalt,* Kohlhammer, Stuttgart, Berlin.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1982): *Tratado de derecho penal. Parte general,* vol. IV, Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1983): *Tratado de derecho penal. Parte general,* vol V, Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1985): *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina,* Buenos Aires.

DERECHOS HUMANOS: ENTRE VIOLENCIA ESTRUCTURAL Y VIOLENCIA PENAL. POR LA PACIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS VIOLENTOS*

1. Derechos humanos y necesidades reales

Cuando hablamos de derechos humanos, utilizamos un concepto complejo integrado por dos elementos: hombre y derecho. Estos elementos están vinculados entre sí, mediante una relación de complementariedad y de contradicción. Complementariedad, en el sentido de lo que pertenece al hombre en cuanto tal, según el derecho; contradicción, en el sentido de que el derecho no reconoce al hombre lo que le pertenece en cuanto tal. Esta relación obedece al hecho de que en la historia de nuestra cultura, hombre y derecho son definidos desde el punto de vista ideal con una remisión recíproca.

La idea de hombre es definida en relación con la esfera de libertad (entendida como autonomía) y con los recursos que en la historia de los ordenamientos políticos son reconocidos como derechos de los individuos y de los grupos. La idea del derecho, o sea del derecho justo o de la justicia, es definida en relación con las libertades y con los recursos que deben ser reconocidos a las personas y a los grupos, para que ellos satisfagan sus necesidades. En esta tensión entre lo que es y lo que debe ser, el concepto de derechos humanos indica no solo la posible divergencia entre el derecho como es y el derecho como debe ser, sino también entre lo que debe ser según el derecho que es (el derecho vigente o positivo) y lo que es (los hechos).

* Ponencia presentada en el I Encuentro Internacional de Criminologia por los Derechos Humanos, Bogotá, 8 al 11 de agosto de 1989. Traducción de Mauricio Martinez Sánchez, Universidad del Sarre, R.F.A..

Publicado en "Nuevo Foro Penal", n° 46, 1989.

En el primer caso, nos referimos a las injusticias del derecho y, más precisamente, a determinadas normas que hacen parte del orden jurídico existente; en el segundo caso, a las ilegalidades de los hechos que violan normas del ordenamiento. Aquí es necesario hacer una distinción: tales hechos pueden ser "normativos", en particular acciones y decisiones de órganos competentes previstas en las reglas de producción del ordenamiento como fuentes de normas. Piénsese, por ejemplo, en decisiones del legislador, de los jueces y de los órganos del gobierno y de la administración pública: no es raro que estas decisiones y las normas que ellas producen en el respectivo nivel del ordenamiento estén en contraste con normas de grado superior del ordenamiento nacional o con normas del ordenamiento supranacional; que, en particular, decisiones judiciales y administrativas violen normas de leyes que tutelen derechos fundamentales; que decisiones del legislador no respeten normas constitucionales; que decisiones judiciales a cualquier nivel del ordenamiento nacional violen normas del derecho supranacional que tutelan derechos humanos.

Cuando no se trata de hechos normativos, las ilegalidades se refieren a comportamientos, situaciones y relaciones sociales que violan normas positivas del ordenamiento nacional, supranacional o internacional que tutelan o reconocen derechos fundamentales o derechos humanos. La diferencia entre tutelar y reconocer es más una diferencia de grado que de cualidad, y se refiere a la diversa naturaleza e intensidad de las consecuencias jurídicas (sanciones) que son previstas en los distintos ordenamientos para los casos de violación de normas y de medios jurídicos puestos a disposición de los interesados (personas, grupos o estados), para hacer valer frente a órganos de control jurisdiccional o políticos las propias pretensiones legítimas en el caso de violaciones de derechos fundamentales y derechos humanos.

A su vez, la presencia de normas que prevén sanciones y atribuyen recursos, así como la eficacia de estas normas y facultades, la existencia de estructuras adecuadas para im-

pedir o sancionar la violación de derechos humanos, así como responder a las exigencias de las víctimas de tales violaciones, son un aspecto integrante de la fundamental tensión entre ser y deber ser que acompaña la historia de los derechos humanos. Se trata de la tensión entre la esfera de los hechos por un lado y, por otro, la esfera de las normas, sean éstas de derecho positivo o normas de justicia.

Como se ha visto, la idea del hombre remite a la realidad del derecho y, por otra parte, la idea del derecho remite a la realidad concreta de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos, por lo que hay, en la historia de los derechos humanos, un continuo excedente de normas respecto de los hechos; éste es el valor contrafáctico de las normas que son válidas y a las cuales se puede apelar, precisamente porque los hechos las violan, sean ellas normas de derecho o de justicia. Hay, sin embargo, al mismo tiempo, un continuo excedente de la realidad del hombre respecto de las normas.

Es la realidad la que produce la idea y no viceversa. Si la historia de los derechos humanos hubiera sido solamente la historia de una idea, ella se habría limitado a llenar de hojas escritas o impresas las bibliotecas, antes de llenar de violencia y de sangre el camino de los pueblos, como ha sucedido y sucede hoy en día.

Cuando hablo de realidad del hombre, me refiero a las personas, a los grupos humanos y a los pueblos en su concreta existencia dentro de determinadas relaciones sociales de producción. Considerado en una determinada fase del desarrollo de la sociedad, el hombre es un portador de *necesidades reales*. Desde este punto de vista histórico-social, las necesidades reales son un concepto correspondiente a una visión dinámica del hombre y de sus capacidades.

Cada persona, cada grupo, cada pueblo es fuente de capacidades específicas de existir, de expresarse, de dar sentido a la vida y a las cosas. Estas capacidades individuales reciben su contribución en la historia de la interacción productiva del hombre con la naturaleza y con los otros hombres. En la medida en que crece la capacidad social de pro-

ducción material y cultural, y con ella el grado de satisfacción de las necesidades, crecen también las capacidades de los individuos y de los grupos; las necesidades se vuelven más apremiantes, más diferenciadas. Al desarrollo de la capacidad social de producción corresponde, entonces, el desarrollo de las necesidades y de las posibilidades de satisfacerlas, y a esta satisfacción corresponde el ulterior desarrollo de las capacidades de los individuos, de los grupos y de los pueblos. Podemos así definir las necesidades reales como las potencialidades de existencia y de calidad de la vida de las personas, los grupos y los pueblos, que corresponden a un determinado grado de desarrollo de la capacidad de producción material y cultural en una formación económico-social.

2. *Violencia como represión de necesidades reales y derechos humanos*

Los derechos humanos son la proyección normativa, en términos de deber ser, de aquellas potencialidades, o sea, de las necesidades reales. El contenido normativo de los derechos humanos entendidos en esta concepción histórico-social excede, por tanto, a sus transcripciones en los términos del derecho nacional y de las convenciones internacionales, así como la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea, del principio de la dignidad humana. Pero la historia de los pueblos y de la sociedad se presenta como la historia de los continuos obstáculos que dicho camino encuentra, la historia de la continua violación de los derechos humanos, o sea, del permanente intento por reprimir las necesidades reales de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos. El sociólogo John GALTUNG habla, al respecto, de una discrepancia entre condiciones potenciales de vida y condiciones actuales. Las primeras son aquellas que serían posibles para la generalidad de los indivi-

duos, en la medida del desarrollo de la capacidad social de producción. Las segundas son debidas al desperdicio y represión de estas condiciones potenciales. Una concepción similar encontramos en la obra de MARX. Al desarrollo de las fuerzas productivas en la sociedad corresponde, como describen MARX y ENGELS en *La ideología alemana*, una "manera humana" de satisfacción de las necesidades; pero esta manera humana es obstaculizada por el intento permanente de imponer una "manera inhumana", o sea, aquella en la cual la satisfacción de las necesidades de unos se produce a costa de la satisfacción de las necesidades de otros.

En términos teóricos y con lenguajes diferentes, MARX y GALTUNG dan expresión a un mismo concepto. Para MARX, la discrepancia entre condiciones potenciales y actuales de vida depende de la contradicción existente entre el grado de desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas y las relaciones de propiedad y de poder dominantes en la sociedad. Las relaciones injustas de propiedad y de poder impiden la "manera humana" de satisfacer las necesidades. Igualmente, en GALTUNG, la discrepancia entre situaciones actuales y potenciales de la satisfacción de las necesidades es efecto de la injusticia social.

Para GALTUNG "injusticia social" es, en este sentido, sinónimo de "violencia estructural". Si usamos esta definición, podemos sostener que la violencia estructural es la represión de las necesidades reales y por tanto de los derechos humanos, en su contenido histórico-social. La violencia estructural es una de las formas de violencia; es la forma general en cuyo contexto, directa o indirectamente, encuentran su fuente, en gran parte, todas las otras formas de violencia. Podemos distinguir estas otras formas, según el agente, en "violencia individual", cuando el agente es el individuo; "violencia de grupo", cuando el agente es un grupo social que, a su vez, se sirve de individuos particulares; a este tipo de violencia pertenece la violencia realizada por grupos paramilitares. Podemos hablar además de "violencia institucional", cuando el agente es un órgano del Estado, un

gobierno, el ejército o la policía. A este tipo de violencia pertenecen el terrorismo de Estado y las distintas formas de dictadura y de represión militar. En fin, podemos hablar de "violencia internacional" cuando el agente es la administración de un Estado, que se dirige, con determinadas acciones a través de órganos propios o de agentes sostenidos por aquélla, contra el gobierno y el pueblo de otro Estado. A este tipo de violencia pertenecen los crímenes internacionales, como el mercenarismo, el sabotaje económico, etc. Otras distinciones posibles en el concepto de violencia hacen relación a las formas en que ella es practicada (violencia directa e indirecta, física, moral, etc.) y a los sujetos contra quienes ella se ejerce (minorías étnicas, miembros de movimientos políticos y sindicales, grupos marginales, obreros, campesinos, mujeres, niños, homosexuales, etc.).

En todas sus formas, la violencia es represión de necesidades reales y por tanto violación de derechos humanos. Las Declaraciones modernas de derechos y las Constituciones han hecho una amplia distinción entre diversas categorías de derechos humanos, pero no considero oportuno detenerme sobre ellos en esta ocasión. Me limitaré a señalar una posible clasificación, que se deriva de la definición extralegal de derechos humanos que he propuesto aquí en términos de necesidades reales. Definiendo las necesidades reales en términos de esfera de autonomía y recursos, podemos clasificar dos grupos fundamentales de derechos humanos, que a su vez, pueden ser posteriormente diferenciados. Al primer grupo pertenecen el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, a la libertad de opinión, de expresión, de religión, pero también los derechos políticos. Al segundo grupo pertenecen los derechos llamados "económico-sociales", entre los cuales están el derecho al trabajo, a la educación, etc. Otras distinciones tienen en cuenta las necesidades específicas de los sujetos. En este caso, se distinguen los derechos de las personas, de los grupos, como por ejemplo minorías étnicas, y los derechos de los pueblos, entre los cuales están el derecho a la autodeterminación y el derecho al desarrollo.

Frente a una fenomenología global (entendida como represión de las necesidades reales y derechos humanos) de la violencia, se presentan, en la perspectiva de la criminología crítica, cuatro órdenes de consideraciones que tienen relación con el papel del derecho penal y las alternativas frente a él.

La primera consideración se refiere a los límites del sistema de la justicia criminal como reacción a la violencia y la defensa de los derechos humanos; la segunda consideración se refiere al sistema de violencia institucional; la tercera al control social alternativo de la violencia, y la cuarta a la concepción de la violencia y la defensa de los derechos humanos en el contexto de los conflictos sociales. En lo que respecta a los tres primeros puntos, me limitaré a someras indicaciones, remitiéndome a algunos de los resultados a los cuales he llegado en mi trabajo en el interior de la criminología crítica.

3. "Construcción" y control del problema de la violencia en el sistema de la justicia criminal

3.1. La manera como es percibida la violencia en el sistema del derecho penal es parcial, o sea, es "construida" como problema social. De todas las formas de violencia anteriormente mencionadas, en el sistema de la justicia criminal son tomados en consideración sólo algunos tipos de violencia individual. La violencia de grupo y la violencia institucional son consideradas sólo en relación con las acciones de personas particulares, y no en el contexto del conflicto social que ellas expresan. La violencia estructural y, en su mayor parte la violencia internacional, quedan fuera del horizonte del concepto de crimen. Por esto, desde el punto de vista de las previsiones legales, la violencia criminal es sólo una pequeñísima parte de la violencia en la sociedad.

3.2. El modo como el sistema de la justicia criminal interviene sobre este limitado sector de la violencia "construi-

do" con el concepto de criminalidad es estructuralmente selectivo. Esta es una característica de todos los sistemas penales. Existe enorme discrepancia entre el número de situaciones sobre las cuales el sistema es llamado a intervenir y aquel sobre el cual puede intervenir y efectivamente interviene. El sistema de la justicia penal está completa y constantemente dedicado a administrar un reducidísimo porcentaje de infracciones que, seguramente, es muy inferior al 10%. Esta selectividad depende de la estructura misma del sistema, o sea, de la discrepancia de los programas de acción previstos por las leyes penales y posiblidades reales de intervención del sistema. La regla en el funcionamiento de este sistema es la inmunidad y no la criminalización.

La inmunidad y la criminalización son concretadas, generalmente por los sistemas punitivos según la lógica de las desigualdades en las relaciones de propiedad y de poder. La sociología jurídicopenal y la experiencia cotidiana demuestran que el sistema punitivo dirige su acción, principalmente, hacia las infracciones de la parte más débil y marginal de la población; que grupos en la sociedad están en capacidad de imponer al sistema la casi completa impunidad de sus propias acciones criminales; la impunidad de los crímenes más graves es cada vez más elevada, en la medida en que crecen la violencia estructural y la prepotencia de minorías privilegiadas, que pretenden satisfacer sus propias necesidades en desmedro de las necesidades de los otros y reprimir con la violencia física las demandas de progreso y de justicia, así como a las personas, a los grupos sociales y a los movimientos, que son sus intérpretes.

3.3. Aun si el altísimo porcentaje de inmunidad impuesta al funcionamiento de la justicia penal por su misma estructura fuera repartido con una lógica opuesta a aquélla antes descripta; si la intervención del sistema punitivo pudiera ser concentrada en las infracciones más graves, la respuesta a la violencia permaneceria, de todas formas, inadecuada para defender a los más débiles de la prepotencia de

los más fuertes. La respuesta penal es, ante todo, una respuesta "simbólica" y no "instrumental". Esto depende del modo en que son elaborados los programas de acción del sistema, o sea, las figuras de delito y las normas procesales. Cabe, a este respecto, resaltar cuatro formas:

a) el control penal interviene sobre los efectos y no sobre las causas de la violencia, o sea, sobre determinados comportamientos con los que se manifiestan los conflictos, y no sobre los conflictos mismos.

b) El control penal interviene sobre personas y no sobre situaciones. La persona es considerada por el derecho penal como una variable independiente y no como una variable dependiente de las situaciones.

c) El control penal interviene de manera reactiva y no preventiva. Esto quiere decir que interviene cuando las consecuencias de las infracciones se han producido, mas no para evitarlas. Cualquier progreso que se pueda lograr sobre la ampliación de los derechos de las víctimas, los sujetos destinados a soportar lo peor en las situaciones conflictivas de las que la justicia penal se ocupa, aparecerán frente a ésta sólo cuando se han transformado en víctimas y no antes de serlo. Las consecuencias de la violencia no pueden ser eliminadas efectivamente, sino simbólicamente; por esto, el sistema de la justicia punitiva se presenta como una forma institucional y ritual de venganza. Así como la venganza, interviene en forma de violencia, con la pena, para compensar simbólicamente un acto de violencia que ya ha sido realizado.

d) Finalmente, el retraso de la intervención penal respecto de las situaciones contra las cuales reacciona el sistema trae también, como consecuencia que el individuo responsable, en el momento del juicio, sea considerado como el mismo individuo del momento de la comisión del delito; pero sabemos que ésta es una ficción, la ficción de la identidad del sujeto, que no corresponde a la realidad.

Por todos estos aspectos, que he señalado sucintamente, la respuesta penal se presenta como una respuesta simbóli-

ca. La pretensión de que ella pueda cumplir una función instrumental, o sea, de defensa social y de efectivo control de la criminalidad, en la cual se basan las teorías de la pena, como la de la prevención general y de la prevención especial, debe ser considerada a la luz de las investigaciones empíricas como falsificada o no verificada. No sabemos, entonces, si la amenaza penal o la sanción de algunos infractores puede representar efectivamente una contramotivación para otros potenciales infractores. Sabemos que, generalmente, intervenciones penales estigmatizantes, como la cárcel, producen efectos contrarios a la llamada "resocialización" del condenado. De igual manera, en un hipotético sistema de justicia criminal que funciona según los principios constitucionales del Estado de derecho y los principios del derecho penal liberal, la pena no puede representar una defensa adecuada de los derechos humanos en relación con la violencia. Ella no puede tener un efecto relevante en la disminución del número de infracciones a las normas, sino, acaso, la de confirmar su validez, no obstante su infracción. Las teorías sociológicas de la pena que han colocado en el centro de la atención esta función simbólica, como la de DURKHEIM y la actual teoría de la llamada prevención-integración, reconocen implícita o explícitamente que las penas no cumplen la función de eliminar los delitos; DURKHEIM consideraba incluso que los delitos son "funcionales" dentro de ciertos límites para la realización de la función simbólica de la pena: si no hubiera infracciones, no se confirmarían las normas y los valores vigentes a través de la reacción social contra ellas.

4. El sistema punitivo como sistema de violencia institucional

Sostener que la pena no puede cumplir una función instrumental relevante, sino solo una función simbólica, significa negar que se realicen las funciones "útiles" declaradas de los sistemas criminales; precisamente, la de defender los bienes jurídicos, reprimir la criminalidad, condicionando la

actitud de los infractores reales o potenciales o neutralizando a los primeros.

Esto no quiere decir, sin embargo, que en lugar de las funciones instrumentales declaradas, el sistema de la justicia penal no produzca efectos y no cumpla funciones latentes. Estos efectos y funciones inciden negativamente en la existencia de los individuos y en la sociedad, y contribuyen a reproducir las relaciones desiguales de propiedad y de poder. Desde ese punto de vista, la pena se presenta como violencia institucional, que cumple la función de un instrumento de reproducción de la violencia estructural.

4.1. La pena es violencia institucional: ella es represión de necesidades reales. La suspensión de los correspondientes derechos humanos, en relación con las personas consideradas responsables penalmente, es justificada en la teoría tradicional del *ius puniendi* con las funciones instrumentales y simbólicas que la pena debe cumplir y con la infracción cometida por el sujeto declarado responsable. Sin embargo, sabemos que tales funciones útiles no se realizan y que tal suspensión de derechos se cumple en un grandísimo número de casos respecto de imputados en espera de juicio; que en la mayor parte de los sistemas punitivos el indiciado, desde su primera relación con la policía, cumple una pena anticipada; igualmente, que esto sucede, en general respecto de los procesados provenientes de los grupos más débiles y marginales de la población, los cuales, de todas formas, son los clientes fijos del sistema de la justicia criminal.

4.2. La violencia de la pena ha sido estudiada, sobre todo, en relación con la cárcel. También la cárcel que respondiera a los *standards* mínimos establecidos por los acuerdos internacionales para tutelar los intereses del condenado –o sea, la cárcel que prácticamente no existe– produciría un estado de privación y sufrimiento que se extendería más allá de la persona del detenido, hasta su ambiente social más cercano. Pero la cárcel no es solamente violencia institucio-

nal, también es un lugar de concentración extrema de otras formas de violencia: violencia interindividual y violencia de grupo. Ya FOUCAULT, en su libro *Vigilar y castigar*, insistía en la circunstancia de que las garantías del derecho reconocidas por el derecho penal liberal se detienen generalmente ante la puerta de la cárcel, que es una zona franca de arbitrio en relación con los detenidos.

No obstante los progresos alcanzados por las legislaciones penitenciarias más modernas, esta situación, de hecho, no ha cambiado sustancialmente en la mayor parte de los Estados. El arbitrio y la violencia en la cárcel tienden a aumentar hasta grados extremos, con el crecimiento, en la sociedad externa, de la violencia estructural y con la suspensión, de hecho o de derecho, de las reglas de la democracia. La cárcel es un lugar privilegiado de violación de derechos humanos.

4.3. El estudio de las funciones latentes de la cárcel, y en general de la justicia penal, así como los análisis históricos de los sistemas punitivos, muestran la relación funcional que subsiste entre él y la reproducción del *statu quo* en las relaciones sociales. Desde sus inicios, la institución carcelaria moderna, en las formas en que todavía no se distinguía de las casas de trabajo o de asilo para los pobres y marginados, ha sido siempre una institución de disciplina para los grupos marginados en la sociedad. También hoy, la mayor parte de la población carcelaria es reclutada entre los sectores más vulnerables y marginados.

Para la mayor parte de sus clientes, la internación carcelaria es una forma "secundaria" de marginación, que sigue a la marginación "primaria", debida sobre todo a su ubicación separada del mercado de trabajo.

A estas funciones materiales de reproducción, de institucionalización de la desigualdad social, se agregan funciones simbólicas no menos importantes. La selección de una pequeña población, reclutada sobre todo entre las capas más bajas y dentro de un número mayor de infractores distribui-

dos en todas las clases sociales, condiciona un estereotipo de criminal que actúa tanto en el sentido común como en las instancias mismas del sistema de la justicia penal con dos efectos principales de legitimación. En primer lugar, la legitimación de la misma forma selectiva de obrar del sistema, dado que el estereotipo de criminal corresponde, sobre todo, a las características de los individuos pertenecientes a las clases más bajas y marginadas. En segundo lugar, una legitimación de las relaciones sociales de desigualdad, de la situación de desventaja de los grupos más bajos en la escala social, porque, precisamente, en estos grupos se encontrarían las tendencias a realizar acciones penalmente relevantes; en general, la imagen de la criminalidad, promocionada por la cárcel, y la percepción de ella como una amenaza para la sociedad debido a la actitud de las personas y no a la existencia de conflictos en la sociedad produce una desviación de la atención del público, dirigida en modo privilegiado al "peligro de la criminalidad", antes que a la violencia estructural. En este sentido, la violencia criminal adquiere, para el público, el sitio que debería corresponder a la violencia estructural, y en parte contribuye a esconderla y mantenerla. Sobre todo en momentos de crisis de los gobiernos y de la democracia, el "peligro" de la criminalidad utilizado en las campañas de "ley y orden" se convierte en instrumento de producción de consenso de las mayorías silenciosas, frente a las relaciones de poder existentes. A este tipo particularmente perverso de intento por legitimar la injusticia en las relaciones sociales, la represión violenta de la demanda de justicia, pertenece el uso público de la doctrina de la "seguridad nacional" y de la pena legal y extralegal como guerra al "enemigo interno".

4.4. Observando los sistemas penales como efectivamente son y funcionan, y no como deberían ser, sobre la base de las normas legales y constitucionales que los sostienen, podemos decir que, en la mayor parte de los casos, más que sistemas de protección de derechos humanos son sistemas

de violación de ellos. En innumerables situaciones locales, estudios y controles realizados por instituciones y comisiones de defensa de los derechos humanos, nacionales e internacionales, han puesto de manifiesto las graves y hasta gravísimas violaciones ocasionadas por el funcionamiento de la justicia criminal, en relación con casi todas las normas previstas para la defensa de los derechos humanos en este campo en la legislación local y en las convenciones internacionales. Se trata de graves ilegalidades cometidas por parte de órganos de policía, en el proceso penal y en la ejecución de las penas. En no pocos casos se trata de desviaciones de leyes y reglamentos nacionales frente a principios de derecho penal liberal nacionales e internacionales. Un ejemplo reciente de legislación y praxis punitiva fundamentalmente desviada de los más elementales principios del derecho penal del Estado de derecho nos lo presenta la legislación especial llamada "antiterrorista" en algunos países de Europa Occidental en los años setenta y actualmente en países de América Latina. También en los países de regímenes democráticos regidos por las reglas del Estado de derecho, el funcionamiento de los órganos de la justicia criminal al margen de la legalidad es frecuente. Pero el traspaso de la función punitiva de los límites de la ley, de la Constitución y de los derechos humanos es la norma, en el caso de sociedades en las cuales de hecho o de derecho, las reglas del juego democrático han sido suspendidas y en situaciones de profundas desigualdades sociales, en las cuales los grupos dominantes ejercen, a través de las instituciones del Estado o al lado de ellas, una acción de represión dirigida al mantenimiento violento de sus privilegios.

4.5. En estos casos, la degeneración de los sistemas de la justicia criminal puede alcanzar grados de extraordinaria gravedad, en presencia de los cuales es más realista hablar de un sistema penal extralegal, de penas extrajudiciales, antes que de inaplicación de las normas que regulan el sistema penal legal. Si la obra de grupos armados de represión,

de grupos paramilitares o de los llamados "de autodefensa", es tolerada por los órganos del Estado o incluso admitidos por algunas normas excepcionales; si vejámenes, intimidaciones, torturas, desapariciones forzadas hacen parte de un plan determinado en las oligarquías en el poder con el apoyo directo o indirecto del ejército y la inmunidad garantizada por los órganos del Estado que deberían sancionar aquellos comportamientos, nos encontramos entonces frente a un fenómeno que podemos estudiar como el ejercicio extralegal de la violencia penal de grupos o de la violencia institucional para el mantenimiento de la violencia estructural y la represión de las personas y de los movimientos que intentan reducirla.

5. Los derechos humanos entre violencia institucional y violencia estructural

De lo que hemos visto hasta ahora, resulta que los derechos humanos no pueden encontrar en el derecho penal una adecuada protección; que, por el contrario, muchas violaciones de ellos se presentan en el interior de la función punitiva legal o extralegal. La criminología crítica toma conciencia de esta doble dimensión de la violencia que amenaza los derechos humanos: la violencia penal y la violencia estructural.

5.1. La teoría del derecho penal mínimo, que es una propuesta de política criminal alternativa en la perspectiva de la criminología crítica es, ante todo, un programa de contención de la violencia punitiva a través del derecho, basado en la más rigurosa afirmación de las garantías jurídicas propias del Estado de derecho, en el sistema de la justicia penal y de los derechos humanos de todas las personas, y en particular de los sindicados y condenados frente a dicho sistema. En segundo lugar, su programa consiste en una amplia y rigurosa política de descriminalización y, en una perspectiva

final, en la superación del actual sistema de la justicia criminal y su sustitución por formas más adecuadas, diferenciadas y justas de defensa de los derechos humanos frente a la violencia.

5.2. La intervención del sistema de la justicia penal sobre los conflictos y problemas es, sobre todo, una intervención simbólica que no puede representar una efectiva solución de ellos. Eso no quiere decir que, en ciertas circunstancias, también la función simbólica ejercida por un correcto y riguroso uso de la justicia penal no pueda representar un momento de la acción civil y política para la defensa de derechos humanos y su reafirmación después de que se hayan consumado, en la impunidad, formas de violación generalizada y constante. Dos ejemplos actuales, aunque diversos entre sí, son las acciones por la reforma de las normas sobre la violencia sexual, llevadas a cabo por movimientos feministas en ciertos países; el gran movimiento popular que se ha sostenido inmediatamente después del regreso a la democracia en Argentina, los procesos contra los generales responsables de las violaciones de los derechos humanos durante la "guerra sucia". También la demanda civil democrática de eliminar la impunidad de la que gozan grupos paramilitares y de sicarios en los países en los que ellos están al orden del día puede representar un llamado a la función simbólica de la pena, un elemento de una acción dirigida al restablecimiento de la legalidad y de la paz.

Pero existen ejemplos bastante actuales, en sentido contrario, que permiten palpar los límites y también los gravísimos costos sociales que van ligados a intentos por usar el sistema penal para el control de situaciones de indudable negatividad social; piénsese, por un lado, en la prohibición penal de ciertas drogas, que ha agregado a los graves problemas de la tóxicodependencia otros nuevos y no menos graves, que ha dado ocasión al desarrollo de un colosal mercado ilegal de dimensiones universales, del cual se alimentan grupos poderosos, capaces de condicionar, en ciertos países,

la acción del gobierno y de competir con el poder y la autoridad de los órganos legítimos del Estado. Por otro lado, se puede citar el ejemplo de la intervención del sistema penal en el campo de la ecología, que parece traducirse, paradójicamente, en una situación de menor y no de mayor defensa ecológica. En efecto, como sabemos, la intervención penal en este campo es sustancial o formalmente accesoria a las normas y a las decisiones administrativas. O sea que esto presupone que los comportamientos lesivos del ambiente deban ser irregulares desde el punto de vista de la disciplina administrativa para poder ser objeto de sanciones penales. Pero sabemos también que la gran mayoría de los perjuicios ecológicos no provienen de comportamientos irregulares desde el punto de vista de las normas administrativas y penales, sino de comportamientos regulares, que hacen parte de un sistema de producción y de explotación de los recursos naturales, que se desarrolla independientemente de las necesidades reales de los productores y de todos los individuos. Por lo tanto, así como en el campo de la droga, también en el de la ecología la intervención del sistema penal produce una concentración de la atención y de los recursos en políticas de control que no tienen por objeto las situaciones en las que realmente surgen los problemas que se pretende resolver, contribuyendo, en cambio, a disminuir antes que a aumentar las defensas de los derechos humanos.

6. El control alternativo de la violencia y la defensa de los derechos humanos

Si la criminología crítica se ha dedicado al análisis de las contradicciones y los límites del sistema de la justicia criminal, si su fundamento epistemológico mismo está ligado al reconocimiento de que la criminalidad no es una calidad natural de sujetos y de comportamientos, sino una cualidad atribuida a ellos por medio de procesos de definición, esto no significa que ella no se mida con la exigencia de poner en

práctica estrategias de control social más justas y eficaces frente al "referente material" de aquellas definiciones, cuando él exista; o sea, frente a todas aquellas situaciones de negatividad social, estén o no en la base de las normas penales, que representan represión de necesidades reales y violaciones de derechos humanos. Se trata de contribuir al proceso a través del cual la mayoría de los miembros de una sociedad organiza defensas públicas eficaces frente a la violencia de minorías prepotentes y a la negatividad social. Este control social alternativo deberá tener características opuestas a las que son propias del sistema de la justicia criminal para evitar la injusticia y la ineficacia que caracterizan las intervenciones de este sistema.

6.1. Debe ser un control basado en una estrategia global que tenga en cuenta toda la fenomenología de la violencia y no solo una pequeña parte de ella; globalidad no significa, naturalmente, homogeneidad de los instrumentos usados por el control, sino adecuada diferenciación entre ellos, aun en el interior de una estrategia general.

6.2. El control debe basarse en los principios de la igualdad y de la legalidad, es decir, debe evitar estratégicamente la criminalización de los más débiles y la impunidad de los más fuertes y funcionar según reglas generales como garantía de las personas que pueden volverse objeto de él para evitar arbitrariedades y la formación de posiciones de poder conectadas con una excesiva discrecionalidad de la intervención. También en la defensa de los derechos humanos se deben respetar los derechos humanos hasta donde sea posible.

6.3. Debe ser un control eficaz y no simbólico. Esto implica por lo menos tres consecuencias:

a) se dirige a las causas y no solo a las manifestaciones de los conflictos y de la violencia;

b) tiene por objeto las situaciones y no solo los comportamientos de los actores implicados en él;

c) sin negar formas de compensación y de restitución frente a las víctimas, cuando sean posibles y necesarias, el control social alternativo de la violencia debe ser, sobre todo, un control social activo o contextual a la agresión. Esto corresponde a un "principio general de prevención".

7. Conflictos sociales y negatividad social

He planteado anteriormente que todas las formas de violencia pueden relacionarse directa o indirectamente con la violencia estructural. Aunque fuera posible excluir situaciones particulares de violencia que no tengan relación con ella, es posible sostener que la violencia estructural es la forma general de la violencia. La aplicación del principio general de prevención significa también, y ante todo, una estrategia de contención de la violencia basada en el control de su forma general. Esto significa una estrategia de justicia social. Pero la prevención de la violencia estructural es, al mismo tiempo, parte del conflicto social y de la acción política en su interior.

7.1. Una característica general de la construcción de los conflictos dentro de las categorías del pensamiento penal y criminológico tradicional es su "despolitización" en términos de una supuesta ciencia del comportamiento individual y de una técnica de respuestas a él. Los sujetos y comportamientos por controlar son los "criminales" y los "crímenes"; las técnicas de respuesta son la "pena" como disuasión o como tratamiento y, en general, la "política criminal". Frente a esta visión tradicional y restringida, la criminología crítica se presenta como una crítica de la criminología. Ella demuestra que los comportamientos definidos como criminales no son diversos de los otros, que en la producción de conflictos y de violencia estructural sólo ocasionalmente intervienen los factores definidos socialmente como criminales o definibles como tales en el ámbito de las leyes penales. Por esto,

la criminologia tradicional, la penologia y la política criminal son, generalmente, discursos inadecuados para una política de control eficaz de los conflictos y de la violencia. Se trata, ante todo, de restituirles a los conflictos y a las situaciones conflictivas su dimensión política desde un análisis realista de los conflictos sociales. Problemas "criminológicos" de grandes dimensiones como la corrupción, la criminalidad organizada, la criminalidad económica, las graves desviaciones de los órganos estatales, la actividad de grupos paramilitares y el terrorismo son ante todo problemas políticos que no pueden ser afrontados confiándoselos a "técnicos" o, por lo menos, que no pueden ser confiados sólo a ellos. Se trata de problemas que tienen que ver con la actividad de los órganos de representación política y con todos los ciudadanos, los partidos políticos, los sindicatos, los movimientos sociales, en función de participación política; problemas que hacen parte del objeto de la lucha de las clases subalternas para liberarase de la opresión de las clases dominentes, de la lucha por la justicia social y por la democracia. El principio general de prevención corresponde, entonces, a la estrategia de un control democrático de la violencia. Esto significa que los portadores de las necesidades reales, de derechos humanos, se unen para producir una articulación de las propias necesidades y de sus propios derechos y formas públicas de defensa autónoma de aquellos que actúen efectivamente a su favor. El principio de "la autonomía de articulación de las necesidades y de los derechos" se realiza mediante una comunicación libre del poder entre los portadores y presupone la construcción y el mantenimiento de la democracia representativa y participativa. O sea, presupone que el ejercicio de los poderes públicos y la actividad de los órganos del Estado no sean expresiones de un poder alienado de la voluntad popular y de los intereses generales.

7.2. Hablar de intereses generales no significa descuidar la existencia de conflictos de intereses en la sociedad, de grupos sociales contrapuestos o concurrentes, no significa

negar la existencia de un conflicto social fundamental entre clases subalternas y clases dominantes, entre las mayorías portadoras de la fuerza de trabajo y minorías detentadoras de la propiedad y del poder. La historia de los derechos humanos es también la historia de este conflicto social, la historia de la violencia que cotidianamente busca reprimirlos. La afirmación de los derechos humanos sobre bases de democracia es, al mismo tiempo, la vía para la superación de la violencia. Creo que para contribuir a la superación de la violencia es necesaria una acción intelectual, civil y política, cuyas premisas teóricas deben escapar a dos errores contrapuestos: relativismo y dogmatismo. Para escapar del relativismo se puede utilizar el "principio de la universalización de los intereses"; se puede resolver, al menos en parte, el contraste histórico entre intereses de grupos en conflicto, buscando individualizar los intereses potencialmente más generales, o sea, los que corresponden a un avance hacia relaciones sociales que permitan una forma humana de satisfacción de las necesidades.

Para superar el dogmatismo, es necesario apartarse de la idea de que los intereses generalizables sean expresados en una determinada fase de la vida de una sociedad, por un solo grupo social, por un solo sujeto histórico. En la historia de la liberación hay espacio para una pluralidad de sujetos. El respeto al pluralismo de los sujetos en la lucha contra la violencia es el presupuesto para que esta lucha no alcance, como frecuentemente ha sucedido, falsas metas, y se instauren en el sitio de las viejas dominaciones, otras nuevas; en el sitio de viejos grupos privilegiados, nuevos grupos que se autoproclaman, con violencia sobre todos los demás, como el "verdadero sujeto histórico".

7.3. Cuando el conflicto social alcance niveles extremos de violencia, el principio de la universalización de los intereses puede traer en sí la definición de objetivos intermedios. Se puede hablar, en este sentido, de "pacificación de los conflictos", es decir, del llamado a los sujetos implicados para

establecer un acuerdo que permita transformar la lucha armada en lucha política con reglas de juego acordadas.

En el marco de la contradicción fundamental entre trabajo y capital se desarrolla una pluralidad de conflictos dependientes e independientes de aquél, y actúa una pluralidad de personas, grupos y movimientos que se colocan y se desplazan, cada vez más, en nuevos frentes que no pueden ser simplemente reducidos a la contraposición fundamental; ésta adquiere al mismo tiempo contenidos específicos en diferentes áreas. Los frentes del conflicto son muchos, porque las percepciones de los actores implicados son heterogéneas y cambiantes. La lógica de la historia es más rica que cualquier esquema lógico. Dentro del conflicto general para mantener o para cambiar la forma de satisfacer las necesidades, o sea, las relaciones sociales de producción y de distribución, es posible que se formen convergencias parciales de intereses y de proyectos entre grupos ubicados en frentes políticos diversos, convergencias basadas en la necesidad de paz y orden civilizado que puede ser, en un determinado momento, la necesidad más generalizable y más general, por ser compartida por la mayor parte de los miembros de una sociedad.

Es posible, así, que portadores de intereses diversos se unan por la defensa de este interés general en el frente de la paz y del respeto por la vida, para aislar a los portadores del proyecto de la barbarie, para poner fin a la violación de los más elementales derechos humanos e imponer el respeto a reglas del juego acordadas, con el fin de hacer más humana y civilizada la forma de conflicto.

La "pacificación de los conflictos" puede ser, de esta manera, una frontera avanzada de la resistencia popular contra la violencia, y al mismo tiempo, una batalla en la que son vencedoras las fuerzas progresistas y liberales de toda sociedad, independientemente de su colocación en los conflictos. En esta frontera común, el objetivo inmediato es un espacio seguro para la vida. En ciertos casos se trata, incluso, de una frontera nacional. Esto se verifica cuando los conteni-

dos del conflicto y las formas de represión de los derechos humanos son condicionados o también inmediatamente impuestos por una lógica de violencia punitiva y estructural cuyo centro está fuera del país. En estos casos, la lucha por los derechos humanos coincide con la lucha por el interés general de una nación.

CAPÍTULO VI

CUESTIONES PENITENCIARIAS

OBSERVACIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LA CÁRCEL EN LA PRODUCCIÓN DE LAS RELACIONES SOCIALES DE DESIGUALDAD*

I

El derecho penal contemporáneo se autodefine como *derecho penal del tratamiento*. La legislación más reciente atribuye al tratamiento la finalidad de reeducar y reincorporar al delincuente a la sociedad. La nueva ley penitenciaria italiana[1] prevé que "en relación con los condenados y los internados debe emplearse un tratamiento reeducativo que tienda, a través de los contactos con el mundo externo, a la reincorporación social de ellos" (art. 1°). La nueva ley penitenciaria alemana[2] asigna a la ejecución de la pena de detención y a las medidas de seguridad privativas de libertad, el fin de hacer del detenido una persona capaz "de conducir en el futuro, con responsabilidad social, una vida sin delitos" (§ 2).

* Ensayo presentado al Congreso de Estudios Regionales sobre "Estructura y función de las cárceles: papel del ente local". Traducción del Dr. Juan Guillermo Sepúlveda A.

Publicado en "Nuevo Foro Penal", n° 15, julio/setiembre 1982, Bogotá, Colombia.

[1] Ley 354, de 26 de julio 1975 (*Gazzeta Ufficiale* de 9 de agosto de 1975).

[2] Strafvollzugsgesetz, 16 de marzo de 1976 (*Bundesgesetzblatt*, I, ps. 581 y ss.)

En estas nuevas enunciaciones de principio, se vislumbran entre líneas, dos elementos de preocupación que limitan el optimismo del legislador. Al primero lo llamaré *el elemento escéptico.* El legislador sabe que las innovaciones aportadas al sistema carcelario no pueden hacer desaparecer de un golpe los efectos negativos de la cárcel sobre la vida futura del condenado y que son opuestos a su reintegración. El proyecto legislativo para la nueva ley alemana no encuentra superfluo acompañar las innovaciones con una cláusula general, dirigida a controlar los efectos nocivos de la cárcel, que son dados como un presupuesto, y por la cual se pide a las autoridades competentes "limitar lo más posible aquellas particularidades de la vida del instituto, que pueden tornar al individuo inhábil para la vida, de modo que la diferencia entre una vida en el instituto y la vida en el exterior no sea más fuerte de cuanto es inevitable"[3].

El elemento real se desprende de saber que, en la mayor parte de los casos, el problema que se plantea con respecto al detenido no es tan solo el de una desocialización o de una reeducación. En la base del actual movimiento de reforma penitenciaria está más bien el hecho real de que la población carcelaria proviene, en su mayor parte, de zonas de marginación social, caracterizadas por deficiencias que inciden sobre la socialización primaria en la edad preescolar. Viendo bien las cosas, aquello que parece un simple matiz filosófico en la definición del fin del tratamiento ("socialización" o "resocialización") revela ser una transformación decisiva de su concepto[4]. Esto cambia la relación entre las instituciones carcelarias y el conjunto de las instituciones, privadas o públicas, destinadas a la tarea de la socialización y de la instrucción. La cárcel viene a ser parte de un *continuum* que

[3] Bundestags - Drucksache 7/918 (23 de julio de 1973): 3. El texto definitivo de este parágrafo (primer parágrafo) es "la vida en el tratamiento debe venir uniformada hasta donde es posible a las condiciones generales de vida".

[4] Cfr. SCHULER-SPRINGORUM H. (1969, 157 y ss.), que habla de "socialización sustituta". G. KAISER (1972, 7).

comprende familia, escuela, asistencia social, organizaciones culturales de tiempo libre, preparación profesional, universidad e instrucción de los adultos. El tratamiento penitenciario y la asistencia pospenitenciaria previstos en las nuevas legislaciones son un sector altamente especializado de este *continuum*, orientado hacia la recuperación de los retardos de socialización con que tropiezan los individuos marginados, así como las escuelas especiales tienden a recuperar los menores rebeldes, desadaptados en la escuela normal. Ambas son instituciones especializadas para la integración de una minoría de sujetos desviados.

Esto permite a un inspirado representante de la nueva ideología penitenciaria expresar:

> Estando hoy en una sociedad en que el problema de la educación se ha convertido en el problema social por excelencia, *la política social no puede hacerse sin política de educación*, esto significa que las sanciones penales deben siempre venir como una parte de la política de educación. Los procesos regulativos del proceso penal no pueden comprenderse fuera de los otros procesos sociales de la socialización y de la educación (CALLIESS, 1974, 129)[5].

Por atracción de lo que se verifica en el periodo penitenciario, como se ve, todo el sistema penal tiende a entrar como subsistema específico en el universo de los procesos de socialización y de educación, que el Estado y los otros aparatos ideológicos (ALTHUSSER, 1950) institucionalizan siempre una red más capilar. Ésta tiene la función de atribuir a cualquier individuo los modelos de comportamiento y los conocimientos relativos a los diversos *status* sociales y, así, la distribución de los *status* mismos. Este fenómeno es complementario de aquel por el cual el sistema de control social, en la sociedad posindustrial, tiende a cambiar su campo de gravitación de la técnica represiva a aquélla no represiva de la socialización, de la propaganda, de la asistencia social. El

[5] Cfr. también R. P. CALLIESS (1971, 135 y ss.)

derecho penal tiende así, a ser reabsorbido en este difuso proceso de control social, que hace caso omiso del cuerpo para obrar directamente sobre el alma, y que, aún más "crea" el alma, como ha demostrado recientemente FOUCAULT (1975), al describir una evolución que comenzó hace doscientos años, con el inicio del sistema carcelario.

Esto que he escrito hasta ahora es, naturalmente, el esquema ideológico, no el sistema real del proceso de transformación del sistema punitivo; es decir, representa el modo como es concebido, o tiende siempre más a serlo, de parte de los individuos que esperan la tarea de prepararlo, administrarlo, controlarlo y transmitir una imagen útil a su funcionamiento.

> La historia del sistema punitivo –escribe RUSCHE– es más que la historia de un pretendido autónomo desarrollo de algunas "instituciones jurídicas"; es la historia de las relaciones entre las "dos naciones", como las llamaba DISRAELI, de que se componen los pueblos: los ricos y los pobres (1933, 70).

La frase de RUSCHE mantiene hoy su fundamental validez también en la perspectiva nueva del tratamiento penal como socialización sustitutiva. De este punto de vista se ha observado que:

> "Las instituciones del derecho penal pueden ser consideradas, al lado de las instituciones de la socialización, como la instancia decisiva de la seguridad en la realidad social. El derecho penal realiza al extremo inferior del *continuum*, aquello que la escuela realiza en la zona media y superior de ésta: la separación del grano de la cizaña, su efecto al mismo tiempo constituye y legitima la escala social existente y en tal modo asegura una parte esencial de la realidad social (STEINERT, 1973, 22).

Es en la zona más baja de la escala social donde la función seleccionadora del sistema se transforma en función marginadora. La línea de límites entre los estratos más bajos del proletariado y las zonas de subdesarrollo y marginalidad señala, en efecto, un punto permanentemente crítico,

en el cual, a la acción reguladora del mecanismo general del mercado de trabajo se agrega, en ciertos casos, la de los mecanismos reguladores y sancionadores del derecho. Esto se verifica en la creación y en la gestión de aquella zona particular de marginalidad que es la "población criminal".

Bajo el pesado velo de pudor y de falsa conciencia que está sobre él, no sin el concurso de una parte de la sociología oficial, y su imagen falaz de una "sociedad de clase media", la estratificación social, la desigual distribución de la posibilidad de obtener los recursos y las *chances* sociales, es drástica en la sociedad capitalista avanzada.

II

Los analistas teóricos y una serie de innumerables investigaciones empíricas[6] han llevado la crítica del derecho penal a resultados que constituyen la negación radical del mito del derecho penal como derecho igual, del mito que constituye la base de la ideología penalística hoy dominante: la ideología de la defensa social. El mito de la igualdad se expresa en dos proposiciones:

a) el derecho penal protege igualmente a todos los ciudadanos frente a los ataques dirigidos contra los bienes esenciales, en cuya defensa están igualmente interesados todos los ciudadanos;

b) la ley penal es igual para todos (esto es, todos los autores de conductas antisociales y violatorias de normas penalmente sancionadas corren iguales riesgos de convertirse en sujetos, con las mismas consecuencias, del proceso de criminalización).

[6] Cfr. D. SUDNOW (1965, 255 y ss); R. QUINNEY (1969, 1 y ss.); MC NAUGHON-SMITH P. (1969, 189 y ss.), F. SACK (1971, 384 y ss.); A. BARATTA y G. SMAUS (1975). Sobre esta última información, cfr. la noticia publicada en "La Questione Criminale", 1975, ps. 16 y ss. Para otras indicaciones sobre investigaciones empíricas en este campo, cfr. A. BARATTA, 1979.

Exactamente opuestas son las proposiciones en que se resumen los resultados de la crítica:

a) el derecho penal no defiende todos los bienes sino solo los esenciales, en los que están igualmente interesados todos los ciudadanos, y cuando sanciona las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de manera fragmentaria;

b) la ley penal no es igual para todos, el *status* de criminal se aplica en forma desigual a los sujetos, independientemente del daño social de las acciones o de la gravedad de las infracciones a la ley penal cometidas por éstos.

La crítica se encamina entonces hacia el mito del derecho penal como derecho igual por excelencia. Esta muestra que el derecho penal no es menos igual que las otras ramas del derecho burgués, que éste, más bien, contrariamente a las apariencias, *es el derecho desigual por excelencia.*

En la perspectiva de la criminología crítica, la criminalidad no es ya una cualidad ontológica de determinados comportamientos y determinados individuos, sino que se revela más bien como un *status* asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de los bienes protegidos penalmente y de los comportamientos ofensivos a estos bienes adoptados en los casos particularmente penales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penalmente sancionadas. La criminalidad es un "bien negativo" (F. SACK, 1968, 469), distribuido desigualmente según la jerarquía de los intereses fijada en el sistema socioeconómico y según la desigualdad social entre los individuos. *Criminal* es, en efecto, en la opinión pública, quien ha sido sometido a sanciones estigmatizantes, esto es, en la práctica, quien ha formado o forma parte de la población carcelaria.

El proceso, en los análisis del sistema penal como sistema de derecho desigual, está constituido por el paso de la descripción de la fenomenología de la desigualdad a la interpretación de ésta, vale decir, por el profundizar en la *lógica*

de esta desigualdad. Este profundizar saca a la luz el nexo funcional implícito en el mecanismo selectivo del proceso de criminalización, con la ley de desarrollo de la formación socioeconómica en que vivimos y con las condiciones estructurales propias de la fase actual de este desarrollo en determinadas áreas y sociedades nacionales.

El "carácter fragmentario" del derecho penal, que mira a la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos pierde la ingenua justificación a través de la naturaleza de las cosas o de la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Esta justificación es una ideología que se apoya en el hecho de que el derecho penal tiende a privilegiar los intereses de la clase dominante, a inmunizar con el proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ésta y ligados funcionalmente a la exigencia de acumulación capitalista, y a dirigir el proceso de criminalización, sobre todo, hacia formas de desviación típicas de la clase subalterna. Esto llega no solamente con la selección de los tipos de comportamientos asumida en el caso concreto y en la diversa intensidad de la amenaza penal, que normalmente está en relación inversa con la nocividad de los comportamientos, sino con la misma formulación técnica de los casos específicos. Cuando se dirige a comportamientos típicos de los individuos pertenecientes a la clase subalterna y se contradicen las relaciones de producción y distribución capitalistas, éstas forman una red muy tupida, mientras que la red es de ordinario muy rala cuando el caso concreto tiene por objeto la criminalidad económica y otras formas de criminalidad típica de los individuos pertenecientes a la clase del poder[7].

[7] Cfr. también para el mecanismo selectivo de "inmunización" en referencia a la formación de las normas penales, F. SGUBBI (1976, 1975, 439 y ss.). Útil bajo este punto de vista, el concepto de "no contenidos" del derecho penal introducido por K. SCHUMANN (1974, 77 y ss.).

El mecanismo de la criminalización secundaria acentúa aún más el carácter selectivo del proceso penal. En lo que respecta a la selección de los individuos, sobresale aquello que adopta como variable independiente la posición ocupada por los individuos en la escala social. La máxima *chance* para ser sujeto de sanciones estigmatizantes (la cárcel y otras instituciones totales) aparece decididamente ligada al hecho de pertenecer a las clases sociales más bajas (subproletariado y grupos marginados). La posición precaria en el mercado del trabajo (desocupación, falta de calificación profesional) y defectos de socialización familiar y escolar, que son característicos de los que pertenecen a los niveles sociales más bajos y que en la criminología positivista, y en buena parte de la criminología liberal contemporánea, se indican como la causa de la criminalidad, revelan ser más bien los signos sobre la base de los cuales los *status* de criminalidad son atribuidos.

N. GOLDMAN, 1963; J. FEEST, J. BLANKENBURG, 1972; D. PETERS, 1973; R. LAUTMANN, 1973; 45 y ss.

A acentuar el carácter fragmentario del derecho penal y sus mecanismos selectivos del sistema, han contribuido no solo las pesquisas sociológicas teóricas y empíricas, sino también una reciente historiografía sobre el sistema punitivo en la sociedad capitalista[8]. Esta pronunciada relación entre el derecho penal y la desigualdad lleva en cierto sentido a invertir la relación en que los términos de ésta aparecen en la superficie del fenómeno descripto. Esto es, no sólo las normas del derecho penal se forman y se aplican selectivamente, reflejando las relaciones de desigualdad existente, sino que el derecho penal ejerce también una función activa, de reproducción y de producción, respecto a las relaciones de desigualdad. En primer lugar, las aplicaciones selectivas de las sanciones penales estigmatizantes, especialmente las de cárcel, constituyen una fase estructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad. Influyen

[8] Cfr. D. BLASIUS (1976); P. COSTA (1974); I. MEREV (1977, 290 y ss.).

negativamente, sobre todo en el *status* social de los individuos que pertenecen a los sectores sociales más bajos, pues actúan impidiendo su ascenso social. En segundo lugar, y es ésta una de las funciones simbólicas de la pena, la sanción de ciertos comportamientos ilegales sirve para cubrir un número más amplio de comportamientos ilegales que quedan inmunes al proceso de criminalización. En esta forma la aplicación selectiva del derecho penal tiene como resultados colaterales proteger ideológicamente esta misma selectividad.

Todavía más esencial aparece la función realizada por la cárcel, al producir no solo la relación de desigualdad, sino los mismos sujetos pasivos de esta relación. Esto aparece claro si se considera la relación capitalista de desigualdad, sobre todo como relación de subordinación, ligada estructuralmente a la separación de la propiedad de la fuerza de trabajo de la de los medios de producción, y por otra parte, a la *disciplina*, al control total del individuo requerido por el régimen de trabajo en la fábrica y más de la estructura de poder, en una sociedad que ha asumido el modelo de la fábrica. El nexo histórico entre cárcel y fábrica, entre introducción del sistema carcelario y transformación de una masa disciplinada de campesinos expulsados de la montaña y separados de los propios medios de producción, convirtiéndolos en individuos aptos para la disciplina de la fábrica moderna, es un elemento esencial para comprender la función de la institución carcelaria, que nace junto a la sociedad capitalista y acompaña su historia (G. RUSCHE, O. KIRCHEIMER, 1939; M. FOUCAULT, 1975; D. MELOSSI, M. PAVARINI, 1979). En su fase más avanzada este elemento ya no es suficiente para ilustrar la relación actual entre cárcel y sociedad, sino que queda como la raíz histórica y de este modo continúa condicionando su existencia.

La función de la cárcel en la producción de individuos desiguales no es hoy de menor importancia. La cárcel produce, reclutando sobre todo en las zonas más bajas de la sociedad, un sector de marginalidad social particularmente cualifica-

do por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado y por las relaciones de aquellos procesos que, al nivel de la interacción social y de la opinión pública, son activados por la pena y concurren a realizar el efecto marginador y reductor[9]. Este sector cualificado como "ejército industrial de reserva" ejerce funciones específicas no solo dentro de la dinámica del mercado del trabajo (piénsese en la explotación de los ex campesinos y el correspondiente efecto de competencia en las relaciones de otros trabajadores), sino también desde fuera de aquella dinámica: piénsese en el empleo de la población criminal en los mecanismos de la circulación ilegal de capital, como peones de mano de obra en la industria del crimen, en el ciclo de la droga, etc. Piénsese también en el reclutamiento de las escuadras fascistas entre la población criminal.

En resumen, la cárcel representa la punta de aquel *iceberg* que es el sistema penal burgués, el momento culminante de un proceso de selección que se inicia mucho antes de la intervención de los institutos de control de la desviación de menores, de la asistencia social, etc. Ello representa, generalmente, la consagración definitiva de una carrera criminal.

Más que ser la respuesta de una sociedad honesta a una minoría criminal (representación que gusta a la mayoría silenciosa de todos los países, fácilmente instrumentalizada en la campaña de "ley y orden"), la cárcel es el instrumento esencial para la creación de una población criminal reclutada casi exclusivamente en las filas del proletariado y separada de la sociedad, con consecuencias no menos graves para la clase.

[9] Me refiero a aquellos mecanismos como aquél de la "distancia social" que interrumpe o disminuye los ciudadanos "normales" y los condenados o sus familias, y a la "prohibición de coalición", que la formación activa entre ciudadanos "normales" y condenados o entre los condenados mismos. Sobre tales mecanismos, en referencia a una investigación hecha en el ámbito de la "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nichtinstitutionellen Bereiches", cit., cfr. G. SMAUS (1977, 137 y ss.).

III

Para la demostración de los efectos marginadores de la cárcel y de la imposibilidad estructural de la institución carcelaria de hacer efectiva la función reeducativa y de reincorporación social que la ideología penal le asigna, concurren observaciones históricas que demuestran el total fracaso de cada obra de reforma de esta institución, en las tentativas de alcanzar los objetivos declarados, y una extensa literatura sociológica basada ampliamente sobre las pesquisas empíricas[10], que han analizado la realidad carcelaria en sus aspectos psicológicos, sociológicos, organizativos. La "comunidad carcelaria" (CLEMMER, 1958), la "subcultura" (HARBORDT, 1972; WEIS, 1976), con los modernos institutos de detención, se presenta, a la luz de estas indagaciones, dominada por factores que hasta ahora, con un balance realista, han dado cuenta de lo vano de cada tentativa de realizar tareas de resocialización y de reinserción por medio de estas instituciones. La introducción de modernas técnicas psicoterapéuticas, educativas, y de parciales transformaciones de la estructura organizativa de la cárcel, no ha cambiado en forma decisiva la naturaleza y la función de los institutos de detención de nuestra sociedad. Ellos quedan como el período culminante y decisivo de aquel proceso de marginalidad, que produce la población criminal y la administra dentro del ámbito institucional, para hacerla inconfundible y adaptarla a *funciones propias* (FOUCAULT, 1975, 276 y ss.) que califican esta particular zona de marginalidad. Las innovaciones introducidas por las nuevas legislaciones penitenciarias no parecen destinadas a cambiar decisivamente la naturaleza de las instituciones carcelarias.

La comunidad carcelaria tiene, en la sociedad capitalista contemporánea, características constantes, que predominan aun respecto a las diferencias nacionales que han permitido la construcción de un verdadero y propio *modelo*. Las carac-

[10] Como introducción a la literatura sobre varios aspectos: G. KAISER, H. SCHÖCH, H. H. EIDT, H. J. KERNER (1974, 105 y ss.).

terísticas de este modelo, desde el punto de vista que más nos interesa, se pueden resumir en el hecho de que los institutos de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y favorecen su estable inserción en la población criminal. La cárcel es contraria a todo moderno ideal educativo, porque éste se apoya sobre la individualidad, sobre el respeto del individuo, alimentado por el respeto que el educador tiene de ella. Las ceremonias de degradación al comienzo de la detención (MORRIS, 1963, 164), en las cuales el encarcelado es despojado también de los símbolos exteriores de la propia autonomía (los vestidos y los objetos personales), son el polo opuesto de todo esto. La educación se basa en el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo; la vida en la cárcel, como conjunto disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante.

Exámenes clínicos llevados a cabo con los clásicos *tests* de personalidad han demostrado los efectos negativos de la cárcel sobre la psique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de la condena. Las conclusiones a las que llegan los estudios de este género demuestran que "la posibilidad de transformar a un delincuente violento asocial por medio de una larga pena en un individuo adaptable no parece existir" y que "la institución de pena no puede realizar su fin como institución de educación" (PARESCH, 1961, 83).

El "régimen de privaciones" tiene efectos negativos sobre la personalidad y contrarios al fin educativo del tratamiento (HARBORDT, 1972, 11 y ss., HOHMEIER, 1969, 292 y ss.), especialmente las privaciones referentes a las relaciones heterosexuales (SCHEV, 1971, 4 y ss., 51), no sólo directa sino también indirectamente, a través de la manera como se distribuyen en la comunidad carcelaria los medios de satisfacción de las necesidades, conforme a las relaciones informales de poder y de dominación de la voluntad que las caracterizan.

La atención de la literatura se ha dirigido particularmente al proceso de socialización al que está sometido el detenido. En un proceso negativo, que ninguna técnica psicoterapéutica y pedagógica ha llegado a equilibrar. Esto es exami-

nado desde un doble punto de vista: primero que todo, el de la "desculturización" (GOFFMAN, 1961, 11 y ss.), esto es, la desadaptación en las condiciones necesarias para vivir en libertad (disminución de la fuerza de voluntad, pérdida del sentido de autorresponsabilidad desde el punto de vista económico y social), la disminución del sentido de la realidad del mundo exterior y la formación personal de imagen ilusoria, la separación progresiva de los valores y de los modelos de comportamiento propios de la sociedad externa. El segundo punto de vista, opuesto pero complementario, es el de la "culturización" o "prisionización" (CLEMMER, 1958, 294 y ss., HARBORDT, 1972, 82 y ss.). Se trata de asimilar las costumbres y los modelos característicos de la subcultura carcelaria. Estos aspectos de la subcultura carcelaria, cuya interiorización es inversamente proporcional a las posibilidades de reinserción en la sociedad libre, han sido examinados por el aspecto de las relaciones sociales y de poder entre los detenidos, de las normas, de los valores, de los comportamientos que preceden a estas relaciones, no desde el punto de vista de la relación entre detenidos y el *staff* del instituto de pena.

Sobre este doble orden de relaciones, los efectos negativos de la "prisionización" con respecto a cada fin de reinserción del condenado ha sido replanteado en dos procesos: *la educación al criminal y la educación al buen detenido*. Sobre el primer proceso influye particularmente el hecho de que la jerarquía y la organización informal de la comunidad de los detenidos son dominadas por una minoría de criminales con fuerte orientación asocial, que por el poder, o quizás por el prestigio de que gozan, asumen la función de modelo para los demás, siendo, al mismo tiempo, una autoridad con la cual el *staff* del instituto está obligado a compartir, de hecho, el propio poder normativo. La manera como son reguladas las relaciones de poder y de distribución de los recursos (aun las relativas a las necesidades sexuales) en la comunidad carcelaria favorece la formación de costumbres mentales que inspiran el cinismo, el culto y el respeto a la violencia ilegal. Esto último le transmite al detenido un modelo no só-

lo antagónico con respecto al poder legal, sino caracterizado por el compromiso con él.

La educación del buen detenido transcurre, en parte, también en el ámbito de la comunidad de detenidos, puesto que la aseguración de un cierto grado de orden, del cual los jefes de los detenidos se hacen garantizar (a cambio de privilegios) hacia el *staff*, forma parte de los fines reconocidos en esta comunidad. La educación para el resto opera a través de la aceptación de las normas formales del instituto y de las informales puestas en movimiento por el *staff*. En general, se puede decir que la adaptación a estas normas tiende a interiorizar modelos exteriores de comportamiento, que sirven para el ordenado desarrollo de la vida en la institución. En esto se convierte el verdadero fin de la institución, mientras la función propiamente educativa queda ampliamente excluida del proceso de interiorización de las normas, aun participando también en actividades de reinserción (HARBORDT, 1972, 36 y ss.), y favorece la formación de costumbres de conformismo pasivo y de oportunismo. La relación con los representantes de los organismos institucionales, que en esta forma se convierte en característica del comportamiento del detenido, está dotada contemporáneamente de hostilidad, de desconfianza y de una sumisión sin consentimiento.

Lo señalado, en relación con los límites y con los procesos contrarios a la reeducación, que son característicos de la cárcel, va integrado con un doble orden de consideraciones, que tocan de raíz la contradicción de la ideología penal de la reinserción. Estas consideraciones se refieren a la relación general entre cárceles y sociedad. Ante todo existe una relación entre quien excluye (sociedad) y quien es excluido (detenido). Cada técnica pedagógica de reinserción del detenido va contra la naturaleza misma de esta relación de exclusión. No se puede al mismo tiempo excluir e incluir.

En segundo lugar la cárcel refleja, sobre todo en las características negativas, a la sociedad. Las relaciones sociales y de poder de la subcultura carcelaria tienen una serie de características que las distinguen de la sociedad externa, y que

dependen de la particular función del universo carcelario, pero que en su estructura más elemental no son más que la ampliación en forma menos mistificada y más "pura", de las características típicas de la sociedad capitalista. Son relaciones sociales basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal, en el interior de las cuales los individuos socialmente más débiles son llevados a desempeñar funciones de sumisión y explotación. *Antes que hablar de educación y de reinserción es oportuno hacer un examen del sistema de valores y de los modelos de comportamiento presentes en la sociedad en la que se quiere reintegrar al detenido.* Un examen así no puede sino conducir, sostengo, a las conclusiones de que la verdadera reeducación debiera comenzar en la sociedad antes que en el condenado (BERGALLI, 1976, 66 y ss.); antes de querer modificar los excluidos es menester modificar la sociedad excluyente, llegando así a la raíz del mecanismo de exclusión. De otra forma quedará, en quien quiera juzgar realmente, la sospecha de que la verdadera función de estas modificaciones sea la de perfeccionar y hacer indiscutible tal exclusión, integrando más que los excluidos de la sociedad, la relación misma de exclusión de la ideología legitimante del estado social.

El cuidado que la sociedad punitiva siempre toma del detenido, después de terminada la detención, siguiendo su existencia en mil modos visibles e invisibles, podría ser interpretado como la voluntad de perpetuar, con la asistencia, aquel estigma que la pena ha dejado indeleblemente en el individuo. La hipótesis de FOUCAULT (1975, 30 y ss.), de prolongación del universo carcelario en la asistencia antes y después de la detención, de manera que este universo sea tenido siempre bajo la mirada de una creciente observación científica, es al mismo tiempo un instrumento de control y observación de toda la sociedad, y parece en realidad mucho más cercana a la línea de desarrollo que el sistema penal ha tomado en la sociedad contemporánea. Este nuevo *panopticon* tiene cada día menos necesidad de los signos visibles (los muros) de la separación, para asegurarse el perfecto control y la perfecta gestión de esta zona particular de marginación, que es la población criminal.

IV

Un análisis real y radical de las funciones efectivamente ejercidas por la cárcel, el conocimiento del fracaso histórico de esta institución en cuanto a los fines del control de la criminalidad y de la reincorporación del desviado en la sociedad, de la incidencia que ella tiene, no sólo en el proceso de marginalidad de los sujetos en forma individual, aun el exterminio de las fases marginales de las clases obreras, no pueden sino llevarnos a una conclusión radical en la individualización de los objetivos finales de una estrategia alternativa. Este objetivo es *la abolición de las instituciones carcelarias*. Derribar los muros de la cárcel tiene para la nueva criminología el mismo significado pragmático que los muros del manicomio para la nueva siquiatría.

Las fases de acercamiento a este objetivo son múltiples y políticamente diferenciadas. Están constituidas por la ampliación del sistema de medidas alternativas, por la ampliación de las formas de suspensión condicional y de libertad condicional, de la introducción de formas de ejecución de la pena de detención en régimen de semilibertad, de los experimentos válidos y de la extensión de sistemas de permisos, a una revalorización en todo sentido del trabajo carcelario. Pero lo más importante es la apertura de la cárcel hacia la sociedad, también por medio de la colaboración de los organismos locales y, aún más, por medio de la colaboración de los detenidos y de su asociación con las organizaciones de movimientos obreros, con el fin de limitar las consecuencias que las instituciones carcelarias tienen sobre la división artificial de las clases, de reincorporar al detenido en la clase y por medio del antagonismo de la clase en la sociedad.

Es ésta la alternativa enfrentada al mito burgués de la reeducación y de la reincorporación del condenado. Si, en efecto, la desviación criminal de individuos pertenecientes a la clase subalterna puede ser interpretada ordinariamente como una respuesta individual, y por eso no política, a las condiciones sociales impuestas por los medios de producción y de distribu-

ción capitalistas, la verdadera "reeducación" del condenado es aquella que transforma una razón individual y egoísta en conciencia y acción política entre el movimiento de clase. El desarrollo de la conciencia de la propia condición de clase y de las contradicciones de la sociedad, de parte del condenado, es la alternativa opuesta a la concepción individualista y ético-religiosa de la expiación y del arrepentimiento.

Referencias bibliográficas

ALTHUSSER, L. (1950): *Idéologie et appareils idéologiques d'État. Notes pour une recherche*, en "La Pensée", núm. 151.

BARATTA, A. (1977): *Conflitto sociale e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, en "La Questione Criminale", III, 1, ps. 99 y ss.

BARATTA, A. (1979): *Criminologia e dommatica penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", V, 2, ps. 147 y ss.

BARATTA, A. e SMAUS G. (1975): *Erklärungszusammenhänge und Hypothesen zum Forschungsprojekt "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksicksichtigung des nicht-institutionellen Bereiches"*, documento di lavoro non pubblicato attinente alla ricerca omonima svolta presso l'Università di Saarbrücken sotto la direzione di A. BARATTA, F. SACK e G. SMAUS.

BERGALLI, R. (1976): *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?* Notas a propósito de la Ley Penitenciaria Nacional Argentina y del Proyecto de reformas a la Parte General del Código Penal, Madrid.

BLASIUS, D. (1967): *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalitat*, Göttingen.

CALLIES, R. P. (1971): "Arbeit und Erwachesenenbildung – Strafvolluzg als Teil des Bildungssystems der Gesellschaft", in A. KAUFMANN (ed.), *Die Strafvollzugsreform*, Karlsruhe.

CALLIES, R. P. (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, a. M.

CLEMMER, D. (1958): *The Prison Community*, New York.

COSTA, P. (1974): *Il progetto. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I. *Da Hobbes a Bentham*, Milano.

FEEST, J. e BLANKENBURG, J. (1972): *Die definitiosmacht der Polizei Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion*, Düsseldorf.

FOUCAULT, M. (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris.

GOFFMAN, E. (1961): *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates*, New York.

GOLDMAN, N. (1963): *The Differential Selection of Juvenile Offenders for Court Appearance*, New York.

HARBORDT, S. (1972): *Die Subkultur des Gefangnisses. Eine Soziologiche Studie zur Resozialisierung*, Stuttgart.

HOHEIMER, J. (1969): *Die Soziale Situation der Strafgefangenen: Deprivationen der Haft und ihre Folgen*, in "Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform", 52, ps. 292 y ss.

KAISER, G. (1972): *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt a. M.

KAISER, G., SCHÖCH, H., EIDT, H. J. (1974): *Strafvollzug. Eine Einfurhung in die Grundlagen*, Karlsruhe.

LAUTMANN, R. e PETERS, D. (1973): *Ungleichheit vor dem Gesetz: Strafjustiz und soziale Schichten*, in "Vorgange", núm. 12, 1, ps. 44 y ss.

MC NAUGHTON-SMITH, P. (1969): *The Second Code. Toward* (or *Away from) an Empiric Theory of Crime and Delinquency*, in "Journal of Research in Crime and Delinquency", 5, ps. 189 y ss.

MELOSSI, D. e PAVARINI M. (1979): *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna (2ª ed. Bologna).

MEREU, I. (1977): "Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia liberale (1852-1894)", in CIACCI, M. e GUALANDI V., (ed.) *La costruzione sociale della devianza*, Bologna, ps. 290 y ss.

MORRIS, P. (1963): *Pentoville. A Sociological Study of an English Prison*, London.

PARESCH, E. (1961): *Der Einfluss des Strafvollzuges auf die Psyche des Haftlinge*, in "Monastschrift für Kriminologie und Straftrechtsreform", núm. 44, ps. 65 y ss.

PETERS, D. (1973): *Reichter im Dienst der Macht. Zur gesellschaftliche Verteilung der Kriminalität*, Stuttgart.

QUINNEY, R. (1969): *Towards a Sociology of Criminal Law*, in QUINNEY R. (ed.) *Crime and Justice in Society*, Boston, págs 1 y ss.

RUSCHE, G. (1933): "Arbeismarkt und Strafvollzug", in "Zeitschrift fur Sozialiforschung", II, ps. 63 y ss.

RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O. (1939): *Punishment and Social Structure*, New York.

SACK, F. (1968): "Neue Perpektiven in der Kriminalsoziologie", en SACK F. y KONIG R. (ed.), *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a. M.

SACK, F. (1971): *Selektion und Kriminalitat*, in "Kritische Justiz", 4, ps. 384 y ss.

SCHEU, W. (1971): *Verhaltensweisen deutscher Strafgefgangenen heute. Beobachtungen und Gedanken*, Göttingen.

SCHULER-SPRINGORUM, H. (1969): *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen.

SCHUMANN, K. F., (1974): *Gegenstand und Erkentnisinteressen einer konfliktteoretischen Kriminologie*, en Arbeitskreiss Jungen Kriminologen (Ed.), *Kritische Kriminologie*, 1974, ps. 77 y ss.

SGUBBI, F. (1975): *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in "La Questione Criminale", I, 3, ps. 439 y ss.

SGUBBI, F. (1976): *Zum Fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, documento di lavoro non pubblicato (Arbeitspapier n. 33) per la ricerca "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berucksichtigung des nicht-institutionellen Bereiches", diretta da A. BARATTA, F. SACK e SMAUS, Saarbrucken.

SMAUS, G. (1977): *"Theorie del senso comune" sulla criminalità e marginalizzazione. Una inchiesta sulla popolazione tedesca*, in "La Questione Criminale", III, 1, ps. 137 y ss.

STEINERT, H. (ed.), (1973): *Der Prozen der Kriminalisierung. Untersuchungen zur Kriminalsoziologie*, München.

SUDNOW, D. (1965): *Normal Crimes. Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office*, in "Social Problems", 1, ps. 255 y ss.

WEIS, K. (1976): *Zur Subkultur der Strafanstalt*, in A. D. SCHWIND e G. BLAU (ed.). *Strafvollzug in der Praxis. Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe*, Berlin, New York.

RESOCIALIZACIÓN O CONTROL SOCIAL. POR UN CONCEPTO CRÍTICO DE "REINTEGRACIÓN SOCIAL" DEL CONDENADO*

Construcción teórica

La reforma de los sistemas penitenciarios a que asistimos en la mitad de los años 70 (piénsese en la reforma italiana o alemana occidental) sucedió bajo el signo de la resocialización o del "tratamiento" reeducativo y resocializador como finalidad de la pena. Al mismo tiempo, como se sabe, la confianza de los expertos en la posibilidad de usar la cárcel como lugar y medio de resocialización se ha perdido casi del todo. Esto es debido en parte a los resultados de investigaciones empíricas que han identificado las dificultades estructurales y los escasos resultados que la institución carcelaria presenta, respecto a dicho objetivo, pero es debido también a transformaciones producidas en la misma institución carcelaria y en la sociedad en los años sucesivos a la reforma.

La emergencia del terrorismo y la reacción de los Estados frente a este fenómeno han determinado en varios países europeos modificaciones en el régimen carcelario y en la política de utilización de las cárceles que, con razón, llevan el nombre de "contrarreformas". Estas han incidido negativamente sobre todo en los elementos más innovadores de las reformas, los que deberían haber asegurado la apertura de la cárcel hacia la sociedad (permisos, trabajos externos, régimen abierto) y han hecho, de tal modo, inoperantes los instrumentos que habrían debido facilitar la reintegración social de los condenados. Por la otra parte, la creación de cárceles de máxima seguridad en el curso de la lucha contra

* Traducción de Mauricio Martínez, Universidad del Sarre.

Publicado en "Criminologia y Derecho Penal", año I, nº 1, enero/junio 1991, Guayaquil, Ecuador.

el terrorismo ha significado, por lo menos para un sector de las instituciones carcelarias, la renuncia explícita a objetivos de resocialización y la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo: la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y por ello neutralizados en su capacidad de "hacerle daño".

Por otra parte, la crisis fiscal del Welfare State, que ha repercutido por todo el mundo occidental entre los años 70 y 80, ha suprimido en buena parte la base material de recursos económicos que habrían debido sostener una política carcelaria de resocialización efectiva. Asistimos, por lo tanto hoy, en muchos países, y sobre todo en los Estados Unidos de América, a un desplazamiento del discurso oficial sobre la cárcel, de la prevención especial positiva (resocialización) hacia la prevención especial negativa (neutralización, incapacitación).

Sin embargo, una parte del discurso oficial e incluso algunas reformas recientes (piénsese en la nueva ley penitenciaria italiana de 1987) demuestran que la teoría del tratamiento y de la resocialización no ha sido del todo abandonada. Como la realidad carcelaria se presenta en la actualidad lejos de los requisitos necesarios para poder cumplir funciones de resocialización y los estudios de los efectos de la cárcel sobre la carrera criminal (piénsese en la alta cuota de reincidencia) han invalidado ampliamente la hipótesis de la resocialización del delincuente a través de la cárcel, la discusión actual parece dominada por dos polos: uno realista y otro idealista. En el primer caso, el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar sino únicamente neutralizar; que la pena carcelaria para el delincuente no representa en absoluto una oportunidad de reintegración en la sociedad sino un sufrimiento impuesto como castigo, se concreta en un argumento para la teoría de que la pena debe neutralizar al delincuente y/o representar el castigo justo por el delito cometido. Renacen de este modo concepciones "absolutas", retributivas de la pena o, entre las teorías "relativas", se confirma la de la prevención especial negativa.

El reconocimiento del fracaso de la cárcel como institución de prevención especial positiva lleva en el segundo caso a la afirmación voluntarista de una norma contradictoria según la cual la cárcel, no obstante, debe ser considerada el sitio y el medio de resocialización. En realidad, el reconocimiento de carácter contradictorio de la idea de resocialización aparece a veces en la misma argumentación de los sostenedores de la nueva "ideología del tratamiento". En un encuentro de penalistas alemanes llevado a cabo hace algunos años en Frankfurt, uno de los más prestigiosos estudiosos de este país reconocía abiertamente el fracaso hasta ahora constatado en las acciones de resocialización a través de la cárcel y sostenía, al mismo tiempo, que a pesar de eso, era necesario mantener la idea de la resocialización con el objeto de no dar cabida a los sostenedores de las teorías neoclásicas y neoliberales de la retribución y de la neutralización.

En estos dos extremos en los cuales se polariza hoy la teoría de la pena, se cometen dos errores iguales y contrarios. En el primer caso, en la teoría del castigo y/o de la neutralización, se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la "falacia naturalista": se elevan los hechos a normas o se pretende deducir una norma de los hechos. En el segundo caso, con la nueva teoría de la resocialización, se incurre en la "falacia idealista": se coloca una norma contradictoria que no puede ser realizada, una norma imposible.

Mi opinión es que la alternativa entre estos dos polos es una falsa alternativa. Se puede y se debe escapar tanto de la falacia naturalista como de la idealista. El punto de vista desde el cual afronto el problema de la resocialización, en el contexto de una criminología crítica, es que se debe mantener como base realista el hecho de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado y que, por el contrario, impone condiciones negativas en relación con esta finalidad. A pesar de esto, la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente. Esto implica por lo menos dos

consideraciones. La primera está relacionada con el concepto sociológico de reintegración social. La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel implica, en relación con esta finalidad. Desde el punto de vista de una integración social del autor de un delito, la mejor cárcel es, sin duda, la que no existe. Pero los estudios sobre el clima social en la cárcel y los tests de evaluación elaborados para medirlo ponen en evidencia una amplia escala, en la cual, mirando los institutos carcelarios existentes hoy en Europa y en EE.UU., ellos pueden ser dispuestos valorando su eficacia negativa sobre la oportunidad de reintegración social del condenado. Ninguna cárcel es buena y útil para esta finalidad, pero hay cárceles peores que otras. Me refiero aquí a un trabajo de diferenciación valorativa que me parece importante, con el objeto de individualizar políticas de reforma aptas para hacer menos dañoso dicho instituto en relación con la vida futura del condenado. Cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y dañinas las condiciones de vida de la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respeto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean las de legitimar, a través de cualquier mejoramiento, la institución carcelaria en su conjunto.

A pesar de esto, todo reformismo tiene sus límites si no forma parte de una estrategia reduccionista a corto y mediano plazo, y abolicionista a largo plazo, respecto a la institución misma. Para una política de reintegración social de los autores de delitos, el objetivo inmediato no es solamente una cárcel "mejor" sino también y sobre todo, menos cárcel. Se trata de considerar seriamente, como política a corto y mediano plazo, una drástica reducción de la aplicación de la pena carcelaria, así como llevar al mismo tiempo al máximo

desarrollo las posibilidades ya existentes de régimen carcelario abierto y de realización de los derechos del detenido a la instrucción, al trabajo y a la asistencia, a la vez que desarrollar más estas posibilidades en el plano legislativo y administrativo.

Me parece importante insistir en el principio político de la apertura de la cárcel a la sociedad y, recíprocamente, de ella hacia la cárcel. Uno de los elementos más negativos de la institución carcelaria lo representa, en efecto, el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, aislamiento simbolizado por los muros de la cárcel. Hasta que ellos no sean por lo menos simbólicamente derribados, las oportunidades de "resocialización" del condenado seguirán siendo mínimas. No se pueden segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas. Pero el discurso es más amplio y se relaciona con el concepto mismo de "reintegración social", que decididamente prefiero a los de "resocialización" y de "tratamiento". "Tratamiento" y "resocialización" presuponen, en efecto, un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones: son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser (re)adaptado a la sociedad, considerando acríticamente a ésta como "buena" y al condenado como "malo". En cambio, el concepto de reintegración social requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y sociedad, en el que los ciudadanos recluidos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel.

Los muros de la cárcel representan una violenta barrera que separa la sociedad de una parte de sus propios problemas y conflictos. La reintegración social (del condenado) significa, antes que transformación de su mundo separado, la transformación de la sociedad que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran "segregados" en la cárcel. Si observamos la población carcelaria, su composición demográfica, nos damos cuenta que la marginación

carcelaria es, para la mayor parte de los detenidos, un proceso secundario de marginación que interviene después de un proceso primario. En efecto hoy todavía, la mayor parte de los detenidos provienen de los grupos sociales ya marginados, sobre todo, en cuanto excluidos de la sociedad activa por obra de los mecanismos del mercado de trabajo. Una reintegración social del condenado significa, por lo tanto, corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa de los grupos sociales de los que provienen, para que la vida pospenitenciaria no signifique simplemente, como casi siempre sucede, el regreso de la marginación secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia, y desde allí una vez más a la cárcel.

El segundo orden de consideraciones está relacionado con el concepto jurídico de reintegración social del detenido. No sólo no existen oportunidades de éxito sino que ni siquiera una legitimación jurídica para una obra de tratamiento, de resocialización concebida como manipulación del sujeto detenido; en una visión como ésta, el detenido no es sujeto sino objeto de la acción de instancias externas a él, a las cuales es sometido. También en este caso la reinterpretación necesaria de los conceptos tradicionales es una consecuencia del punto de vista general que he definido anteriormente: reintegración no "por medio de", sino "no obstante" la cárcel. Esto significa reconstruir integralmente, como derechos del detenido, los contenidos posibles de toda actividad que puede ser ejercida, aun en las condiciones negativas de la cárcel, en su favor. Por tanto, el concepto de tratamiento debe ser redefinido como "servicio".

Compensando situaciones de carencia y de privación frecuentemente características de la historia de vida de los detenidos antes de su ingreso a la carrera criminal, debe ofrecerse al detenido una serie de servicios que van desde la instrucción general y profesional hasta los servicios sanitarios y psicológicos, como una oportunidad de reintegración y no como un aspecto de la disciplina carcelaria. Esto atañe, igualmente, al trabajo dentro y fuera de la cárcel, que tam-

bién, como el goce de los servicios, debe ser ejercicio de un derecho del ciudadano encarcelado.

Considero que redefinir los tradicionales conceptos de tratamiento y resocialización en términos de ejercicio de los derechos de los ciudadanos retenidos, y en términos de servicios y de oportunidades laborales y sociales que se les proporciona durante y después de la detención, por parte de las instituciones y las comunidades, constituye un núcleo importante de la construcción de una teoría y una práctica nuevas, de reintegración social de los condenados, conforme a una interpretación progresista de los principios y de las normas constitucionales e internacionales en materia de pena. Otro núcleo es, sin duda alguna, el desarrollo de estrategias y prácticas eficaces de efectiva descarcelación, con vistas a que se realicen las condiciones culturales y políticas que permitan a la sociedad "librarse de la necesidad de la cárcel" según una eficaz formulación con la cual se denomina también un movimiento de profesionales y científicos de Italia. Con lo hasta ahora dicho, he indicado solamente algunos criterios generales que pueden guiar, según mi punto de vista personal, una criminología crítica en relación con el problema de la reintegración social del condenado.

Obviamente, el trabajo de la criminología crítica en este campo no se reduce a dichos enunciados generales y se ocupa, en los más distintos niveles, de los contenidos concretos, tanto de la política de descarcelación como de los derechos y servicios realizables en el contexto de la institución carcelaria, mientras ella permanezca utilizada como pena, y en esto se encuentra con las actividades de un sinnúmero de grupos y organizaciones comunitarias, así como del voluntariado cristiano y laico que trabajan hoy en el sector carcelario y pospenitenciario.

Desarrollo del programa

La construcción teórica presentada anteriormente puede ser articulada en los diez puntos del siguiente programa. Ellos representan una alternativa, en relación con la práctica tradicional, correspondiente a la concepción correccionalista y "técnica" del tratamiento y de la resocialización, y al mismo tiempo, una aplicación coherente del principio de la independencia funcional de pena-disciplina y reintegración.

a) Simetría funcional de los programas dirigidos a detenidos y ex detenidos y de los programas dirigidos al ambiente y a la estructura social.

Se debe dedicar atención no menor que la que se dedica al desarrollo de los servicios ofrecidos a las personas detenidas y ex detenidas, a la acción dirigida a hacer más idóneas las condiciones existentes en la familia, en el ambiente y en la estructura de las relaciones sociales a las cuales el detenido regresa. La obra de reintegración y el trabajo social y político correspondiente se extiende a ellos y, por eso, implican roles, competencias y sujetos no comprendidos en el cuadro tradicional de los operadores del tratamiento penitenciario. Cuando parezca oportuno, se deben promover oportunidades de reinserción "asistidas" en otro ambiente, distinto del original. Se debe comprometer a los organismos institucionales y comunitarios competentes en la acción dirigida a asegurar la formación profesional y la ocupación estable de los ex detenidos. Se debe promover en el ambiente la formación de aptitudes favorables a la reintegración de los ex detenidos a través de programas de información y de animación cultural, debates públicos y encuentros que incluyan a detenidos y ex detenidos.

b) Presunción de normalidad del detenido.

Se debe abandonar, en todas sus consecuencias prácticas, la concepción patológica, propia de la criminología positivista, respecto del detenido. Los programas de reintegración que ponen la atención necesaria en las necesidades individuales de los sujetos y en las exigencias de individualización de los servicios deben ser elaborados sobre el presupuesto teórico de que no existen características específicas de los detenidos en cuanto tales, ni siquiera limitadamente para quienes se haya comprobado la infracción en juicio definitivo (hay infracciones realizadas por individuos normales e infracciones realizadas por individuos con "anomalías"; existen igualmente anomalías precedentes y subsiguientes a la infracción).

La única anomalía específica que caracteriza a toda la población carcelaria es la condición de detenido. Ella se debe tener en cuenta en los programas y en los servicios que tienen en parte la finalidad de reducir la dañosidad. Sabemos, en efecto, que la condición carcelaria es, por naturaleza, desocializadora y puede ser la causa de perturbaciones psíquicas y de síndromes específicos. En sustancia, el detenido no es tal porque sea diverso, sino que es diverso por estar detenido. Los programas y los servicios que se le ofrezcan deben ser elaborados y realizados sin interferencia alguna con el contexto disciplinario de la pena. Desde este punto de vista, los dos puntos de referencia del concepto de "tratamiento", es decir, por una parte la disciplina penal y por el otro, los programas de resocialización y asistencia, son sometidos a una clara diferenciación funcional. En el primer caso, se trata de prácticas a las cuales es sometido el detenido y de las cuales es "objeto"; en el segundo caso –en la redefinición que sostenemos aquí–, se trata de servicios y oportunidades que se le ofrecen y de los cuales el detenido es sujeto, también en el sentido en que el contenido y el ofrecimiento dependen de sus necesidades y demandas. Para facilitar esta diferenciación funcional, sería recomendable una operación semántica: llamar con nombres distintos dos "cosas" entre ellas distintas e irreconciliables.

c) Exclusividad del criterio objetivo de la conducta en la determinación del nivel disciplinario y la concesión del beneficio de la disminución de pena y de la semilibertad.

Irrelevancia de la supuesta "verificación" del grado de resocialización o de "peligrosidad".

La separación estricta entre castigo disciplinario y programas de reintegración social exige tener en cuenta solamente criterios específicos, objetivables y judiciables para la progresión de los detenidos en los diversos niveles de severidad disciplinaria y para la concesión de los beneficios como el de la libertad anticipada y la semilibertad. Las decisiones al respecto, tal como ha sido dispuesto por la ley de 1988 en Italia, deben ser de competencia del Juez de vigilancia.

Los criterios de decisión deben ser objetivos y "judiciables". Es decir, deben referirse sólo a la verificación y valoración de la conducta. Se deben evitar criterios "subjetivos" correspondientes a la valoración de posiciones mentales del condenado y a la "peligrosidad". De este último concepto es conocida la inconsistencia científica que lo hace inidóneo para ser utilizado en un proceso justo.

La homogeneidad y previsibilidad de las decisiones (uno de los problemas actuales de la aplicación de la ley 663 citada) depende también del grado de objetividad de los criterios adoptados (por el legislador y en la praxis) en las decisiones judiciales sobre la concesión de beneficios como la libertad anticipada, la semilibertad y el sometimiento a prueba en el servicio social.

Se debería evitar también en estos juicios la introducción de elementos relacionados con el disfrute de los servicios por parte del detenido, los cuales deben ser extraños a la ejecución de la pena. La ley italiana citada, por el contrario, ha adoptado la solución contraria, alineándose en una dirección adoptada por otras legislaciones.

Hacer irrelevante el disfrute de los servicios con el objetivo de valorar la conducta en el juicio sobre pena y disciplina, a pesar de que parezca hacer perder al condenado la

oportunidad de obtener un "permiso", es una manera rigurosa y coherente de evitar distorsiones e instrumentalizaciones en la motivación del detenido, lo mismo que la confusión entre oferta e imposición (de hecho) de los servicios, y entre funciones de orden interno y funciones de reintegración. Siendo un ejercicio de derechos, su goce no debe ser objeto de una negociación que pueda alterar y reducir el sentido verdadero.

Por otra parte, el juicio sobre la conducta del condenado con el fin de conceder los beneficios, no puede estar limitado a la ausencia de infracciones, pero puede extenderse a elementos positivos como el trabajo y la prestación de servicios socialmente útiles. Esto significa que en esta fase de su definición judicial, la ejecución punitiva puede transformarse, de intercambio negativo (infracción-pena) en intercambio positivo (buena conducta-libertad).

d) Criterios de reagrupación y diferenciación de los programas, independientemente de las clasificaciones tradicionales y de diagnosis "criminológicas" de extracción positivista.

Superando criterios tradicionales de diagnosis criminológica y de clasificación de los detenidos, los criterios de selección y de reagrupación se deben orientar hacia cuatro objetivos:

1) facilitar la interacción del detenido con la familia y su ambiente;

2) reducir las asimetrías en las relaciones entre detenidos, teniendo en cuenta la fuerza relativa de la contractualidad social y de la vulnerabilidad física y psíquica;

3) optimizar las relaciones personales con el fin de mejorar el clima social en la cárcel y de obtener espacios amplios de discusión colectiva de conflictos y problemas, que eviten soluciones violentas y autodestructivas;

4) permitir una diferenciación racional de los programas y de los servicios, con base en las necesidades y en las demandas.

La benignidad y la posibilidad misma de las decisiones según estos criterios dependerá, en buena medida, de la idoneidad de las estructuras logísticas y de su distribución territorial.

e) Extensión simultánea de los programas a toda la población carcelaria. Independencia de la distinción entre condenados y detenidos en espera de juicio.

El principio de la no interferencia entre pena-disciplina y reintegración social posibilita la superación de las dificultades y contradicciones que surgen cuando hay superposición entre estos contextos, respecto al "tratamiento" de los detenidos condenados y de los detenidos en espera de juicio definitivo. Si el tratamiento es redefinido en términos de servicio y de ejercicio libre de derechos, no habrá entonces motivos para seguir excluyendo al segundo grupo (que como se sabe, es el más numeroso) de la posibilidad del disfrute de ellos. Los programas podrán diferenciarse teniendo presentes las necesidades y la demanda, independientemente de la "gran división".

f) Extensión diacrónica de los programas. Continuidad de las fases carcelaria y poscarcelaria.

Si los programas y servicios son independientes del contexto punitivo-disciplinario, su contenido no necesita ni admite divisiones rígidas ni soluciones de continuidad relativas a la condición de detenido o de ex detenido de sus usufructuarios. Donde sea posible, podrán los detenidos ser admitidos oportunamente en los servicios ambulatorios y en otros programas fuera de la cárcel, lo cual permitirá una concentración más racional y la dislocación de ella, y facilitará al mismo tiempo el pasaje del detenido de la cárcel a la vida y asistencia pospeniteniaria.

La continuidad estructural de los programas en las dos fases es, a su vez, un factor de apertura recíproca e interacción entre cárcel y sociedad, de superación de rígidas barreras estructurales entre los roles. En fin, ella es un momento de mediación entre las dos dimensiones de la reintegración social: una dirigida a los detenidos y ex detenidos y otra dirigida al ambiente y a la estructura social.

g) Relaciones simétricas de los roles.

Uno de los defectos más notorios en los servicios de reintegración social y de asistencia en la cárcel es la insuficiente valoración de la personalidad y de la demanda del usuario, así como la asimetría de poder y de iniciativa que caracteriza a la interacción entre operadores y clientes. Ello resulta de la interferencia del contexto penal-disciplinario con los programas de asistencia y de reintegración social. Esta interferencia coloca a los programas dentro de un cuadro autoritario e institucional inadecuado para la realización de las concepciones pedagógicas y asistenciales más modernas y adelantadas. Es muy importante promover las condiciones para que la relación usuario-operador se desarrolle como interacción entre sujetos y no entre portadores de roles asimétricos.

h) Reciprocidad y rotación de los roles.

La cárcel es también una comunidad de frustraciones, que se extiende a todos los actores implicados en los diferentes roles: detenidos, educadores, psicólogos, médicos, asistentes sociales, agentes de custodia y administradores. Todos, en formas diversas, son condicionados negativamente en su personalidad por las contradicciones de la cárcel, sobre todo por la contradicción fundamental entre "tratamiento"-pena y "tratamiento"-resocialización. La salud mental de

los operadores no está menos amenazada que la de los detenidos, por la alienación general que caracteriza las relaciones entre personas y entre roles del mundo carcelario.

Desarrollar en todas sus consecuencias el principio de la simetría en las relaciones entre los roles de usuario y operador es la premisa para crear condiciones aptas para la reciprocidad y la rotación de los roles. Reciprocidad de los roles significa que la interacción entre sus portadores se transforma de funciones institucionales en oportunidad de auténtica comunicación, de aprendizaje recíproco y por tanto, también de alivio de la perturbación y de liberación de los frecuentes síndromes de frustración.

La rotación de los roles significa valorar, más allá de las competencias profesionales y de las estructuras jerárquicas de la organización, las competencias y los aportes de cada actor-detenido, operador, administrador, a la solución colectiva de los conflictos y perturbaciones, a la construcción de los programas y de los servicios y a su realización, a las decisiones en todos los niveles. Los detenidos también pueden desempeñar roles en los servicios en el interior y exterior de la cárcel. En este último caso, la reciprocidad de los roles se extiende fuera de los muros de la cárcel. En Italia tenemos experiencias positivas de voluntariado social, que se dirige de la sociedad externa hacia la cárcel, pero también a la inversa, de la cárcel a la sociedad externa. Cada actor, independientemente del rol y de la colocación fuera y dentro de la cárcel, puede participar en el manejo de espacios para actividades expresivas y recreativas, dirigidas al interior y exterior de la cárcel, o también participar como usufructuario.

Fomentar la realización del principio de la reciprocidad y de la rotación de los roles significa también fomentar y democratizar la organización de la vida carcelaria y, al mismo tiempo, la interacción y la apertura recíproca entre cárcel y sociedad.

i) De la anamnesis criminal a la anamnesis social. La cárcel como oportunidad general de conocimiento y toma de conciencia de la condición humana y de las contradicciones de la sociedad.

El malestar general, los conflictos que caracterizan el microcosmos carcelario reflejan fielmente la situación del universo social. El drama carcelario es un aspecto y un espejo del drama humano. En otras oportunidades he defendido la sustitución, en función pedagógica, de la anamnesis criminal por la anamnesis social de parte del detenido. Esta está dirigida a la reconstrucción de la propia historia de la vida en el contexto de los conflictos de la sociedad en la cual ella está insertada. La piadosa finalidad de la enmienda, del "reencuentro" consigo mismo por parte del individuo aislado (esta finalidad corresponde al origen de la concepción celular de la cárcel), se debería sustituir, entonces, por el reencuentro de la conexión entre la propia historia de vida y el contexto de los conflictos en la sociedad. La función resocializadora ligada a dicha finalidad consiste en facilitar, a través del desarrollo de la conciencia política, una actitud diversa a la reacción individualista y de búsqueda de soluciones únicamente expresivas de conflictos estructurales. Superando estas actitudes, la solidaridad con la propia clase, la participación en sus luchas y hacia el exterior de la cárcel y en otros movimientos sociales permiten reconstruir una relación con la sociedad distinta de la infracción individual a sus reglas. La anamnesis social de la infracción y/o del castigo-sufrimiento se transforma así, para el detenido, en ocasión para un desarrollo de conocimientos y aptitudes que promueven la reintegración social.

Este proceso cognoscitivo se puede extender, además, a todos los otros actores dentro y fuera de la cárcel. Incluso, de la dimensión de esta extensión depende el éxito reintegrativo de la anamnesis o si la "reintegración" no es sólo una transformación de las actitudes y del comportamiento del detenido. La infracción, la cárcel y la condición de los dete-

nidos son el objeto de una anamnesis social de parte de todos. La cuestión carcelaria se transforma en fase de un proceso de conocimiento y de toma de conciencia política sobre la cuestión social. Sólo una sociedad que resuelva, por lo menos en un cierto grado, los propios conflictos y que supere la violencia estructural, puede afrontar con éxito el problema de la violencia individual y del delito. Sólo superando la violencia estructural en la sociedad, se puede superar la violencia institucional de la cárcel. La cárcel puede transformarse en laboratorio de producción del saber social, indispensable para la emancipación y el progreso de la sociedad.

j) Valor absoluto y relativo de los roles profesionales. Valorización de los roles técnicos y "destecnificación" de la cuestión carcelaria.

Se trata, con este último punto, de extraer todas las consecuencias de una estrategia de la reintegración social que considera una progresiva desinstitucionalización del control de la desviación como una de sus premisas y de sus objetivos finales. La continuidad de los programas de intervención dentro y fuera de la cárcel, su doble dirección, dirigidos al detenido y a la sociedad, la rotación de los roles, la extensión potencialmente universal de las competencias por conocer, pensar y actuar en el ámbito de dicha estrategia, éstos y otros aspectos del programa tienen una consecuencia que puede ser sintetizada con la etiqueta de "destecnificación".

Destecnificación significa, en este contexto, algo muy diferente a "eliminación de los roles técnicos" de los operadores profesionales en la cárcel. Por el contrario, los principios de la estrategia de reintegración social que están aquí representados requieren, como es fácil reconocer, la valoración de la profesionalidad en todos los roles técnicos de la organización carcelaria y de la asistencia poscarcelaria.

En los cuadros intermedios de educadores y asistentes sociales, se percibe hoy, en Italia y en otros países europeos

y extraeuropeos, una creciente valorización, no sólo del nivel técnico, sino también de la conciencia profesional y civil respecto de la cuestión carcelaria; una sobrevaloración contemporánea del nivel de profesionalidad y de conciencia política, que produce conciencia infeliz en estos operadores, pero es al mismo tiempo un reto positivo para superar una visión tecnicista de la integración social. La sociedad y el Estado pueden responder en forma diversa a este reto. La forma auspiciable, que debe ser promovida, es la de encontrar este desarrollo con el consenso, el apoyo y las gratificaciones adecuadas. Se deben facilitar la formación profesional y la posibilidad de continuar la instrucción hasta alcanzar el acceso a los grados más altos de la educación universitaria, de modo tal que permita la formación de cuadros docentes de los mismos grupos de operadores, con la finalidad de que sus experiencias puedan elaborarse científicamente por las propias élites y reproducidas en función de la mejor formación profesional de los cuadros futuros. Iguales consideraciones se pueden alcanzar en lo que respecta a los otros cuadros de la organización y de la administración carcelaria.

"Destecnificación" significa, entonces, algo que es compatible con la valorización de los roles técnicos. Ella se refiere a la multiplicación de los roles profesionales y no profesionales, requeridos por la estrategia de reintegración social aquí propuesta, a la extensión potencialmente universal de las competencias y de los actores en la realización de esta estrategia. Ninguna institución, ningún organismo del Estado o de la comunidad, ningún ciudadano, por principio, es ajeno a ella. Todos pueden y son llamados a participar. Por ello el valor de los roles técnicos tradicionales es reconocido, pero al mismo tiempo parece relativo, porque los roles técnicos tradicionales son sólo una parte en la totalidad de los roles y de las competencias implicadas. Esto quiere decir que los roles técnicos crecen en valor absoluto y disminuyen en valor relativo, en la medida en que el modelo aquí presentado se realice. En este, y sólo en este sentido, el modelo es realmente un modelo de "destecnificación", no

de los operadores profesionales, sino de la cuestión carcelaria en sí misma.

Como cada una de los otros problemas cruciales de nuestra sociedad, que conciernen a todos, el problema de la cárcel y de la reintegración social no puede –simplemente– ser "delegado" o "reservado" a los técnicos. Sabemos que, en general, el modelo tecnocrático aplicado a los problemas más cruciales de la sociedad, frecuentemente solo está en condiciones de producir soluciones imaginarias, o sea la imagen de soluciones, la cual controla no tanto los problemas, como más bien al "público" de la política y por tanto es útil sobre todo para la reproducción del "sistema" de las relaciones de poder y de la propiedad. La reproducción del sistema es en efecto el principal problema a cuya solución es funcional el modelo tecnocrático.

En el modelo tecnocrático el lugar de la solución del problema carcelario es, desde cuando la cárcel nació, la cárcel misma: sus instrumentos siguen siendo, con las "mejoras" de última hora, las técnicas tradicionales de la disciplina y del tratamiento, en las que la función de "resocialización" es siempre sacrificada o instrumentalizada a favor del orden interno y de la "seguridad" externa. Conocemos la inconsistencia de esta solución, que depende también de la forma de definir el problema, en función de la institución, antes que de los hombres, como sucede siempre en el modelo tecnocrático.

Si la definimos en los términos que le son propios, es decir, en función de los hombres dentro y fuera de la cárcel, aparecerá claro que la cuestión carcelaria no se puede resolver permaneciendo en el interior de la cárcel, conservándola como institución cerrada. Porque el lugar de la solución del problema carcelario es toda la sociedad.

CAPÍTULO VII

BALANCE DE UNA OBRA ESENCIAL

DEBATE SOBRE "CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL", A DIEZ AÑOS DE SU APARICIÓN*

Introducción del Dr. Carlos Elbert

Es una enorme alegría estar con ustedes, en Santa Fe en esta noche.

Sandro Baratta se presentó anoche en la Universidad de Buenos Aires. Dio una conferencia que fue realmente de un estupendo nivel, con una participación muy cálida y muy activa de profesores, alumnos, sociólogos, psicólogos, abogados; fue una verdadera fiesta interdisciplinaria.

Cuando Zaffaroni lo presentó anoche en la Facultad de Derecho de la UBA, dijo que realmente era perder el tiempo ponerse a presentar a Sandro, porque es una persona tan vastamente conocida, ya que es una de las personalidades consagradas internacionalmente en el campo de la Criminología. Nosotros lo conocemos muy bien, hemos tenido la suerte de trabajar aquí su libro, y lo vamos a discutir con él.

Alessandro Baratta es, por supuesto, italiano, pero se ha afincado desde hace mucho tiempo en Alemania, y es profesor y Director de un Instituto en la Universidad de Saarbrucken.

* Colección Jurídica y Social, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 1997. Se publica con autorización.

La Universidad de Saarbrucken es una de las universidades "pobres" de Alemania, una universidad pequeña, que linda con Francia. Pareciera ser que esa institución es cualquier cosa menos alemana, por lo menos en el Instituto de Sandro, donde raramente pasa algún colaborador alemán. Por supuesto que la presencia de latinoamericanos ahí es casi constante, y sabemos todos lo que Sandro Baratta ha hecho por América Latina. Sabemos del placer que significa para él venir hacia nosotros, trabajar con nosotros, y sobre todo el respeto con el que él considera nuestra realidad y la prudencia con que hace sus enfoques, teniendo presente que se trata de un estudioso europeo. Con esto, creo que Sandro Baratta está suficientemente presentado, y es más importante que comience a hablar él.

Palabras previas al debate por parte del profesor Alessandro Baratta

Señor Decano, querido amigo profesor Elbert, queridas amigas y amigos: es un gran placer que me pueda encontrar esta noche para conversar con Uds. sobre un libro que, cuando lo escribí y lo publiqué, efectivamente no había pensado que podía suscitar tanta atención, al punto de provocar esta reunión.

Pienso que en estos casos, cuando uno escribe un libro, cualquier texto, ya no le pertenece a él, es cosa de los que lo leen, es una propiedad ajena. Por eso me encanta esta forma tan interesante –que me ha dado tanto placer de antemano– de venir aquí, ya que la mejor para el autor de un texto, es una dialéctica de reacciones. Entonces estoy pendiente con verdadera curiosidad, con gran interés intelectual por sus observaciones, esas que me ayudarán a ir más allá en el camino que comencé cuando escribía, poco a poco, este trabajo.

Muchas gracias por su presencia, por su atención, por haber leído con interés este libro, y estoy aquí a su completa disposición.

Debate

Dr. Carlos A. Elbert: –En el curso de Posgrado de Criminología de este año hemos hecho el análisis del libro de Baratta, con la misma sistemática que usamos para discutir *En busca de las penas perdidas*. Simplemente lo fuimos dividiendo por capítulos o por segmentos, y hubo alumnos del curso que hicieron un estudio en profundidad, lo comentaron y luego formularon la crítica de cada uno de esos capítulos.

En la introducción y el capítulo I trabajó José Iparraguirre; en los capítulos II y III, Gabriela De Paoli; en los capítulos IV, V y VI, Diana Melella; en los capítulos VII y VIII, Alejandro Haimovich; en los capítulos IX y X, Jorge Andrés; en XI, XII y XIII, Alejandro Tizón; en XIV, XV y Apéndice, Raúl Barrandegui.

Yo sugeriría a todos los presentes si no tienen ninguna oposición, que vayamos trabajando los temas en ese orden.

En los primeros capítulos, hay una gran exposición doctrinaria de teorías del campo de la Sociología, la Psicología, que son bastante áridas y que lógicamente pueden obligarnos a plantear algunas preguntas de aspectos que no nos surgen con total claridad en la obra, o porque tenemos una interpretación que no nos termina de convencer, y la oportunidad de consultar todos estos problemas con el autor es única.

Si mis alumnos no tienen inconveniente, yo les iría concediendo la palabra y luego abriríamos la discusión sobre cada capítulo a todos los presentes y dejamos un gran debate general para el final.

1. Sociología Jurídico-Penal

–En su Introducción define como objeto de la Sociología Jurídico-Penal los comportamientos que representan una reacción al comportamiento desviado: reacciones tanto de tipo institucional como no institucionales. Sostiene que la función teórica de ésta es la crítica de la realidad social del derecho, y

que su función práctica, dando a entender en su más vasta dimensión política, es también tomar esta perspectiva macrosociológica para analizar la conducta desviada sin caer en un mero instrumentalismo tecnocrático. La función práctica de la Sociología Jurídico-Penal estaría en el desarrollo de instrumentos de indagación particulares. ¿Por qué fue esbozado, en líneas generales, de esta manera? En relación a los instrumentos de indagación particulares, ¿cuáles serían y qué estudios tiene a partir de esto? ¿Existen avances hasta el presente desde que escribió la obra?

Dr. Alessandro Baratta: -Hemos hecho varias investigaciones durante el período que ha seguido a la redacción de este libro, pero quizá la investigación más importante que hemos llevado a cabo en la Universidad del Saarland ha acompañado, casi ha provocado, la producción de este libro. Es decir, que anteriormente yo me había ocupado de filosofía jurídica, me había ocupado mucho de filosofía jurídico-penal, de una historia interna y también ideológica de la dogmática jurídico-penal alemana, mientras que he trabajado sobre otros temas generales de filosofía del derecho. Cuando entré en el cargo de Director de este Instituto en Saarbrucken, una de mis tareas era plantear un plan de investigación a largo plazo, financiado por el Ente Federal Alemán.

Entonces yo tenía un interés bastante general, no por el derecho penal, y tenía experiencia, sobre todo, en el campo de la teoría y de la dogmática del derecho penal, no de la sociología del derecho penal.

La cátedra a la cual yo pasé al llegar de Italia donde había enseñado Filosofía del Derecho y Doctrina del Estado, era una cátedra de Sociología Jurídica en general y Filosofía Social. Entonces, con esta nueva dirección de mi trabajo didáctico, pero sobre todo con la tarea de montar un plan de investigación a largo plazo, tuve que llevar a cabo en primer lugar una investigación de Sociología del Derecho Penal, y esto se refirió a las reacciones sociales, a las definiciones, a las teorías y a los estereotipos, que se podían medir en la po-

blación de la Alemania Occidental de aquel período. Estamos aproximadamente a mediados de los años 70, 75, cuando entramos con una metodología nueva, a hacer una investigación representativa sobre la visión de la criminalidad y de la justicia penal en dos muestras representativas: a) de la población alemana, y b) de los jueces penales alemanes.

Dar una coherencia metodológica, pero sobre todo teórica a esta investigación, resultó mucho más difícil de lo que yo había imaginado, también por inexperiencia porque anteriormente no había dirigido investigaciones empíricas de este tipo.

Se creó un equipo de sociólogos, de gente ya experimentada. Una de las personas que tuvieron un impacto muy importante ahí en el Instituto fue Gerlinda Smaus, una socióloga que ya ha escrito varias obras sobre nuestro tema. Contamos con la apreciable colaboración en la dirección de este plan de Fritz Sack, quien tenía una fuerte conciencia de los métodos cuantitativos.

Entonces qué pasa; pasa efectivamente lo que yo he estado escribiendo en aquella introducción, el primer capítulo del libro, que reconozco por la experiencia de llevar a cabo una metodología correcta para esta investigación, cuánto es importante un plan teórico general para hacer una investigación empírica micro, ésta no era micro.

La experiencia que tuve desde esta primera tentativa fue que la cosa más importante en la investigación empírica es el marco teórico desde el cual se construyen las hipótesis, y el marco teórico dentro del cual se interpretan los datos empíricos. Es decir, que no hay para mí, si no entramos en la pura metodología del marketing, una visión muy superficial de la investigación empírica, de la sociología empírica como tal. No hay ninguna utilidad en una investigación empírica, en este como en otro campo de la sociología jurídica si no se compatibilizan las dos dimensiones: micro y macro. Las preguntas fuertes y las respuestas fuertes, siempre vienen de una teoría consistente.

He ahí que surge este libro. Este libro surge alrededor de 1975, con una serie de exploraciones que yo empiezo a ha-

cer para construir no la metodología de la investigación empírica, sino el marco teórico de esa investigación empírica. Esto era casi un convenio con el Ente Federal Alemán, de permitir a este Instituto una experiencia de una investigación de amplio tamaño. Yo no quise perder esta ocasión.

Prácticamente cambiamos tres veces el marco teórico de esta primera investigación. Ahora no voy a entrar en los detalles: el primer marco teórico era dentro de una visión más funcionalista, de la cual después yo me alejé bastante rápidamente, era el marco teórico de las llamadas investigaciones K.O.L. (knowlledge and opinion about law), era una metodología de la investigación sobre los conocimientos y las opiniones del público sobre el derecho, y se reveló como insuficiente rápidamente para llevar a cabo una investigación que tuviera un sentido.

El segundo marco teórico fue ya mucho más consistente. Era un marco teórico dentro de la nueva teoría, porque en aquel tiempo surgía en Europa una metodología de la investigación basada en el *labelling approach*, en la teoría del etiquetamiento. Yo contaba con un aparato investigativo basado sobre una colaboración con institutos comerciales, dado que era una muestra muy larga. En este segundo plano de la investigación, tuve que parar la operacionalización empírica. De esta manera, suspendiendo los trabajos de campo durante años, pude tener más claridad sobre el marco teórico.

Y la tercera etapa fue cuando logramos con la colaboración de Gerlinda Smaus y de Fritz Sack, compatibilizar el *approach*, el enfoque típico del *labelling*, que es un enfoque propio del interaccionismo simbólico como teoría sociológica, o de la etnometodología, enfoques que han subrayado mucho el aspecto subjetivista en la construcción de la realidad. Cuando se compatibilizó este enfoque, con un enfoque materialista, que se refería a las estructuras objetivas de las relaciones económico-sociales en la sociedad alemana occidental. Cuando vi que era posible escapar a las coartadas ideológicas y teóricas propias también del puro *labelling approach*, y tratar, porque de esto quizás tenemos que conver-

sar más ampliamente, tratar de ver en qué forma podían concurrir a producir una base teórica para una investigación empírica el enfoque interaccionista por un lado, y el enfoque materialista por el otro lado, construimos efectivamente el marco teórico de esta investigación.

Para llegar ahí, yo había estudiado hasta el 71, 72, cuando entré en este plan, la prehistoria de aquella investigación del 75, que fue la investigación empírica que comenzó en el 72; había estudiado más los aspectos filosóficos y dogmáticos, no tanto dentro de la dogmática como sobre la dogmática. Una reflexión epistemológica, ideológica, de teoría del conocimiento sobre la dogmática penal alemana. No tenía experiencia en la Criminología propiamente dicha, en la Sociología Criminal propiamente dicha, así que entro en esta dinámica de hacerme una idea más clara de este desarrollo. ¿Cómo se llega al *labelling* en una perspectiva criminológica que empieza en Europa a fin del siglo pasado, de una manera completamente casi opuesta al mismo? ¿Cómo se va más allá del *labelling*? Para hacer esto yo entro en una serie de investigaciones sobre la historia del pensamiento criminológico, para hacerme ...(una esclavitud)... por mí mismo, y también porque estábamos planteando una revista, *La Questione Criminale*, que comenzó a publicarse en el 75. Estaba entrando en el contexto de la llamada Escuela de Bologna, que trabajaba más en el campo de un Derecho Penal Crítico. Yo, que estaba al mismo tiempo aprendiendo y enseñando una Sociología Crítica del Derecho Penal, escribí toda una serie de artículos que después han dado vida a este libro, pero la matriz fue la necesidad de dar un plan claro, un marco teórico claro a una investigación empírica. Precisamente el punto que Ud. ha localizado muy bien.

La importancia para una teoría crítica de la sociedad, para una Sociología Crítica, que evite el extremo del empiricismo sin construcción teórica, y que evite también el aprioriismo de una cierta Sociología puramente teórica, cuando la investigación empírica y la construcción teórica se compaginan. He ahí que yo tuve que estudiar de manera muy direc-

ta, muy profundizada, toda una serie de teorías que no conocía, que constituyeron, algunas, la primera parte de este libro. Y después, para concluir, llegar solamente a algunas conclusiones.

Las otras experiencias de trabajo empírico que hemos llevado a cabo fueron, digamos, de alcance menor, de esta gran investigación representativa, fueron trabajos sobre el comportamiento desviado de jóvenes extranjeros en Alemania Occidental, fueron trabajos sobre la posición de la mujer en el medio ambiente de trabajo, la exposición a tipos distintos de violencia. El último fue un trabajo de investigación-acción que nuestro Instituto, concretamente a través de mi persona, llevó a cabo en América Central sobre el tema de los Derechos de los Niños en dos áreas: el área educacional y el área del control o de la desviación. Siempre tratando de ser fiel a este programa que ve la investigación empírica como un aspecto muy importante del conocimiento sociológico-jurídico, y también de esta Criminología Crítica que es, prácticamente, una Sociología Crítica del Derecho Penal. Ser fiel a este programa de una muy seria elaboración teórica como premisa y como consecuencia de la investigación empírica. Crear hipótesis de trabajo, interpretar y sistematizar los datos, éste es un asunto sin el cual no se puede caminar sin una sólida teoría. Por eso macro y micro investigación empírica y construcción teórica van acompañados.

–Desarrolla en su obra una Sociología Jurídico-Penal, a diferencia de la Sociología Criminal que toma como objeto de estudio el comportamiento desviado en sí. ¿Por qué toma como objeto de estudio la reacción a la conducta desviada? ¿Por qué esta opción?

A.B.: –Sí; es una buena pregunta. Efectivamente, toda la primera fase de mis intereses por la Criminología fueron determinados por el cambio de paradigma en la misma Criminología. Cambio de paradigma que yo estaba percibiendo directamente en los comienzos de la década del 70. Entonces,

a través de este cambio de paradigma, el enfoque de un conocimiento criminológico se traslada, efectivamente, de la cuestión de las causas del comportamiento desviado, hacia la cuestión de las causas o de las variables que pueden explicar la selección dentro del proceso de criminalización primaria y secundaria: por qué se construyen ciertas figuras delictivas y no otras, por qué dentro del funcionamiento de la justicia criminal la implementación de la ley penal es tan selectiva y tan prevalentemente dirigida hacia determinadas capas sociales y no a otras.

El interés con el cual surge la Criminología Crítica es un interés de este tipo. Yo creo que la capacidad de un discurso homogéneo con una base epistemológica acertada es mucho mayor cuando el objeto del conocimiento es el sistema de la justicia criminal, entendida de una manera muy amplia, es decir, el funcionamiento de los órganos del sistema a partir de los órganos legislativos hacia todos los órganos que lo actúan, pero dentro del complejo de las definiciones del llamado sentido común, de la opinión pública, de la reacción social no institucional, y que forma un campo bien homogéneo y amplio, sobre el cual yo pienso que se puede hacer –y se tiene que hacer– un trabajo. Esto era para mí un interés prioritario en aquel momento; pero nunca he pensado que estos intereses dirigidos a un conocimiento crítico del sistema de la justicia penal pudieran ser tan importantes al punto de producir una coartada intelectual con respecto a la llamada división compartimental del conocimiento criminológico. Es decir, de los problemas reales a los cuales bien o mal –más mal que bien–, trata de reaccionar el sistema de la justicia criminal.

Yo siempre he evitado una interpretación subjetivista de la teoría del etiquetamiento, interpretación a través de la cual se produce casi un descuido de los problemas reales. Estos son –llamémoslo entre comillas– la criminalidad, pero se pueden llamar con otros nombres, por razones metodológicas, que pienso quedan claras a través de la lectura del libro: llamémosle problemas sociales, llamémosle conflictos, llamémosle situaciones de violencia, de violación de dere-

chos. Estas cosas existen: la agresión de ciertas personas sobre otras, que producen sufrimiento, represión, violación de necesidades, la violación de derechos de las víctimas, situaciones que no podemos descuidarlas por interesarnos tanto en el funcionamiento de la justicia criminal.

Al final, sobre el funcionamiento de la justicia criminal no se puede producir una evaluación consistente si no se tiene una idea clara de estos problemas; porque solamente teniendo una idea clara de los problemas sociales, a los cuales el sistema pretende reaccionar etiquetándolos como criminales, yo puedo ver qué respuesta da este sistema a estos problemas. Es decir, yo necesito una visión, una construcción de estos problemas, de estos asuntos que normalmente se llaman criminalidad, fuera de las definiciones que les proporciona el sistema, independientemente, con otra gramática, para ver después de qué manera selectiva o con qué eficacia, o con qué coherencia o contradicción, el sistema reacciona a estos problemas sociales, definiendo y persiguiéndolos como criminalidad.

El hecho que, hasta ahora, en mis investigaciones empíricas y también en los trabajos teóricos yo me haya encontrado en la situación de dar prevalencia a la primera vertiente –digamos a la vertiente o a la dimensión de la reacción social del conocimiento crítico criminológico– depende un poco de la evolución personal con la cual uno comienza cierto tipo de trabajo y sigue vinculado a las experiencias precedentes. Pero no es una posición de principios. Aunque –me doy cuenta ahora– quizás fue una buena solución dedicar bastante tiempo mi interés a este aspecto, porque, efectivamente, ahora veo mucho más claro el manejo de estas situaciones problemáticas para, a través de una construcción empírica y teórica consistente, fomentar respuestas sociales más adecuadas que la que logra dar el sistema de la justicia criminal, que su tipo de construcción sobre la dimensión compartimental del conocimiento criminológico, nos llega fuera de una esfera especializada de dicho conocimiento. Nos llega en un contexto en el cual la criminología no tiene la competencia de una disciplina académica con una capacidad de realizar, por sí misma, este trabajo.

Es un trabajo de interdisciplinariedad el que se necesita y al cual se refirió la conferencia de ayer en Buenos Aires, y que yo lo veo ya como un trabajo que va más allá de la Criminología.

Entonces yo pienso que, efectivamente, como disciplina académica, científica, la Criminología Crítica solamente puede aportar conocimientos críticos sobre el funcionamiento del sistema. Aportar quizás también una perspectiva de reforma del sistema. Pero como disciplina que pretenda abarcar en todas sus dimensiones los problemas comportamentales, que son la violencia, la criminalidad organizada, la mafia, los asaltos en las calles, yo pienso que no es posible que exista una disciplina que tenga una competencia sobre esta dimensión por dos razones. Primero, porque los problemas son muy heterogéneos; es muy difícil que una disciplina pueda prosperar con una problemática tan amplia como la existente en el campo penal. Segundo, porque cada una de estas áreas problemáticas implica un concurso de disciplinas que complementen el aporte que puede dar una disciplina específica. Efectivamente en este sentido fue una cuestión de coherencia epistemológica forzada trabajar dentro de un Instituto de Sociología Jurídica sobre la dimensión de la reacción social, y no sobre el campo tradicional de la Criminología; sin descuidar que el conocimiento real de los problemas es no menos necesario que el conocimiento del funcionamiento del sistema penal que pretende reaccionar a esos problemas.

Más una opción que ha dependido de un aspecto autobiográfico y de una cierta coherencia epistemológica, me lleva a decir ahora que afortunadamente no hice un trabajo empírico con el método, digamos, tradicional de la Criminología etiológica, porque recién ahora sé qué tipo de enfoque, qué tipo de interdisciplinariedad sería necesaria para trabajar realmente sobre el componente o sobre la dimensión comportamental.

2. Teorías criminológicas

–En relación con las teorías psicoanalíticas que desarrolla en el libro, y que aparecen como analizadas superficialmente,

si Ud. lo escribiera hoy nuevamente, ¿incluiría algún otro aporte desde la psicología en relación a la criminalidad?

A.B.: –Sí, efectivamente me queda un discurso demasiado largo. Voy a decir simplemente esto: mi relación con las teorías psicoanalíticas ha cambiado; ha cambiado también porque han cambiado las teorías psicoanalíticas.

Las teorías que yo dominaba eran las teorías de la línea de Erich Fromm, Alexander, Staub, y otros que, sobre la base de Freud principalmente, hicieron un análisis profundo de la llamada sociedad punitiva, de la demanda de punición, de los mecanismos punitivos de la sociedad. Y en parte llevaban a cabo una crítica fundamental del sistema de la justicia criminal como algo casi atávico, ¿no?, como se expresa Alexander, Staub. Digamos que en la generación sucesiva, la que ha dominado bastante por ejemplo el escenario en Alemania del último decenio, se realiza un cambio de perspectiva, un empleo del psicoanálisis no para criticar, para hacer una crítica del atavismo –por decirlo así– de la respuesta punitiva, sino para legitimar la demanda de pena en la sociedad.

Este componente psicoanalítico de la teoría de la prevención-integración es de signo contrario a la que yo había estado examinando cuando escribía este libro. Porque la teoría de la integración-prevención, que Uds. pienso que conocen, está planteando que la función efectiva de la pena no es tanto la reeducación del condenado, la intimidación del infractor potencial, sino asegurar al ciudadano fiel a la ley, dándole esta seguridad institucional. El verdadero destinatario del mensaje punitivo no es ni el infractor real ni el infractor potencial, sino que es la opinión pública y la gente, la gente que se supone y ni siquiera es tan cierto, que es fiel a la ley. Una parte de este planeamiento, que concluye en la teoría de la prevención-integración, confluye en una legitimación de la demanda de pena a través del sistema de la justicia criminal, porque responde a una demanda profunda de la gente, de la opinión pública, de origen psicoanalítico. Es de signo completamente contrario.

Por eso yo, si reescribiera este capítulo, analizaría también este segundo componente. Pero el cambio fundamental depende de una cierta ulterior experiencia por la teoría psicoanalítica, sobre todo de Freud, que me llevaría a mitigar, a relativizar mucho, la crítica que yo hago a la teoría psicoanalítica, de haber indicado estos componentes que llamamos irracionales, llamamos atávicos, del sistema de la justicia criminal, pero dentro de un marco teórico de una antropología general ahistórica. Una crítica de falta de vinculación de la teoría con la historia social y cultural. Ahora yo esto lo relativizaría mucho más, porque me doy cuenta que hay una gran concurrencia de resultados para un análisis del sistema de la justicia criminal, pero también para otros aspectos que se refieren a la construcción de una visión nueva del Estado y de la sociedad, una concurrencia entre el discurso de Freud y el discurso de Marx.

Cuando vamos absolutamente más allá de cualquier dogmatismo, tanto respecto a Freud como a Marx, se ve que ambos han dado una lección magistral de metodología de un análisis radical de nuestra sociedad, de los componentes represivos en ella, que están en el interior o en el exterior del alma, del sujeto, porque ambos han trabajado con una visión siempre histórica-cultural, mayormente antropológica.

Entonces, yo corregiría este aspecto crítico que prevalece en el capítulo, y que en una pequeña nota estaba ya indicando como corrección de esta visión antropológica general, en la línea de aquel discurso Freud-Marx, que comienza con Erich Fromm y llega hasta hoy en día: los trabajos que Ud. bien conocerá de Goux, de Lacan y de otros. Estos son los cambios que podría hacer si lo reescribiera.

–Al desarrollar las teorías funcionalistas y de las subculturas, centra su crítica en el modelo explicativo que presentan, al no plantearse el problema de las relaciones sociales y económicas, la distribución, la estructura de producción. ¿No se circunscribiría únicamente al punto de vista económico o economicista, y específicamente?, ¿no sería una crítica dirigida al

modelo de sociedad capitalista? ¿Se ha alterado de alguna manera el horizonte de proyección o las perspectivas políticas en que se basa este modelo teórico, a raíz de los cambios producidos en el mundo moderno, y concretamente, con la caída del socialismo real?

A.B.: –Primero empezaré con una precisión: puede ser que la percepción de lo que yo he escrito en este libro pueda ser distinta de lo que alguno de Uds. ha entendido; pero nunca he tenido la intención de poner en tela de juicio que la teoría funcionalista, especialmente el modelo clásico de esta teoría, el de Merton, no pone en consideración, para explicar la desviación, el contexto económico. Simplemente estaba cuestionando la manera por la que el modelo económico juega un papel en la explicación de la criminalidad en el funcionalismo, ya que me parece dudosa.

Es indudable que Merton ha tratado de vincular el tipo de desviación que conocemos como criminalidad a la distribución de los recursos en la sociedad, por lo que su teoría ha quedado como una teoría imperfecta. Efectivamente, al continuar leyendo a Merton, me he dado cuenta que la manera con la que él analiza la sociedad norteamericana de su tiempo es muy penetrante. Ahora yo tengo un respeto mayor que cuando escribí el capítulo de Merton, por haber efectivamente localizado en todos sus componentes, también psicológicos el *american dream*, haber desmistificado esta aparente oportunidad universal de subir en la escalera de la sociedad, y haber dado una interpretación política de la función de este *american dream*.

No obstante, sería aún más riguroso en la crítica, porque me estoy dando cuenta que el modelo de explicación económica basado en la distribución de los recursos, como está utilizado en Merton, continúa creando también, en sectores progresistas de la política, una visión no correcta del problema de la criminalidad. La teoría de la relación casi automática, y ahí empezamos a radicalizar un poco la posición de Merton, entre pobreza y criminalidad, hoy muy actual. Esta

consideración de la criminalidad como una postura, una manera de comportamiento a la cual se encuentran expuestos sobre todo los que son desfavorecidos en la distribución de los recursos. No voy a repetir la teoría de Merton que todos ya conocen, pero, efectivamente, ella puede crear y continúa creando esta relación pobreza-criminalidad, tomando la criminalidad como la actitud normal que se puede esperar de los pobres, alimentando una visión muy parcial de la –yo siempre la pongo entre comillas– criminalidad, o sea de las infracciones, de las violaciones de derecho, de la violencia en nuestra sociedad, localizándola siempre más en la zona pobre.

En realidad se ha podido medir, en el caso italiano de la corrupción, ¿no?, de los procesos judiciales, cuántas personas están fuera de esta exposición, de esta necesidad de acudir a los medios ilegales para realizar las expectativas, o las finalidades impuestas en una sociedad. Hemos visto que las personas que tienen más poder económico tienen acceso a los recursos, a los medios legales de realizar sus finalidades de bienestar económico, de consumismo, son las que han producido gravísimos daños a la sociedad, que han sido responsables de delitos de corrupción, vinculados a la corrupción, de un tamaño enorme. Ahora, el fenómeno italiano es típico, pero queda como fenómeno marginal en el mundo y ya se ve que no tiene un futuro muy grande. Esta fue una apertura, una válvula de seguridad de donde sale como un calor que podría hacer explotar la máquina, y se puede considerar como una situación bastante particular.

¿Ha afectado o no ha afectado esta percepción de los crímenes de cuello blanco el estereotipo típico de criminalidad? ¿Cuánto ha resistido a la opinión pública italiana, y la opinión pública mundial, este fenómeno de manos limpias, el estereotipo tradicional de criminal que es vinculado a las características de las capas sociales bajas o marginales? Es un interrogante que tenemos que considerar, es un cuestionamiento importante.

Desde un punto de vista empírico, yo pienso que en Italia esto –la percepción de los criminales– efectivamente ha

cambiado, por el momento, en la opinión pública. Fuera de Italia ¿qué efecto ha tenido? Yo pienso que un efecto bastante secundario y, en la misma Italia, bastante provisorio. Es decir, qué pasa, porque es aquí donde yo trato de ir para acudir a las otras preguntas: manos limpias ha representado –para hacer un paralelo, una metáfora– algo de signo contrario, como la rebelión de los espartacos en la antigüedad. ¿Cómo ha reaccionado el sistema de las élites del poder? ¿Cómo está reaccionando? No se ha generalizado fuera de Italia un tipo de persecución tan sistemática de estos delitos de cuello blanco. Yo pienso que se ha creado más una complicidad internacional, una atención de las personas, de los ambientes potencialmente objeto de la justicia de investigación, para impedirla, ya que se han visto en juego en su posición personal, no solamente en su posición de participación en el poder y el acceso privilegiado de los recursos. En Italia, se asiste a una subterránea, pero muy bien determinada acción de las élites del poder económico y político, en un plan de restauración para retomar el control sobre esta válvula de seguridad que se ha abierto repentinamente, casi por un proceso que es muy particular en la dinámica política italiana desde cuando empezó este fenómeno de manos limpias.

Asistimos a tentativas que han fallado en su inmediata finalidad de repristinar el orden normal de las cosas. ¿Cuál es el orden normal de las cosas? Es que a la cárcel van los pobres y no los ricos. La cosa insoportable de manos limpias fue que en un momento hubo una cantidad de personas habituadas a tener una casa muy lujosa, empleados y una corte de ayudantes a su servicio, y se encontraron adentro de una cárcel. Asistimos al hecho de que imprevistamente una parte de la prensa, una parte de la opinión pública, que había considerado el drama carcelario como algo normal en la vida de los pobres, se entera que ahí la gente se suicida. Se han suicidado algunos investigados, algunos de estas capas superiores, que están ya en la cárcel, y se ha producido la sensación de una casi revolución de la normalidad, mientras que nunca anteriormente la gente se había preocupado de

los anónimos suicidas de las cárceles, ¿no? Entonces, se ha asistido a la tentativa mal hecha del gobierno de Berlusconi, de discriminar tipos distintos de delitos por los cuales es posible o no la encarcelación preventiva, evitando ésta para delitos como por ejemplo la corrupción, lo que, en el momento en el cual se ha intentado, falló por una respuesta de la opinión pública. Ahora se asiste a tentativas mucho más sutiles de restaurar la normalidad, la normalidad que también es ésta, ¿no?, que el sistema de la justicia criminal es un sistema cuyos clientes son los pobres y no los ricos, a través de un control sobre los magistrados de los grupos de investigación, donde se han concentrado estas acciones judiciales, etc., etc., asistiendo a una tentativa bien clara, desenmascarada de parar esta pequeña revolución que se había producido en el estereotipo del criminal.

Es decir que es fuerte la mistificación implícita en aquellas teorías que, tratando de dar una explicación de la actitud a la infracción de leyes penales, insisten sobre la mayor oportunidad o la mayor disposición que tienen las capas más bajas en una sociedad a realizar delitos. Entonces, el problema no es que falta utilizar la llave economicista para una explicación que sea al mismo tiempo una explicación de la desviación y de la manera selectiva por la que se realiza la respuesta social a la desviación, sino que el problema es el del uso correcto o no correcto de esta llave.

Yo siempre he tratado, por lo menos era mi intención en este libro y en mis reflexiones posteriores a él, de superar una visión puramente economicista del materialismo histórico. Por ejemplo, yo nunca he utilizado un término que aquí sí ha sido usado como para dar un rótulo a mi manera de buscar una referencia con Marx: el concepto de materialismo dialéctico. Es completamente ajeno a mi visión del marxismo. El materialismo dialéctico es una visión economicista de un proceso necesario en la historia del mundo, que al final produce una escatología a través de una sociedad mejor, que no se puede parar, con la lógica hegeliana. Esta visión escolástica del marxismo, que yo llamo vulgar, siempre la he re-

chazado. La manera con la cual yo me coloco dentro del discurso de Marx, está mediatizada por autores como Walter Benjamin y como Ernst Bloch; autores que han rescatado el núcleo emancipatorio del marxismo, sin aceptar la visión de un desarrollo necesario de la historia, que es típico del materialismo dialéctico, del marxismo de escuela, poniendo la acción emancipadora dentro de un horizonte de posibilidades y no dentro de una necesidad lógica o dialéctica.

Entonces, cuando yo hablo de una posibilidad de realizar una cierta concurrencia en el modelo explicativo del interaccionismo por un lado, y del materialismo histórico o de una visión materialista de la sociedad, por el otro, no estoy simplemente tratando de hacer una corrección a través del componente económico o economicista dentro del tejido del interaccionismo simbólico de esta visión de los procesos sociales más basada en los procesos subjetivos de definición y de comunicación, sino que estoy haciendo lo contrario. Estoy tratando de efectuar una corrección dentro del tejido de una teoría; teoría marxista que efectivamente nunca ha producido una explicación consistente de la desviación y de la reacción a la desviación. Porque todas las teorías de corte marxista, todas las tentativas de hacer derivar de la colocación de los actores dentro del proceso de producción y de distribución, una explicación válida para su actuación legal o no legal, o una teoría válida para el proceso de criminalización han sido, para mi manera de ver, bastante limitadas.

Utilizando una teoría de las relaciones económicas productivas como la teoría de Marx, no se llega a comprender el proceso de criminalización. Quizás es más fácil llegar a algunos resultados en el análisis de la violencia, violencia en el sentido de infracciones vinculadas realmente a la represión de necesidades de otras personas, de violaciones de derechos humanos, en el análisis de la criminalidad. Y aún en este caso yo siempre he considerado algunos límites del empleo unilateral del marxismo, como por ejemplo, el hecho de que si con el análisis a través de la teoría marxista llamémosla de las desviaciones de las capas dominantes en una

sociedad se puede llegar a resultados consistentes, no es lo mismo lo que se puede decir del análisis de las desviaciones de las clases marginadas. Siempre existió esta posición bien limitada, del mismo Marx, con respecto al lumpen proletariado, casi una contradicción interna en la misma teoría de la presencia, en la sociedad capitalista, de un ejército de reserva de la fuerza trabajo, que se compatibiliza con una visión negativa y casi moralista, y entonces represiva, de las desviaciones del lumpen proletariado. Esta posición se ha reproducido, provocando después una actitud bastante impura de la izquierda histórica, dentro del capitalismo, con respecto a la cuestión de la criminalidad, perpetuando este estereotipo de las clases marginadas, que producen un sector del proletariado destinado a la delincuencia, al cual se puede acudir sobre todo a través de la represión penal.

Entonces, la historia política del movimiento obrero está marcada por una inconsistencia con respecto al problema de la criminalidad en su globalidad. Una visión represiva que, si por un lado ha tenido su legitimidad en la reacción también política o la emanada de la justicia, con respecto a las graves violaciones de derechos por parte de la clase dominante, también ha provocado una falta de alternativas, de praxis, con respecto a la criminalidad de las capas marginadas en la sociedad. Entonces el problema no es realizar una teoría económica, economicista, de la criminalidad y de la criminalización, sino integrar dentro de este marco de referencia, que es indispensable, a las ciencias sociales. Al producirse esto, en determinada fase del desarrollo de la sociedad, dentro de una formación histórico-social, dentro del marco del capitalismo –lo que es una historia larga–, le permite dar un cierto confín al alcance de una teoría, ir más allá de lo que la pura llave económica puede producir. Porque el interaccionismo simbólico ha aportado elementos, con respecto a la desviación, en relación a los procesos de definición. Pero cierto es que los mecanismos de definición, la atención a los fenómenos que se producen dentro de la opinión pública, han estado siempre fuera del alcance de la teoría materialista tomada en sí misma.

Mi trabajo, mi intención, ha sido, por un lado, introducir –por supuesto con un uso correcto y no distorsionado– la clave económica y, por el otro lado, ver que con esta clave podemos tener en la mano un instrumento insuficiente, dado que, sin entrar en los mecanismos de psicología social no se comprende por qué el proceso de criminalización puede ser interpretado como una reproducción de las relaciones sociales, como un proceso que no solamente refleja las desigualdades de nuestra sociedad, sino que concurre a reproducirlas. Para comprender esto, que sería una tesis muy bien armonizada con la intención característica del discurso materialista, del discurso marxista, paradójicamente tenemos que manejar instrumentos que se han producido fuera de ese discurso.

¿Más por qué no puede ser así? Ni Marx es la Biblia, ni es el horizonte exhaustivo del pensamiento moderno. Es un autor de extrema importancia, y por supuesto, al igual que otros autores, puede pretender dar una respuesta exhaustiva.

¿Cuál es ahora la situación nueva con respecto a la situación en general de cuando yo escribí el libro? ¿Qué ha pasado mientras tanto? Yo pienso que, efectivamente, lo principal que ha pasado en el plano político es la caída del socialismo real. Ahora, el alcance de una teoría como la de la Criminología Crítica, que pretende compaginar el pensamiento materialista con el componente interaccionista, no está simplemente limitada al análisis de la sociedad capitalista. La misma teoría, con estos componentes, se adapta para hacer un análisis productivo del proceso de criminalización, de la función de las instituciones de la justicia criminal, en el socialismo real. Lo que pasa es que no se ha producido esto, es decir, esta teoría radical, que llevaba elementos marxistas, con estas correcciones del economicismo a través del componente subjetivista, ha producido una serie de resultados importantes en el análisis de la sociedad capitalista, pero no en relación a la sociedad socialista. En la sociedad socialista, las autoridades siempre han tenido capacidad de censura y control sobre los discursos, y lograron

impedir o por lo menos obstaculizar, de una manera muy eficaz, el desarrollo de una teoría como la teoría marxista-interaccionista, como la Criminología Crítica. Mientras que existió el socialismo real, no se ha producido nada de esto. El nivel máximo de la criminología en el socialismo real ha sido el de la criminología positivista, y cuando se llegaba al funcionalismo, ya eran situaciones excepcionales. Ha habido algunas excepciones, algunas aperturas en Berlín, en Hungría, pero realmente cuando hemos intentado, por ejemplo, hacer traducir uno de nuestros libros en Hungría, que era el país más abierto del socialismo real, el aparato burocrático logró frenar esta tentativa. Con esto quiero decir que, efectivamente, el alcance de la teoría no se puede medir como una reacción unilateral respecto del capitalismo, pues su alcance potencialmente es mucho más amplio, solo que ha faltado el tipo de investigación, el tipo de discursos, que permite hacer prosperar esta manera de ver los problemas de la criminalidad y de la criminalización, al igual que las condiciones políticas, el medio ambiente cultural mismo, dentro del socialismo real.

Entonces, el punto que yo pienso que tenemos que controlar bien es, cuáles son y cómo se puede independizar de una visión puramente economicista los códigos conceptuales delito y pena, y todos los estereotipos que éstos conllevan, no sólo en el discurso oficial, sino en la opinión pública, de manera tal, que esto permita ser interpretado como una contribución a la reproducción de la realidad de la desigualdad, a la reproducción de estas posiciones asimétricas de los grupos sociales, dentro del de las relaciones sociales de producción y de distribución.

La tesis es que, con el puro economicismo, no podemos entender esto; pero si entendemos, a través de otras claves, cómo averiguarlo, entonces tendremos una visión más acertada de la economía política de nuestra sociedad.

No es entonces, que una economía política produzca una teoría de la criminalidad y de la criminalización; yo pretendo afirmar la postura de que una teoría acertada del proce-

so de criminalización y también de la desviación dentro de nuestra sociedad, puede dar un aporte a una visión global. No un aporte único, pero sí un aporte, entre otros, a una visión más completa de nuestra estructura económica.

Yo pienso que sobre esto tendremos ocasiones de retomar el discurso más adelante, especialmente cuando entremos a ese punto difícil de comprender y que es algo que tengo que hacer un esfuerzo para aceptar: que lo que se llama criminalidad o lo que se llama desviación, depende de los procesos de definiciones. Es que, por otro lado, tiene que haber un referente material con el cual tenemos que medirnos, porque hay problemas reales, pero la criminalidad como tal es el resultado de un proceso de definiciones. ¿Cómo se explica esta aparente contradicción? Este es un tema fundamental del libro, pero solamente si logramos superar esta dificultad, yo pienso que una serie de problemas como los que hemos tratado, sobre los que hemos reflexionado hasta ahora, con respecto a la relación entre estructura económica y material de la sociedad y proceso de criminalización, se pueden comprender y solucionar.

–En su obra sostiene, en relación a los procesos de definición, que la reacción a la conducta desviada es parcialmente constitutiva de ella. ¿Por qué no plantea que esa reacción a la conducta desviada es totalmente constitutiva de ella? Al plantear la parcialidad, de alguna manera, implícitamente, da a entender que parte de esa conducta desviada es natural del sujeto. En síntesis, ¿por qué es parcialmente constitutiva y no totalmente constitutiva?

A.B.: –Ud. pregunta si la afirmación de que la desviación es el resultado de una definición como tal, se refiere a toda la realidad de la desviación o solamente a una parte. Por ejemplo, si es constitutiva la reacción social por la desviación secundaria solamente, y no por la reacción primaria.

Hay reacción primaria cuando una persona ha sido definida como infractora y ha entrado dentro del sistema puni-

tivo. Después de esto, su carrera de infractora, su carrera desviada, queda según una de las dos vertientes de la teoría del *labelling*, estigmatizada, de una manera tal, que su identidad social y personal está condicionada por la reacción a la desviación primaria. Esta vertiente del *labelling* approach, que se refiere a la constitución de las carreras criminales, es la de Lemert, de Schur y de otros, pero también con el mismo Becker, queda abierto el problema de la desviación primaria, la cual parece ser un hecho que se toma por sí mismo constituido independientemente de su criminalización.

Bien, yo pienso haber indicado de manera clara mi opinión de no haber elegido esta vertiente del *labelling*, que se refiere específicamente a la desviación secundaria como una suerte de efecto de la reacción a la desviación primaria; en primer lugar, porque queda abierto el problema de qué es esa desviación primaria, como si ésta fuera algo ontológico. En segundo lugar, porque se repite el esquema etiológico: en lugar de buscar otras causas que expliquen el efecto criminalidad, se busca la estigmatización penal como la causa principal de la reincidencia. Es una teoría que sirve bien para comprender el fenómeno de la reincidencia, pero ésta no es la vertiente del *labelling* a la que yo he adherido.

Yo adherí a la vertiente más radical, que es la típica vertiente del *labelling* recepcionada en Alemania. La recepción alemana del *labelling* con Fritz Sack, con mis trabajos o trabajos de otros, es más radical.

Esta segunda vertiente no se refiere propiamente al fenómeno de la constitución de las carreras criminales ni al carácter constitutivo de la criminalización y de la reacción para la realidad social, sino que, en una versión más radical –que yo considero epistemológicamente más acertada–, se refiere al comportamiento de la acción. La acción es el comportamiento como secuencia física de acontecimientos que tienen su centro en una persona, pero también la acción es un comportamiento cuando se le asigna un sentido social. Y este sentido social de desviación de una acción, y mejor aún, el sentido social de "desviado" para una persona, se produ-

ce solamente a través del proceso de definición dentro de la sociedad, en el sentido común, y dentro del sistema de la justicia criminal. Es decir que no se trata de individualizar una causa de la desviación secundaria, sino cómo se produce el sentido social de la desviación como tal. También de la desviación primaria, porque si no, ésta queda como un hecho ontológico que se presupone.

En la versión radical, el mecanismo de definición se refiere a cada desviación, primaria y secundaria. Entonces, queda un problema que no es un problema menor –que probablemente lo vamos a responder en ocasión de otras preguntas, que, seguramente, se producirán en el capítulo del *labelling*–: ¿Cómo se escapa del subjetivismo, cómo se escapa de esta visión idealista, por la cual la realidad social parece una construcción subjetiva? ¿Hay algo de objetivo por detrás del mecanismo subjetivo de definición? Porque si no escapamos de estos subjetivismos y aceptamos una versión idealista de la teoría de la construcción de la realidad, tenemos una entrada muy útil para comprender la producción del sentido social del comportamiento, el mecanismo de las definiciones dentro de una sociedad, pero no tendremos la posibilidad de hacer una construcción alternativa a la construcción efectuada en el sentido común y en el sistema de la justicia criminal, que tiene como objeto a la llamada criminalidad, para definir independientemente situaciones que yo llamo socialmente negativas, lo que Louk Hulsman llama situaciones problemáticas. Yo he tratado de definir estas situaciones, con referencia a las necesidades reales y a los derechos humanos.

Hay, efectivamente, agresiones, conflictos, violencia, violaciones del derecho. Esto no podemos considerarlo como algo puramente subjetivo, como si no existiera esta realidad detrás de estos mecanismos incompletos, selectivos, inadecuados de las definiciones sociales de criminalidad. Tomar en serio la criminalidad es el principio de los ingleses en la nueva vertiente realista, de los que fueron los pioneros de la Criminología radical. Yo siempre les contesto que la Criminología Crítica en su vertiente radical afirma que se tiene que to-

mar en serio la violencia en la sociedad, las violaciones de derecho, o sea, tomar en serio los problemas sociales, y entonces, redefinirlos de una manera más correcta, que escapa al condicionamiento ideológico que se produce por los procesos de definiciones informales del sentido común y más aún, por los procesos de definición formal dentro de la justicia criminal, que están fuertemente condicionados por la estructura desigual de las relaciones de poder y de propiedad.

En mi trabajo posterior, yo no hablo simplemente de una desigual distribución del bien negativo criminalidad, sino también de una desigual distribución dél bien positivo satisfacción de las necesidades: la necesidad de seguridad, de vida, de potencialidad, de existencia, de propiedad, de relaciones con los otros, de individualidad. Todo esto tiene que ser efectivamente protegido. La protección, y no solamente la criminalización, son fenómenos que resultan fuertemente condicionados por las relaciones desiguales en la sociedad.

Estoy tratando de tomar en serio lo que llamo el referente material de las definiciones criminales. Referente material es un concepto casi formal para decir que es posible que tengamos una metodología acertada para definir lo que es socialmente negativo para las necesidades reales de personas y grupos. Entonces podremos hacer una evaluación de la clase de protección que resulta del sistema de la justicia criminal, o del tipo de reacción que en la opinión pública se produce con respecto a ciertos comportamientos definidos como desviados, para ver si esta reacción social corresponde a un referente material y tendremos resultados distintos. Puede ser que haya una cierta coincidencia; por ejemplo, nadie acepta que una persona se apropie de los bienes de otra. Es que ya hay una definición del sentido común y del sistema criminal, que más o menos corresponde a un referente material, que podemos definir con respecto a las necesidades de las personas. Pero puede ser que haya una discrepancia –por exceso o por defecto– y que haya una legislación penal o un sentido común que criminalice cosas que no son dañinas realmente, o que escapen del proceso de definición

una serie de acciones –o mejor de situaciones– que, en lugar de concentrar ahí el impacto del sentido común y del sistema de la justicia criminal, son las que, verdaderamente, tendríamos que controlar. Nunca hemos considerado el *labelling* como una coartada con respecto a problemas reales de seguridad de las personas. En la lucha contra la –llamémosla así, entre comillas– "criminalidad", sólo hemos denunciado la criminalidad de los poderosos, la criminalidad de cuello blanco, la criminalidad organizada, la corrupción, las desviaciones de los órganos estatales, el terrorismo de Estado, el terrorismo internacional. Pero todo esto, por lo cual sufren la mayoría de los portadores de necesidades reales, es lo que queda al margen del impacto cotidiano del sistema de la justicia criminal, al margen de las definiciones de criminalidad del sentido común.

El problema es no caer en una identificación de lo que es socialmente negativo con lo que es definido socialmente como criminal, porque esta definición del sentido común y de la justicia es altamente selectiva. Claro que queda un problema, por que yo considero no tener todavía, no obstante tantos esfuerzos, un aparato conceptual suficiente para manejarlo. Se trata de cómo definir, con qué autoridad, de una manera independiente de las definiciones del sentido común de la justicia criminal, lo que es violencia, lo que es infracción de derechos humanos (que no son solamente los derechos ya reconocidos en la legislación y en las constituciones).

En trabajos sucesivos, indico que esta definición no puede ser ajena al mecanismo de autodefinición de los portadores de necesidad. Entonces, aquí se abre un problema más amplio. Ciertamente la pregunta ha apuntado bien, pues es fundamental para todo nuestro trabajo de estos días. Se contesta diciendo: sí, se acepta como una contribución importantísima la teoría subjetiva de las definiciones y de la producción social de la realidad dentro de la comunicación social, o sea, lo que falta al instrumental del materialismo histórico. Pero nunca vamos a aceptar un idealismo al que renunciamos de antemano, por no poder ir más allá de las definiciones exis-

tentes en una realidad social, renunciando al reto, al desafío, a la tarea de llevar a cabo definiciones antagónicas, definiciones de lucha de los que son los más criminalizados y los menos protegidos dentro de nuestra sociedad. Y de ahí surge una cultura alternativa con respecto a la cultura dominante, que tiende a restablecer el equilibrio de situaciones negativas y sobre el cual se puede plantear una política criminal alternativa, reformulando, reconstruyendo los instrumentos del sistema de la justicia criminal, o una política alternativa a la política criminal. No sé si me he explicado bien. Una pregunta muy clara, muy importante, la que Ud. formuló.

–En relación a los dos capítulos que tratan la sociología del conflicto y las teorías conflictuales de la criminalidad, Ud. permanentemente critica a los teóricos de estas corrientes los conceptos que utilizan de conflicto y de poder, inclusive sostiene que simplifican el concepto de poder, al circunscribirlo exclusivamente al ámbito político. Sin embargo, Ud. critica estas posiciones, pero no propone otros conceptos alternativos. ¿Qué es lo que entiende por conflicto y qué es lo que entiende por poder?

A.B.: –Efectivamente, mantengo el diagnóstico de la teoría llamada conflictual, que hice en aquellos capítulos, que son los más tormentosos del libro. ¿Por qué? Porque mientras escribía esos capítulos, estaba percibiendo que manejaba teorías que eran las más próximas a la clave de lectura de los conflictos y de la justicia criminal que he estado tratando de encontrar. Por eso, cuanto más próximo estaba a la solución que buscaba, más frustrante, más polémica era mi actitud con respecto a estas teorías que habían logrado insertar, finalmente, el desarrollo de la justicia criminal, el análisis de la política criminal, del derecho penal. No solamente como lo habían hecho los interaccionistas dentro de los procesos de comunicación, de definición, sino dentro de los conflictos en la sociedad. Pero en el límite de estas teorías que Uds. conocen, no solamente a través de mi libro, existía una visión parcial del conflicto.

En el momento en el que yo escribía este libro, se percibía el auge de sujetos completamente nuevos del conflicto, especialmente, las clases marginadas; también la participación del movimiento feminista en Europa, las etnias aquí en América del Sur y del Norte, etc. Es decir que se percibía el desarrollo de conflictos no mediatizados por el sistema político existente. Los canales de mediación, de todo el abanico de los partidos oficiales, el mismo movimiento sindical, no lograban captar lo que, en la gramática de Coser, llamamos los conflictos no institucionalizados, que en la gramática de Dahrendorf eran los conflictos no mediatizados dentro del sistema de concertación. Entonces, toda esta minoría marginal, que cuantitativamente en América Latina era una mayoría, quedaba completamente fuera del conflicto. Las demandas de estas minorías-mayorías no eran demandas inmediatas de poder; eran demandas de satisfacción de necesidades básicas. Todo esto quedó completamente fuera de la articulación de la política oficial en el mundo occidental y el análisis era dirigido, sobre todo, hacia el Primer Mundo, aunque hay paralelos significativos en el llamado Tercer Mundo.

Entonces, yo he estado tratando de cuestionar esta manera de considerar los conflictos como una clave para leer la cuestión criminal, justamente ahí donde paraba el instrumentario conceptual de estas teorías, las teorías sociológicas de los conflictos, al margen de la sociedad. Porque de ahí surge, para mí, la verdadera dialéctica que permite comprender la criminalización; porque la criminalización siempre, pero especialmente en aquel período –y ahora pienso que las cosas no han cambiado mucho–, ha sido una suerte de marginalización secundaria, institucional, de zonas sociales ya marginadas. Esto no ha cambiado. Por eso para mí la cárcel, el sistema de la justicia criminal, se presentaba como un sistema institucional de reproducción de una marginalidad social.

Mientras que todas estas teorías ponían al conflicto dentro de los confines de la sociedad o de aquella parte de la sociedad garantizada, que en el mundo occidental –en el Primer Mundo– es una mayoría con respecto de una minoría

cuantitativa, en el Tercer Mundo, esa minoría es cuantitativamente mayoritaria. De ahí que yo he pensado –y sigo pensando–, que esa teoría había perdido una *gran chance* de localizar efectivamente la dialéctica del proceso de criminalización, como dialéctica que se inserta en la dialéctica de la marginalización social.

–En su libro constantemente, a lo largo de los capítulos, habla de las clases subalternas en contraposición de los grupos dominantes. Dentro de esta Teoría Crítica del Sistema Penal y del discurso penal, qué pasaría con aquellos conflictos o con aquellos comportamientos intraclases, es decir, dentro de las mismas clases subalternas, siendo sus sujetos individuos de una misma clase. ¿Cómo podríamos buscar una solución con respecto a este problema?

A.B.: –Efectivamente, desarrollé mi discurso después del libro, acogiendo el tema de los conflictos intraclases de una estructural desprotección de barrios pobres y de una desigual distribución de la protección policial en el sistema de la justicia criminal, según el nivel social de los barrios. Todo este discurso, con el cual, en parte, surge el nuevo realismo con un artículo famoso de Tony Platt en 1976, yo no lo había trabajado. Ahora lo he tomado en serio, sin por eso aceptar las consecuencias de un cambio de la criminología crítica hacia el modelo del nuevo realismo criminológico.

3. Teoría social y teoría crítica

–Plantea que habría que buscar los criterios generales de validación de los comportamientos socialmente negativos en base a aquella teoría de las necesidades positivas del hombre de raíz prekantiana, y de la cuestión de las necesidades, ahora incorporando la cuestión de los derechos humanos. Esta cuestión Ud. la considera central, uno de los pilares conceptuales de una teoría crítica del sistema penal, del discurso jurídico-penal. El concepto de negatividad social está implican-

dó una valoración, como bien lo apunta, y dentro del campo de la ética normativa, este problema aparece de solución imposible, es decir, se puede hacer una valoración sobre qué es socialmente negativo, pero hay que hacerse cargo de que esto implica una carga de subjetividad con todos sus elementos de ideología, de clase, de cultura. ¿Cuáles han sido sus esfuerzos para establecer criterios válidos para definir el concepto o para establecer qué comportamientos pueden considerarse socialmente negativos?

A.B.: –Ya hemos indicado bastantes elementos para contestar esa pregunta. Me he alejado bastante en el desarrollo, también posterior al libro, de la pretensión de dar una fundamentación de tipo universalista de los valores. Este es un punto delicado, pero al mismo tiempo me encuentro lejos de un relativismo absoluto.

Yo pienso en la asunción del punto de vista de las clases subalternas, de los desprotegidos, de las minorías desprotegidas que son las mayorías dentro del Tercer Mundo, y quizás una cantidad distinta en el Primer Mundo. Este es un método que permite avanzar en esta cuestión, pero no es un método que asegura una verdad absoluta. Ahora, yo he estado intentando por vías completamente distintas de éstas, que se refieren al problema criminológico y de la justicia penal, de recuperar una perspectiva ética para salir del relativismo pos-moderno, sin perder por ello la enseñanza del posmodernismo, que nos aleja del fundamentalismo, que también ha sido típico del pensamiento marxista. No se puede rescatar la lección de Marx, de Freud, que estábamos analizando, sin caer dentro de un fundamentalismo, de una pretensión de verdades absolutas, que ha dado al movimiento, digamos revolucionario internacional, una salida espantosa, catastrófica, la del socialismo real, cuando el principio de verdad se transforma en un principio oficial de un partido o de un Estado. Yo siempre he estado muy lejos de ello.

Entonces, mi punto de vista sería tratar de recuperar dentro de un discurso, sin pretensión fundamentalista, las

demandas reales de los sujetos de la política. En la articulación de las mismas demandas se interpone todo un sistema, siempre más capilar, de manipulación, que aleja el sujeto de la capacidad de interpretar sus propias demandas.

Es un momento de debilidad de la proyección de una política emancipatoria, debido a una fuerte discrepancia entre lo que yo llamo la comunicación política de base, por un lado, y la opinión pública por el otro. La política, el Derecho Penal en particular, se dirigen a satisfacer las –entre comillas– demandas articuladas a nivel de opinión pública. Esto no tiene nada que ver con la democracia sino con la tecnocracia, porque la opinión, la llamada opinión pública, no es un criterio con el cual podemos captar o construir una línea alternativa en la política en general, y en la política del control social de las situaciones problemáticas, en particular. La opinión pública es el reflejo, no es que sea la suma de las opiniones individuales o el promedio de las opiniones individuales; no tiene nada de pública en el sentido de una operación, de un sujeto, dentro de una tarea política. Esta opinión pública es lo más alejado de la política, como tarea de los portadores de necesidades, como tarea de los ciudadanos, que se puede imaginar.

Otra cosa es la comunicación política de base donde, efectivamente, en todos los espacios públicos que lo permiten, desde los espacios institucionales hacia los espacios de la comunidad, de las comunidades locales, de los partidos, de las asociaciones, del movimiento social con los portadores de necesidades, es decir, los ciudadanos –en este concepto amplio de ciudadanía que yo trato de manejar–, se trata de permitir, de emancipar una comunicación entre portadores de necesidades, según este principio de Habermas, libre del poder. Una articulación libre del poder, una comunicación libre del poder, emancipada del efecto perverso que produce una opinión pública manipulada. En lugar de esto, una comunicación política de bases entre portadores de necesidades, entre ciudadanos. Es el único criterio que permite escapar por un lado, al relativismo de los valores, por el otro,

al subjetivismo de una política donde el intelectual o el político se toma el poder, el atributo, de interpretar las necesidades de los otros.

El problema es éste: ¿Cómo se llega ahí, a construir este discurso emancipatorio que permite definir situaciones negativas, en una gramática distinta de la gramática del sentido común y del sistema, dominada por el código delito-pena? ¿Cómo se puede construir esto respetando como criterio orientador las necesidades reales? Si no aceptamos una función guía de un partido o de los intelectuales como intérpretes esclarecidos de las necesidades de la gente, la única vía es tratar de liberar la articulación de estas necesidades.

Entonces, el proyecto pasa por una inserción de la búsqueda de criterios para la evaluación de lo que es socialmente negativo, dentro de los espacios públicos donde se realiza la comunicación política de base. Efectivamente, no es que la gente está toda, continuamente y solamente, manipulada por la prensa o por una estrategia de comunicación que los abarca a todos. Hay una gran cantidad de espacios que le permite a la gente orientarse. Yo tengo experiencia, tanto en América Latina y en Europa, de una capacidad de captar cuáles son efectivamente las amenazas cotidianas que la gente percibe con lucidez. De ahí que se trata de insertar un diagnóstico de las situaciones socialmente negativas y una serie de propuestas de intervención dentro, pero sobre todo fuera, de la justicia criminal, para dar cabida a esta necesidad de protección que tenemos. Por supuesto, ahí el confín entre política de control de situaciones problemáticas y política en general no es un confín rígido. Nosotros estamos manejando una serie de temas que son muy amplios y que se insertan en un tema general. Pero una cosa es la política en general, como el conjunto de toda una serie de acciones específicas, y otra cosa son estas acciones específicas como las que se pueden desarrollar partiendo desde del interior del pensamiento penal para ir fuera y agregar otros actores en la construcción de respuestas a los problemas, pero no solamente respuestas, sino construcción de los problemas.

Entonces es claro que no hay un criterio absoluto de verdad aquí; hay un principio del consenso. Yo retomo en un trabajo, casi como una gran metáfora, la concepción de la alianza, tratando de rescatar todas las ciudadanías que están marginadas en nuestros estados. Esto es una cuestión muy parecida en el tercer y en el primer mundo, esta exclusión de ciudadanías dentro del sistema oficial del estado: los niños, las mujeres, las etnias distintas de la etnia dominante de un país. Los marginados socialmente en un país son todas ciudadanías potenciales que no tienen palabra, o no tienen bastante palabra dentro del manejo de las instituciones representativas. Entonces, el proyecto es de disfrutar todas las ópticas de estas potenciales ciudadanías, de estos grupos dominados, marginados socialmente, para un diagnóstico de lo que son los problemas y los conflictos.

Esto significa, por un lado, mantener la óptica fundamental sobre la estructura clásica del conflicto social, del conflicto de clase pero, también, ver todo el potencial emancipador de agregaciones transversales a los mismos grupos sociales que se refieren a lo que yo llamo ciudadanías. Es un proyecto de articulación a nivel político de necesidades reales que no tienen una representación; y esto es un criterio orientativo –no digamos de certeza absoluta– para una definición de los problemas, que es el presupuesto para una política alternativa a la política de la justicia criminal. Esto es una tentativa de respuesta a la inquietud.

Cuando yo estaba dirigido más hacia la estructura fundamental del conflicto de clase, creía que a nivel de sociedad planetaria se reproducía, pero no está acabado en la constante fundamental de todos los conflictos. Efectivamente, tenía un poco la ilusión, kantiana y marxista, de una cierta capacidad de universalización que le compete a los sujetos históricos dentro del conflicto, en el sentido que existe siempre la posibilidad, o existiría siempre la posibilidad –porque ahora tengo algunas dudas sobre esto; pero digamos que en aquel tiempo yo pensaba en términos de Kant y de Marx–, que haya sujetos históricos dentro del conflicto, en cuyas de-

mandas nosotros, los intelectuales, nos podemos insertar para articularla y fomentar su realización. Se realiza no solamente un proyecto de emancipación de un grupo social, sino un proyecto de emancipación global. Es decir, que lleva adelante un tipo, una manera de satisfacción de las necesidades reales, que Marx y Engels llaman la manera humana, una manera en la cual, a diferencia de lo que yo llamo la manera inhumana, la satisfacción de los unos no se cumplen, no se realizan a costa de las necesidades de los otros.

No obstante todo esto, también considerando como una posibilidad –en el horizonte de la posibilidad y no de la necesidad lógica– esta posible universalización de las demandas de las clases subalternas, siempre queda una capacidad operativa de definiciones antagónicas, como yo las llamaba, alternativas de los problemas, y que tienen como su eje de manera declarada los intereses de grupos desprotegidos, que a veces son las grandes mayorías. No se trata aquí de plantear de antemano la universalidad, la necesidad lógica universal de los valores que derivan de ahí, sino que yo asumo declaradamente un punto de vista de parte dentro del conflicto. Puedo también cometer errores. Acepto la capacidad de errores tanto de estrategia como de táctica, pero he ahí que me coloco con una opción dentro de una realidad que es conflictual, tratando de salir de esta aparente homogeneidad que a nivel de opinión pública se produce. De ver más allá de esto, de insertarme allá donde nos está percibiendo, en sus flujos manipulables, la llamada opinión pública. Si no se desarrolla la comunicación política de base, no hay otra posibilidad.

Digamos que aquí se pierde el mito, que quizás es un mito que todavía me acompañaba cuando yo escribí este libro, sobre el carácter absoluto de ciertos valores históricamente determinados. Digamos que se puedan rescatar, en una perspectiva universal de emancipación. Pero siempre quedan algunos principios que se pueden tomar como básicos para el concepto de democracia: el hombre como fin en sí mismo, por ejemplo.

Entonces, yo puedo desarrollar una óptica; porque este principio es formal, no es suficiente para definir las situaciones socialmente negativas o para opciones políticas. En la cotidianeidad de la política, no hay posibilidad de una deducción axiomática de las opciones, saliendo de algunos principios generales o de algunas teorías. Las teorías, los principios generales, en la inserción dentro de una parte del conflicto, nos dan rumbos, orientaciones, pero siempre, al final, queda un margen de opción dentro de un horizonte de posibilidades. Se tiene que aceptar la posibilidad del error, y aceptar que ninguno de nosotros puede considerarse como el portador de un proyecto necesario universal de emancipación. Esto es relativismo, esto es búsqueda de opciones prácticas, esto no es el relativismo típico del pensamiento posmoderno. Pero es una respuesta no relativista, distinta de esta respuesta siempre metadiscursiva propia del pensamiento posmoderno al fundamentalismo que yo pienso se ha acabado.

En esta perspectiva de búsqueda de consenso dentro de un proyecto, y de colocarnos donde podamos, a la luz de algunos principios generales, considerar la parte justa del conflicto, se inserta el desarrollo de esta óptica sobre las situaciones socialmente negativas, sobre las necesidades de protección, que permite después desarrollar proyectos de intervenciones de tipo que yo llamo multiagencial. Esta intervención es distinta de la específica del sistema de la justicia criminal, donde se llama a colaborar para definir las situaciones a actores que provienen de comunidades científicas distintas. No solamente quedarnos dentro de la interdisciplinariedad interna al conjunto de las ciencias criminales, sino convocar actores de otras comunidades científicas, que puedan todos concurrir a definir el estado de un problema. Tomemos a la violencia dentro de la familia; ¿qué sentido tiene tratar de desarrollar una óptica adecuada de este problema, quedando dentro el ámbito de los conocimientos criminológicos y penales? Siempre tendremos una visión muy parcial de esta área específica, pero multifacética. Para cada faceta hay conocimientos científicos que provienen de otras comunidades.

Entonces hay que desarrollar un sujeto colectivo como un concurso de aportes de distintas disciplinas –que yo llamo interdisciplinariedad externa– que permita coordinar lo que ya existe de hecho, es decir, una multiagencialidad, una intervención de un sinnúmero de agencias al lado de la agencia del sistema de la justicia criminal que ya opera: del voluntariado, de las municipalidades, proyectos de prevención, proyectos de ayuda a las víctimas. Todo esto funciona normalmente sin una coordinación. Entonces, se necesita una coordinación multiagencial basada sobre un discurso multidisciplinario y, en la base de este discurso, un proyecto emancipatorio que trate de ver, más allá del flujo de las opiniones públicas, las necesidades reales; de insertarse en aquellos espacios públicos donde estas necesidades logran articularse, porque existen. No todos somos puramente portadores de los mensajes de la televisión, y ni siquiera toda la televisión, en su conjunto, lleva un mensaje homogéneo.

Esto es para contestar, retomando otras cosas ya aquí indicadas con previas intervenciones, esta pregunta que es fundamental. No tengo una receta metodológica, no tengo y ya no la busco. Efectivamente, en el momento que escribía el libro estaba todavía en la búsqueda de una fundación universal de los valores y de las opciones prácticas, como podía en aquel momento identificarme, por ejemplo, en parte con la escuela de Frankfurt, con Appel, con Habermas. Ahora ya no busco esto. Yo estoy caminando en una perspectiva que no tiene nada que ver con un relativismo donde todas las posiciones son iguales epistemológicamente, sino con una epistemología que no acepta el principio de la universalidad de los criterios orientativos prácticos, sino el principio del consenso, de la inserción en una búsqueda dentro de un horizonte de posibilidades. Un proyecto emancipador que renuncia al fundamentalismo sin caer en el relativismo.

–En el camino que Ud. plantea de potenciar la fortaleza ciudadana de los marginados, propone que los portadores de las necesidades articulen sus intereses. Sobre este tema en

Buenos Aires, Emilio García Méndez, quien realizó el epílogo de su libro, planteó que, de alguna forma, poner en cuestionamiento las tesis que atribuyen el origen de todo lo malo a la sociedad y al Estado. Y formula la idea de que aparece un nuevo espacio de articulación de las políticas públicas, de las cuales es necesario poner en un punto de relación conflictivo, lo que son las demandas sociales y sus portadores, y las políticas públicas. Esto como una alternativa nueva a las dos tendencias tradicionales, una que pone al movimiento social al servicio del Estado y otra contra él.

A.B.: –Esto se relaciona con la concepción del derecho hacia un papel simbólico. Esto es un tema que he trabajado mucho con Emilio García Méndez que, como Ud. sabe, fue anteriormente un alumno, que se convirtió en un amigo y ahora es un maestro mío en este trabajo sobre derechos de los niños. Estoy de acuerdo con él en evitar esta ghetización del movimiento social, como algo que se contrapone al Estado. Cuando escribía este libro ya lo veía claro, y después, en otras ocasiones, siempre he tratado de contrarrestar esta visión que solamente tiene un respaldo en la realidad en situaciones de verdaderas dictaduras militares, o sea, cuando la sociedad estaría en contra del Estado. Pero normalmente el Estado –que yo considero un concepto vago, que sería bueno no utilizar para el análisis de las situaciones reales– es un aparato con muchas agencias, muchos espacios públicos que se tienen que ocupar. No hay una prerrogativa natural de un poder del Estado sobre la sociedad.

El Estado es una forma de organización de la sociedad, que normalmente está bastante alienada en sus necesidades reales, y que los ciudadanos tienen que reconquistar en sus manos a través de todo un abanico de formas de participación, de ocupación de los espacios públicos; no solamente quedar en un movimiento social que se pone como sustituto de un Estado que no actúa para cubrir las necesidades. Esta visión del Estado como enemigo de la sociedad, yo no la comparto. Pienso que todo el proyecto del cual estamos ha-

blando se basa propiamente sobre un rescate de la ciudadanía, un concepto de democracia que yo defino como la auto-organización de la respuesta pública de los portadores de necesidades, auto-organización de la respuesta por parte de los portadores.

Es decir, que el máximo protagonismo lo tenga la sociedad civil y no un Estado que representa los intereses de una burocracia elitista como una clase, como se ha producido en el socialismo real, o intereses de otras minorías privilegiadas. Lo que no impide, para concluir con el tema de la función simbólica, desenmascarar siempre el uso puramente simbólico del derecho y de contrarrestarlo con un uso de real incidencia sobre las situaciones. Que el derecho tenga un uso puramente simbólico a favor de una captación de consenso político, como se produce casi siempre a través de la política criminal, o que tenga un uso alternativo, depende de la fuerza de lucha del movimiento social, de la sociedad civil, de los ciudadanos.

Sin esta presión desde abajo, el derecho siempre será un instrumento como ahora, especialmente el derecho penal, de ilusoria solución de problemas, captando demandas superficiales de la opinión pública, por encima de las demandas profundas que atañen a las reales necesidades de la gente. Si no se recupera una forma de articulación de estas necesidades y un discurso político de base, que ocupe paulatinamente el mayor espacio público posible del espacio institucional, tendremos el riesgo de regresar a aquellas posiciones románticas y escépticas de un movimiento social que acepta que el Estado sea lo que es, renuncie a la lucha para la ocupación de los espacios públicos, y se convierta, como lo dice Antonio Carlos Gómez de Acosta en un gracioso artesanado, en lugar de una fuerte lucha política.

4. Criminología Crítica y Derecho

–En el capítulo de la Ideología de la Defensa Social, habla de un retraso de la ciencia jurídica en relación a las teorías

criminológicas contemporáneas, y de la necesidad de plantear un modelo de integración penal, que se integre entre la dogmática del delito y las teorías sociológicas, y deja expresado que se estaba trabajando en relación a esto y que aún no se había logrado, a pesar de los esfuerzos que se hacían sobre todo en Europa. ¿Cómo se encuentra actualmente y cuál es su posición en relación a esto?

A.B.: –En el plan de trabajo del Instituto de Saarbrucken está el componente de la Sociología Jurídico-Penal, porque yo no soy efectivamente profesor de Criminología. He trabajado mucho en revistas criminológicas con el rótulo de Criminología, pero por esta metodología, por estos cambios de paradigma, a los cuales he acudido, puedo considerar que la disciplina que me confiere una competencia académica sobre nuestro campo, es la Sociología Jurídica en su componente específico de Sociología de la Desviación, Sociología Jurídico-Penal. Bien, entonces el plan de trabajo del Instituto y del Grupo de Bologna está efectivamente dominado por esta preocupación de realizar, con un componente criminológico distinto de la Criminología tradicional, distinto de la Criminología etiológica, el modelo de una Ciencia Penal Integrada, donde el aspecto Sociológico se compaginaba con el aspecto dogmático.

Siempre pensando en un cambio radical de la política criminal, una política que por un lado no quedara dentro del marco represivo tradicional, que no fuera solamente política penal, sino que su instrumental fuera más amplio, incluyendo aspectos preventivos por ejemplo, y aspectos no represivos. Ahora, la evolución –porque las posiciones teóricas siempre se producen de una evolución personal, de una historia, ¿no?–, dentro de la comunidad científica con la cual trabajaba, llegó a un punto; un punto de máxima confianza entre la posibilidad de producir este modelo de ciencia penal integrada, en la mitad final de los años 70 hasta el final de los años 80.

Después de la radicalización del enfoque que yo llevaba en esta crítica del modelo de von Liszt, de la ciencia penal in-

tegrada, en esta tentativa de hacer algo que fuera basado sobre una Criminología Crítica, y no sobre la Criminología tradicional, radicalizando este componente, se produjo la situación que llevó también a alguna diferencia de visión de las cosas con los compañeros penalistas que trabajaban dentro de la dogmática penal. Este era un grupo de sociólogos y de juristas, que daban la base a la revista *La Questione Criminale* y a otras investigaciones de tipo histórico y de política criminal, que se llevaban a cabo en Bologna. Yo seguía este grupo, fui un animador de este grupo antes y después de irme a Alemania.

Hablar de este libro es un desafío porque, un poco toda mi historia personal y mi historia intelectual está parcialmente vinculada con la redacción de este libro.

Entonces pasa que, cuando se trata de definir mejor el objeto de un conocimiento crítico sobre el sistema de la justicia criminal, resulta que la dogmática del Derecho Penal se convierte en un componente de este objeto; el sistema de la justicia criminal en su discurso oficial. Se produce una cierta asimetría en la relación entre los dos componentes, la dogmática y la sociología, porque la dogmática en cierta manera se convierte, de una disciplina concurrente, en un aspecto integrante del objeto de la sociología misma. La sociología del derecho penal incluye también el trabajo de los juristas que construyen la dogmática. Esto no puede ser. En esta primera radicalización, la colaboración se puso difícil, hubo un momento en el que las personas que integraban el grupo, fuertemente vinculadas con la amistad y con una perspectiva política, se encontraron en desigualdad entre ellas; fue como si yo hubiera dicho a los amigos penalistas: el trabajo de vosotros es el objeto de nuestro trabajo. Esto fue de manera superficial cómo se vivió este proceso teórico y, ahora, veo mucho mejor lo que en aquel momento de la dinámica, también de grupo, no lograba, y ninguno de nosotros logró, ver de manera correcta.

Yo considero que la dogmática jurídico-penal, antes que nada –esto nunca ha cambiado–, es imprescindible mientras

exista un campo del derecho que se llame Derecho Penal para la administración del Derecho Penal; es una necesidad compleja ante la posibilidad de una implementación de la ley penal, ante la actividad del legislador al juez o al administrador. La mediación a través del discurso dogmático es imprescindible. Pero una auto-reflexión crítica sobre la manera con la cual se ha trabajado hasta ahora en la dogmática, sobre los déficit, sobre las incongruencias, la falta de verdadera capacidad por parte de la dogmática de controlar el funcionamiento del sistema de la justicia criminal y sobre otros aspectos, es también muy importante; lo que no significa que hay algunas personas que están encargadas de un control epistemológico del trabajo de otras personas.

Yo ahora veo mucho más claramente el carácter de autoreflexión que está en la base de esta relación entre Criminología y Dogmática. La Criminología, la Criminología Crítica como discurso de la Sociología del Derecho Penal y también de la Dogmática del Derecho Penal, representa el momento de agregación de esta auto-reflexión de la dogmática, pero no significa que un actor está dominando a otro actor. Yo lo veo más como un sujeto colectivo, como una colaboración que pone a los autores del discurso dogmático y del discurso criminológico sobre el mismo plano. O que sea un mismo actor que, al mismo tiempo, tiene un conocimiento criminológico crítico y un conocimiento dogmático, que utiliza el primero como base de reflexión crítica para no caer en todas las contradicciones que son típicas de la dogmática del derecho penal.

Efectivamente, también este aspecto fue dominante en aquel momento, llamémoslo así, de crisis. Nosotros nos dábamos cuenta que había un fuerte interés de los penalistas críticos, de los representantes de lo que ahora se llama, en América Latina, Derecho Penal Crítico, y que es un rótulo que se puede extender a personas como Bricola, por ejemplo –quien lamentablemente ha muerto–. Entonces, tenían un interés que nunca les permitió entrar efectivamente dentro del real desarrollo de la Criminología Crítica. El edificio dogmático se presentó como menos impermeable de lo que yo pensa-

ba a estos trabajos de reflexión que llegaban del exterior, mas yo esperaba que se hubiera podido convertir en un aspecto cotidiano del trabajo del penalista. Entonces se llega a aquel momento, en una fase sucesiva a la redacción italiana del libro, en el cual yo problematizo esta relación entre dogmática y criminología, diciendo que hay un retraso histórico. En la dogmática de hoy no está a menudo la posibilidad de asumir el desafío de la Criminología Crítica; entonces pensé que la dogmática del mañana podría sí hacerlo. Era un desafío.

Pienso que con los autores que el señor Decano ha nombrado, Zaffaroni, Juan Bustos, entre otros, estamos ya en esa situación, porque son autores que si bien representan una minoría dentro del campo de los penalistas, se ve que sí es posible la presencia de los dos componentes, la reflexión crítica, epistemológica y el trabajo dogmático, en un modelo integrado de ciencia criminal. Ahora yo veo esto con la misma confianza con la cual comencé a verlo en la mitad de los años 70. Veo más capacidad, porque veo más claramente que los dos componentes pueden efectivamente compatibilizarse; mientras que en aquel trabajo sobre dogmática y criminología yo definía, en un resultado del que no me alegraba, la relación como relación de metadiscurso a la Criminología Crítica, y de discurso a la dogmática. La relación discurso-metadiscurso, ahora la veo como una relación orgánica dentro de cualquier discurso. Trabajando sobre una concepción general de la epistemología, me estoy dando cuenta que no hay un discurso sin un metadiscurso crítico. Por eso hay una mayor posibilidad de realizar esta concepción integrada de las ciencias penales sin caer en la posición opuesta a la que yo acepto, donde la Criminología es una ciencia auxiliar dentro de las disciplinas penales. La Criminología Crítica no es auxiliar, es un momento fuerte de la auto-reflexión dentro de este conjunto.

Actualmente, estoy caminando con una visión de mayor organicidad de este conjunto, porque me doy cuenta que sí es posible trabajar para la reforma, para algunos ajustes del sistema dogmático, de la política criminal a través de este

discurso integrado de las ciencias penales. Al mismo tiempo que pienso que es muy importante este discurso integrado, me doy cuenta que, para un análisis adecuado de los problemas a los cuales el sistema penal pretende responder, necesitamos un discurso interdisciplinario que va más allá de la ciencia penal integrada, que va más allá del conjunto de las disciplinas penales y criminológicas, y que implica un sujeto colectivo formado de actores de distintas comunidades científicas que no necesariamente lleguen desde la comunidad científica del derecho penal, de la criminologia, etc., sino de todas las disciplinas que sirvan para manejar efectivamente un problema.

Entonces, por un lado la apertura a un tipo de interdisciplinariedad externa, como yo la llamo, y por otro lado una cierta mayor confianza que en aquel momento de crisis, que Ud. ahora me ha permitido repasar, ¿no?, se había provocado sobre la posibilidad del modelo integrado de ciencias criminales. Ambas cosas son importantes: llevar a cabo esta forma de interdisciplinariedad al interior del conjunto de las ciencias criminales y, al mismo tiempo, para no ilusionarnos que con esto podemos efectivamente ir a las raíces de los problemas, llevar a cabo un discurso que yo llamo de interdisciplinariedad externa.

Dentro de un discurso de interdisciplinariedad interna del conjunto de las ciencias criminales, podemos realizar quizás una política criminal alternativa que utilice de manera alternativa los instrumentos penales, que cambie los instrumentos penales, que amplíe el abanico de las intervenciones penales, sobre todo considerando la posibilidad de intervenciones preventivas e intervenciones no represivas sino reparatorias con respecto a las víctimas. Todo esto es posible, en un sentido amplio: una política criminal, que no es política penal solamente alternativa, sobre la base de un discurso de interdisciplinariedad interna, sobre la base de un modelo integrado de ciencias criminales.

Pero yo pienso que lo que efectivamente hace falta, el reto, el desafío, no está solamente en una política criminal al-

ternativa, sino que está en una política alternativa a la política criminal. Es un abanico de respuestas que van mucho más allá del marco institucional del sistema de la Justicia Criminal, en el campo preventivo y en el campo reactivo. Este abanico de respuestas, que yo llamo respuestas multiagenciales, porque son llevadas a cabo a través del concurso de agencias distintas de las clásicas agencias del Derecho Penal, se basan sobre un discurso de interdisciplinariedad externa, producido por un sujeto colectivo que resulta del concurso de actores que provienen de distintas comunidades científicas. Este es el reto, para ir más allá de la política criminal alternativa, porque ésta siempre es un desafío importante.

–En la pág. 40 de su libro, hay una frase suya que dice: "...El método que aquí se sigue es el de una crítica *externa* del pensamiento penal, que parte de resultados y argumentos extraídos del desarrollo de la sociología criminal estadounidense y europea de los últimos 50 años. El retraso de la ciencia jurídica frente al pensamiento criminológico contemporáneo más avanzado es tal que, en efecto, obliga a considerar que no puede éste ser recuperado hoy por medio de una crítica inmanente o de una autocrítica situada en el seno de la ciencia jurídica..." *Esto nos lleva de lleno a la tesis central del libro de Zaffaroni* En busca de las penas perdidas, *que fue objeto de muchas discusiones, porque de algún modo, y él lo sostuvo explícitamente, plantea que sí es relegitimable, por una construcción interna, el sistema jurídico. Esto es una contradicción frontal con este planteo que tiene en su libro y que se repite en otras partes.*

Relacionado con esto, en el apéndice de su libro, escribió: "...El elemento ideológico no es contingente sino inherente a la estructura y a la forma de funcionamiento del sistema penal, así como éste, en general, es inherente a la estructura y al funcionamiento del derecho abstracto moderno. La forma de la mediación jurídica de las relaciones de producción y las relaciones sociales en la sociedad capitalista moderna (el de-

recho igual) es ideológica: el funcionamiento del derecho no sirve en efecto para producir la igualdad, sino para reproducir y mantener la desigualdad. El derecho contribuye a asegurar, reproducir y aún legitimar (esto último es una función esencial para el mecanismo de reproducción de la realidad social) las relaciones de desigualdad que caracterizan a nuestra sociedad, en particular la escala social vertical, es decir la distribución diversa de recursos y de poder, la consecuencia visible del modo de producción capitalista..." *Este párrafo, verdaderamente fuerte con respecto al derecho, en relación a los derechos humanos, al derecho constitucional, y en términos generales, a todas las técnicas legales de contención de abuso y exceso de poder, ¿merece algún tipo de aclaración?*

A.B.: –En relación a lo primero, efectivamente sobre este punto ha habido un desarrollo de ciento ochenta grados en el pensamiento de Zaffaroni, y también yo he caminado respecto de aquella posición. Estuve diciendo que cuando escribía este libro estaba en un momento de máxima desconfianza. Veía este atraso, como algo que quizás solamente una generación futura de dogmáticos del derecho penal hubieran podido recuperar, porque estaba manejando una serie de conocimientos que no estaban fomentando un proceso crítico del tamaño adecuado, dentro del desarrollo de la doctrina penal, la doctrina jurídico-penal.

Ahora mi condición, como decía anteriormente, es de mayor confianza, en el sentido de que soy bastante realista como para ver que la gran mayoría del trabajo dogmático se está desarrollando completamente fuera de una interacción productiva con el conocimiento sociológico, y sin una serie de análisis y de resultados sobre lo que es efectivamente el sistema de la justicia criminal. Pero la confianza viene desde un punto de vista teórico, de una potencialidad de solucionar el problema a partir del punto de vista epistemológico, que de la cantidad de dogmáticos, como Zaffaroni, que, lamentablemente, se cuentan con los dedos de la mano. Hay muchos otros, pero en relación a la comunidad científica de

los penalistas, son posiciones excéntricas. Creo, sin embargo, que estas posiciones excéntricas indican un rumbo que veo más realista, porque es frontal su propuesta, con respecto al rumbo tradicional.

Con Zaffaroni estoy de acuerdo perfectamente ahora, sobre la posibilidad de redefinir con un rol positivo, no mistificador, el trabajo de la dogmática penal, no solamente asumiendo los conocimientos que permiten medir qué distancia enorme hay entre el funcionamiento real y el funcionamiento que debería ser, según las normas del sistema de la justicia criminal, sino pudiendo producir una serie de operaciones de tipo compensador, reequilibrando un poco la distancia entre lo que debería ser y lo que es. Por ejemplo, el principio de igualdad, el impacto de ciertos instrumentos dogmáticos para las zonas que son siempre más desfavorables a sujetos socialmente débiles, sujetos vulnerables, que a sujetos fuertes.

Conforme a esto el Derecho Penal ataca grupos vulnerables en la sociedad, los cuales ya son atacados por la violencia fuera del sistema penal. Deberíamos tomar en cuenta, por ejemplo, el concepto de co-culpabilidad que introdujo en su tratado Zaffaroni, al redefinir el concepto de culpabilidad, otorgando a favor de los sujetos más vulnerables una consideración de una falta de ejercicio de sus derechos fundamentales, como una situación de desventaja que permite cargar en parte a la sociedad la culpa de la acción delictiva, como una justicia compensadora.

Pero no se trata solamente de reajustes parciales de este tipo. ¿Reajustes sobre qué? Sobre lo que el mismo Raúl Zaffaroni definió como la deslegitimación fundamental, estructural, no solamente del sistema de la justicia criminal, sino del mismo derecho penal, que es parte del sistema. La deslegitimación deriva de la enorme discrepancia entre los programas de acción del sistema, los principios de funcionamiento en el marco del llamado derecho penal liberal y el funcionamiento real del sistema. El sistema, al funcionar fuera de sus principios legitimadores, al no respetarlos, está deslegitimado. El derecho penal y la misma dogmática

tradicional, no logrando superar esta discrepancia, no logrando imprimir un rumbo distinto al funcionamiento del sistema, en suma, al no controlarlo, son también deslegitimados, porque no realizan esta tarea de reajuste de las relaciones sociales dentro de un principio de igualdad u otros principios que son los principios constitucionales.

¿Cuál es el verdadero punto que para mí es el eje para la construcción de un derecho penal crítico, de una ciencia crítica del derecho penal, de un modelo integrado nuevo? Es la asunción de la deslegitimación, de la no legitimidad del sistema y del trabajo de la dogmática, cuando no se trata de hacer ajustes, considerando el sistema y el derecho como legitimados por sus funciones, por su manera de funcionar. Se trata, entonces, de dar a la dogmática un trabajo no solamente desde el exterior del pensamiento penal, sino también un trabajo desde el interior del pensamiento penal, del pensamiento de la ciencia jurídico-penal. Una tarea de control, o por lo menos de tratar de controlar un sistema que no es legítimo. Normalmente, la función fundamental de la dogmática penal es administrar científicamente un sistema ilegítimo.

A esta posición llegamos paralelamente, por vías distintas, Raúl Zaffaroni y yo, y por eso, en este momento, hay muchas más coincidencias sobre el punto. Aceptamos la ilegitimidad constitucional a nivel de los principios mismos del derecho internacional, de los derechos humanos, del sistema de la justicia criminal. Lo consideramos un sistema de violencia institucional ilegítima, por la contradicción estructural entre cómo es y cómo debería ser. Entonces cambia la tarea de la dogmática. Se puede construir una dogmática que solamente produce algunos ajustes, que produce instrumentos de tipo compensatorio, como al que me referí de co-culpabilidad, y otros, innumerables, que se pueden producir.

La tarea de la dogmática, y del derecho penal que la dogmática puede contribuir a producir, es la tarea de controlar la violencia penal, no es de administrarla; de tratar, para hacer una metáfora hegeliana, de domesticar esta bestia salvaje que es la violencia punitiva en la sociedad. Esta es una ta-

rea que vale la pena desarrollar. Será minoritaria la formación hasta ahora de un derecho penal crítico, pero yo pienso que sí se puede trabajar con un programa como éste, en una revisión desde el interior de la ciencia criminal, desde su aparato conceptual, para producir una dogmática que, por tener clara su presuposición, no se basa en una asunción ideológica de la legitimidad, sino que acepta como presupuesto la ilegitimidad del sistema, permitiendo una lucha larga y constante, caminando hacia lo que yo después de este libro, he tratado de indicar como el programa de un derecho penal mínimo.

Un derecho penal mínimo es, efectivamente, un programa de reajuste desde el interior del sistema conceptual del derecho y de la dogmática penal y de reajuste en la legislación. Por un lado se trata de desafiar el sistema de la justicia criminal –esa bestia salvaje– a respetar los principios nunca respetados de su funcionamiento, como está establecido en las constituciones y en los principios del derecho internacional. Esto sería ya una parte del programa. Por eso hablo de un trabajo desde el interior del pensamiento penal, y en este sentido, no transfiero este programa a un futuro indeterminado, como cuando estaba escribiendo el libro, pero me pongo dentro de una nueva concepción. No obstante, en el programa del Derecho Penal Mínimo, basado en esta revisión desde el interior de las ciencias penales, en este discurso crítico interno que llamamos de un nuevo modelo integrado, se va más allá. Por un lado, se trata de ver cómo se puede minimizar el impacto de la violencia, controlando a través del derecho y una dogmática acertada; cómo se pueden maximizar las garantías a favor de los sujetos, de los ciudadanos, con respecto al sistema de la justicia criminal, a su enorme capacidad de violencia, de destrucción, de violencia ilegal. Pero mientras hace esto, el programa del derecho penal mínimo indica que la solución de un cambio de las políticas de control de la violencia va más allá del sistema de la justicia criminal, porque podríamos reformarlo, pero será siempre un sistema no adecuado para la tarea de proteger efectivamente los derechos humanos, para

proteger a los desprotegidos, y estará siempre muy lejos de lo que Luigi Ferrajoli llama el derecho de los más débiles. Pienso que para proteger a los débiles siempre será un instrumento bastante limitado. Es que la protección presupone no solamente una política criminal alternativa, sino una forma completamente distinta de política criminal, que no sea, por distinta, menos rigurosa y menos determinada, pero sí, que se asuma en la base de este proyecto el punto de vista de las clases desprotegidas, el punto de vista de las grandes mayorías desprotegidas, especialmente en los países del Tercer Mundo.

Este punto de vista es el eje de la reconstrucción, no solamente dentro sino, sobre todo, fuera del marco conceptual de las ciencias criminales, de un proyecto de protección de los derechos.

–Es evidente que en la respuesta suya alude con mucha claridad a un aspecto de la contradicción entre el planteo de Zaffaroni y el planteo que está originariamente en su libro, esto es, la relación con la estructura jurídica. El otro tema es el de las clases sociales, es el tema estructural, es decir, cómo se plantea la ciencia criminológica frente al devenir de la estructura social, ya al margen del tema normativo. En este punto con Zaffaroni llegamos a una situación, a un punto muerto, porque él decía que en su libro no se propone hacer teoría del Estado y que no se propone construir una teoría política. Ese no es su campo, no es su terreno, según afirmó. En cambio, la propuesta de la Criminología Crítica más cercana a la posición que Ud. sostiene, se ocupa del tema del Estado, del Estado burgués, del Estado capitalista, de su modo de producción, de su división en clases, de las desigualdades que esta estructura genera.

A.B.: –Sí, pienso que es una forma correcta de retomar este punto, que es fundamental; y quizás sí hay una diferencia con el pensamiento de Raúl Zaffaroni. Quizás sea más aparente que real esta diferencia, porque un discurso no se mide solamente con respecto a las intenciones declaradas.

Yo veo una teoría política y una teoría de la sociedad potencial dentro de su discurso, solamente que él pretende no estar desarrollándola. Mientras que a causa de una formación distinta entre nosotros, siempre he considerado imposible, ya como metodología declarada, tratar de definir el tema de la justicia penal o de una política alternativa a este sistema sin entrar de manera explícita en el tema de la teoría política del Estado y de la sociedad.

Pero repito: lo que cuenta es lo que está explícita o implícitamente dentro de una teoría. Efectivamente, no se puede decir que Raúl Zaffaroni va caminando con ese plan, coherente, provocativo, sin tener una visión del mundo, de la sociedad, del Estado, detrás de él; solamente no está dando un énfasis a esta relación. Yo veo un proyecto humanista, de emancipación, en el discurso de Zaffaroni, que es distinto, digamos de la base discursiva, del mío, que tiene otros antecedentes clásicos.

El hecho de que nos encontramos muy fuertemente para luchar sobre los mismos frentes, demuestra que, independientemente de los instrumentos teóricos, cuando hay un proyecto de emancipación, los discursos después concurren y no divergen.

–Dijo que la teorización de la Criminología Crítica tiene vigencia actualmente, y que ha obtenido una gran resonancia, por más que los órganos de poder no la tomen como solución, o para proponer políticas de solución de conflictos. Sin embargo, si tiene gran consenso en la comunidad científica, ¿por qué los órganos internacionales no la adoptan, en lugar de ver, por ejemplo, que la ONU promueve el movimiento de la Defensa Social?

El hecho que la Criminología Crítica, en vez de estudiar el delito y el delincuente, estudie y critique la organización de los órganos de control social, ya sea en el Poder Ejecutivo, en el Legislativo o en el Judicial, ¿no le quita credebilidad?

Cuando habla de la reformulación del derecho penal y de su legislación, ¿la Criminología Crítica formula soluciones a los conflictos, como sí lo ha hecho la Criminología Positivista?

A.B.: –Bien, esta pregunta en parte retoma un punto que ya he manejado. No la voy a recoger aquí, pero simplemente voy a llamar la atención sobre lo que traté de explicar y que, en parte, responde a esta inquietud.

Claro que la criminología positivista y aquella tendencia más humanista de la teoría de la defensa social, que siempre queda en el rumbo del modelo positivista de criminología tienen la apariencia de contribuir directamente a solucionar los problemas, porque se mide inmediatamente con los criminales y la criminalidad, porque acepta la gramática del sistema de la justicia criminal, que es la gramática que en su ampliación internacional ha sido lamentablemente –no era posible esperar lo contrario– recibida también como código intelectual-conceptual. Hablo de gramática de un discurso, del modo de funcionamiento del discurso. La gramática de los departamentos de las Naciones Unidas dedicados al problema de la criminalidad es, efectivamente, la gramática de la defensa social, la gramática de la doctrina penal oficial, en su vertiente más progresista, pero siempre ahí.

Siempre da la impresión de que los criminólogos críticos están simplemente desarrollando una crítica fundamental sin proponer nada. Esto es absolutamente falso. Es claro que proponer algo dentro de la gramática del discurso aceptado mayoritariamente en la misma comunidad internacional es mucho más fácil, produce más consenso, otorga una corbata, una posición; pero también es claro el evidente fracaso histórico del sistema de la justicia criminal, sobre todo en aquellas secciones donde se ha metido también la Organización de las Naciones Unidas (piénsese, por ejemplo, en el fracaso del manejo penal del problema de la drogadicción). Dentro del fracaso, a raíz de los equilibrios del poder en esta gran máquina burocrática que abarca funcionarios y profesores, aquellos profesores que hablan dentro de esta gramática sean más considerados. Esto es una cuestión que atañe a los equilibrios dentro de este gigantesco medio ambiente que se ha establecido a nivel nacional e internacional, que es el medio ambiente de la política criminal oficial.

Un discurso que trata de producir no solamente nuevas respuestas, sino un nuevo lenguaje, una nueva gramática, cosas que van más allá de los límites del conjunto de comunidades científicas y de los aparatos burocráticos que son establecidos en la política criminal oficial es algo visto como una posición marginal, al que observe desde un punto de vista de las posiciones de poder, a un intelectual, en el equilibrio existente. Sería como decirles a los intelectuales de izquierda de América del Norte que desarrollen, como Chomsky y otros, un discurso lúcido, un discurso imprescindible para analizar aquellas contradicciones y que están fuera de la gramática del discurso oficial de la administración del Estado. Desde un punto de vista de las potencialidades intelectuales, podemos decir entonces que ellos, los que gozan de consideración, son marginales con respecto a las necesidades de la gente. Todo este enorme aparato burocrático nacional e internacional, basado en el discurso tradicional de la política criminal, es marginal. Es central con respecto a los ajustes de poder, pero es excéntrico con respecto a la demanda real de la gente, aunque la misma vehiculización de la demanda de la gente esté tan manipulada por los medios de comunicación de masas, tan dominada por la cultura *mass media* dominante; aquí se trata de distinguir la demanda de la formulación de la demanda. Pero, ciertamente, todo este aparato es excéntrico con respecto a la demanda de la gente.

Lo que nosotros estamos tratando de plantear –por eso voy a distribuir un primer esbozo de un discurso que trata de basar una construcción conceptual desde el interior y desde el exterior del conjunto de las ciencias criminales, bajo lo que yo llamo modelo democrático de ciencia*– es un modelo en el cual un discurso científico se basa en las necesidades reales de los ciudadanos, de esta sociedad planetaria que es el mundo. Este discurso es céntrico, tiene menos prestigio, menos credibilidad, pero... ¿quién tiene que creer? ¿Qué me importa tener credibilidad con respecto al Presidente de las Naciones Unidas? Esta credibilidad a mí no me da

* Ver el texto "El Estado mestizo", en este volumen.

ningún entusiasmo. Lo que me anima es tratar de insertar mi discurso dentro de la demanda de la gente, y ahí sí, tener credibilidad. Porque cuando voy caminando, haciendo también estas reuniones, el contacto que se ha desarrollado fuera de la comunidad científica con el movimiento social, cuando me inserto desde este discurso, que es tan parcial, sobre la justicia criminal, su crítica, dentro del sistema de las necesidades de la gente, me siento muy creíble. Es una cuestión de dónde está y de cuál es la credibilidad que nos anima.

A pesar de esto tengo que subrayar que en ciertos momentos, nosotros hemos asistido en Italia, por ejemplo, a una reforma muy avanzada del sistema penitenciario, la ley Gozzini, que como siempre acaece, después ha sido corregida y deformada por una serie de contrarreformas –como la reforma de la cual hablamos en el libro ha sido después destrozada por una contrarreforma–. Pero en aquel momento –yo he estado muy sorprendido de mí mismo, que siempre, anteriormente, estaba moviéndome a la izquierda de todo este aparato, ¿no?–, me sorprendí de encontrarme, de repente, en el despacho de una dirección, a un nivel muy alto del Ministerio de Justicia en Italia, en la sección penitenciaria. En el despacho se administraba la investigación, y yo hablé con personas que habían captado muy bien el discurso de la Criminología Crítica, y les dije qué cosas había pensado en el 80 cuando escribí el libro; al estar yo allí, sabía que estaba haciendo una entrevista en el territorio enemigo. Pero ellos me dijeron: hemos leído su planteamiento, el planteamiento de la Criminología Crítica, y nos ha dado muchas ideas para manejar esta nueva ley penitenciaria, ¿trabajamos juntos?...

No es que los espacios no existen, porque la alimentación del aparato burocrático no es absolutamente monopolizable dentro del discurso oficial. Escapa a este espacio, porque no hay una estrategia tan establecida como para hacerlo. Hay una serie de posibilidades de entrar en el aparato burocrático, y entonces, cuando decimos que nosotros estamos tratando de plantear intervenciones de tipos distintos, no estamos simplemente haciendo una crítica, que es imprescindible pa-

ra que acierte. No se elaboran datos para no ser el fracaso de una política oficial, no se pueden sugerir propuestas, pero el rumbo que ha tomado, especialmente en los últimos períodos la Criminología Crítica, también aquí en el continente americano después de un cierto restablecimiento de la democracia formal, etc., es un rumbo de propuestas, no solamente de críticas. Por supuesto que las propuestas se plantean dentro de una gramática más correspondiente con las necesidades, son propuestas al mismo tiempo de nuevas respuestas y de nuevas gramáticas para desarrollar esa respuesta. Por eso no llegan y no pueden prosperar dentro de un planteamiento tecnocrático, donde política significa solamente administración del statu quo de las relaciones de poder dentro de la sociedad. Pero si prospera dentro de un proyecto democrático, dentro de una concepción de política como proyecto –porque ni siquiera el mundo de la política es un bloque impermeable–, cuando consideramos el mundo de la política en sus actores reales, que no son tanto los políticos, algunos de los cuales puede ser que presten atención a un discurso nuevo. Los ciudadanos son los sujetos de la política. Ahí, el problema consiste no solamente en producir propuestas alternativas, como por ejemplo se ha hecho en el tema de drogas, o en el tema de control de la desviación juvenil, o en el tema de propia mafia, sino que el problema existe al mismo tiempo en que se producen propuestas alternativas. Se trabaja con tácticas que, efectivamente, la Criminología Crítica hasta ahora no ha desarrollado de manera suficiente como para controlar las condiciones políticas de factibilidad de sus proyectos, las condiciones culturales de transmisión de una nueva gramática para manejar lo que normalmente se llama criminalidad, etc. Esto es un problema de trabajo a nivel de opinión pública, es un problema de promoción cultural, de contribuir a la producción de una cultura política, que no sea la cultura de los políticos, sino la cultura de los ciudadanos. Entonces aquí el campo de trabajo va más allá de la comunidad científica, de los criminólogos críticos o de los representantes del Derecho Penal Crítico. Es un campo donde estos actores que somos nosotros, académi-

cos, científicos, tenemos que encontrar el movimiento social, captarlo, captar sus potencialidades, insertarnos ahí.

Este era el programa del grupo de Bologna cuando creamos aquella revista *La Questione Criminale*. Era un momento de gran auge de la izquierda en Italia. Pensábamos: mirá ahora tenemos un sujeto político que es capaz de captar una demanda social de mayor justicia, y le damos un aporte técnico dentro de la justicia criminal. Fracasó esta ilusión, porque la experiencia del terrorismo y una serie de errores en el campo de la política criminal de la cúpula del Partido Comunista de aquel tiempo, que eran nuestros amigos, impidieron este proyecto de utilizar una nueva hegemonía de la izquierda para fomentar una gramática nueva, una manera nueva de hablar de la cuestión criminal.

Entonces, ésta es una manera más realista de afrontar los problemas, que nosotros siempre hemos considerado como los problemas de las agresiones de las que los débiles no están protegidos sino por un sistema puramente simbólico de protección, que es el sistema de la justicia criminal. Nosotros estamos tratando de fomentar una serie de respuestas que no sean puramente simbólicas, como lo son las respuestas típicas de la justicia criminal a problemas reales. Estamos metidos en un proyecto de aporte de propuestas. El problema es que, efectivamente, queda abierto, dentro de la estrategia de este tipo de intervención cultural que es la intervención de la Criminología Crítica, para hacer concurrir a este aporte técnico de propuestas, un trabajo a nivel político y a nivel de comunicación de base, tendiente a que prosperen como proyecto político estas respuestas; nosotros estamos proponiendo soluciones a los conflictos, no estamos simplemente criticando las malas soluciones del sistema oficial.

5. Cárcel y Sociedad

–Con relación al capítulo XIV, cárcel y marginalidad social, nos gustaría saber cuál ha sido el desarrollo ulterior a la primera edición de su libro, en relación al funcionamiento en con-

creto de las leyes penitenciarias de Alemania y de Italia. Esto, teniendo en cuenta las dos correcciones o criterios metodológicos que expone: la discordancia aparente que existe entre el discurso de una determinada institución jurídica, de una ley, y su funcionamiento en concreto; y el concepto de marginalidad social con el que este tipo de realidades se examinan, prescindiendo de la cuestión social. Ud. nos dice que las dos reformas a las leyes penitenciarias poseen dos conceptos fuertes: la reglamentación o autorización del trabajo carcelario, en condiciones similares al del trabajo en libertad; y la posibilidad de establecer una comunicación fluida entre el recluso, desocializado, y la sociedad. Plantea esto, como si hubiera podido ser el preámbulo de una transformación más de fondo de la realidad penitenciaria en Europa.

Asimismo, actualmente, el capitalismo ha abandonado la quimera del pleno empleo, con la idea del ejército de reserva, el ejército de desocupados, y se acepta que el destino de enormes sectores de la sociedad y de trabajadores sea la desocupación permanente y la asistencia por parte del Estado. A la relación entre mercado de trabajo y prisión expuesta en su libro, influenciado por las obras de Rusche, Kirchheimer y Foucault, ¿qué corrección, aclaración o complementación podría realizar?

A.B.: –Si hablamos de la cárcel hoy, en Europa, después de estas dos significativas reformas humanitarias de la cárcel, la de la que hablo en el libro y la de la ley Gozzini en Italia: ¿qué es la cárcel?, ¿quién está en la cárcel? Efectivamente, son extranjeros, desamparados, son drogadictos que llenan, en Italia, en las grandes ciudades, más del 40% de la población carcelaria, y en España se llegó al 70%. Son todas zonas de marginalización social que están representadas, reproducidas a nivel institucional, dentro del sistema carcelario.

No han cambiado nada todas las grandes ilusiones del trabajo carcelario, y la comunicación cárcel-sociedad, pero han fracasado en parte. Y ahí sigue el problema central de existencia de la cárcel como un sitio separado, donde algunos conflictos que no se logran elaborar dentro del sistema polí-

tico están reprimidos, casi una hibernación de conflictos, que se refieren, sobre todo, al margen. Todo lo que está al margen de la sociedad establecida está dentro de la cárcel. Esto es válido. También la relación cárcel-mercado del trabajo ha cambiado, en el sentido que no se trata solamente del clásico ejército de reserva de fuerza de trabajo, sino de una fuerza de trabajo empleada en situación subalterna ilegal. Hablo de Europa, de la fortaleza de Europa, donde los que logran entrar del mundo pobre son clientes potenciales del sistema, o bien pueden ser expulsados, o si no son expulsados están en una situación bastante desamparada, llenando también las cárceles. Entonces, la situación mercado de trabajo-cárcel se ha modificado, para peor, con la presencia de una población de trabajadores extranjeros en situación de trabajo inestable y de colocación ilegal dentro de la sociedad.

–Con respecto al tema del sistema carcelario, del tratamiento carcelario, Ud. en su libro hace un extenso análisis sobre el tema de la no reinserción y la no resocialización del condenado a través del tratamiento carcelario, es decir, los efectos negativos de la cárcel y del encierro. Sabemos que actualmente maneja el concepto de reintegración del condenado, y en cierta medida, ha actualizado este concepto de la utilidad o no de la cárcel, del encierro y de las medidas alternativas. ¿Qué nos puede expresar respecto de esto?

A.B.: –Efectivamente, ha habido un cierto desarrollo en mi posición con respecto a este tema de la resocialización en la cárcel. Mi crítica fundamental a la cárcel, como instrumento de administración de una zona marginal de la sociedad, de institucionalización de la marginalidad social, como instrumento también simbólico de reproducción de los estereotipos dominantes, como instrumento de legitimación en general de las desigualdades sociales, no se ha modificado.

Pero se ha modificado en parte, siempre para pasar de la crítica del sistema a las propuestas positivas, mi posición con respecto a la resocialización. Porque me he dado cuenta, en

un cierto momento, que estaba pasando lo siguiente: la alternativa, a raíz de una innumerable serie de estudios de evaluación empírica en Norteamérica sobre los grandes proyectos de resocialización que se admite en el campo de la delincuencia juvenil de los años 70, había dado resultado negativo. Entonces, toda esta ideología que había dominado en el Primer Mundo la reforma penitenciaria, de haber transformado la cárcel en un instrumento de reinserción del condenado, fracasaba desde una visión macroeconómica, con la crisis del Welfare State, que paraba la disponibilidad de recursos para estos programas ambiciosos de resocialización. En Europa, al mismo tiempo, se presenta el problema de la lucha contra el terrorismo, problema que también se pone en un contexto distinto, como urgente en América Latina.

Quedamos en el campo europeo, donde yo he elaborado esta visión de la reintegración social del condenado; esto ha provocado –esto también ya está en el libro–, que el mismo discurso oficial dejara, abandonara, la finalidad legitimadora típica de la cárcel, de la reinserción. Porque con respecto al terrorista, la cárcel de máxima seguridad no tiene ninguna ambición de reinsertar, simplemente trata de neutralizar al infractor. Una neutralización que, según los contextos, tanto en América Latina como en Europa, pasa por la eliminación física del infractor o del adversario político, también desde fuera de la administración de la justicia penal. La situación que se presentaba después de la publicación de este libro, era de una crisis fuerte del principio de resocialización y una cierta incapacidad de argumentación empírica a favor de la otra gran vertiente de la legitimación de la pena, la intimidación general, la prevención general negativa. En lugar de esto, especialmente en el ambiente norteamericano, se producía el auge de una teoría de la prevención especial no positiva, que no sería la educación, la reeducación, sino negativa, la neutralización.

Era una trampa continuar atacando puramente lo negativo de la ideología de la resocialización, y contribuir a este desarrollo hacia una visión realista de la pena, como pura neutralización, que en el discurso oficial norteamericano se

estaba implantando. De ahí que yo traté de provocar una respuesta capaz de rescatar, a través de una redefinición, el concepto de resocialización. El eje de esta propuesta era, en primer lugar, no hablar de resocialización o de reeducación, sino de reintegración. Si es verdad que la pena carcelaria como tal no puede reintegrar, sino solamente producir efectos contrarios a la reintegración, es posible y necesario rescatar el principio de la reintegración del condenado como un proyecto que se realice, no a través de la cárcel, sino no obstante la cárcel, contra la cárcel. Fue este un aspecto que incluso fue recibido en el discurso oficial italiano a la hora de la ley Gozzini. Efectivamente, hubo un momento en que se reconoció la imposibilidad de reintegrar a través de la cárcel, pero también la necesidad de no caer, por eso, en una visión cínica de la cárcel que tiene que destruir, neutralizar.

Entonces reintegración, no a través, sino no obstante la cárcel. Eso significaba dos cosas: primero, que en esta redefinición, rescatando el aspecto humanista del principio de resocialización, se modificaba, se independizaba todo lo que podía ser a favor del desarrollo del ciudadano dentro de la cárcel. Dentro del marco de la disciplina de la cárcel y de la pena, dentro de este límite destructivo de la persona, se trataba de ver lo que se podía hacer mientras existiera este monstruo, para el rescate de la persona. No renunciar a la lucha para los derechos de los condenados, pero esperando quizás que las contradicciones de la cárcel lleguen a un punto tal, que se quiebre por implosión; era el proyecto que dejé muy pronto. Este otro proyecto significaba reconocer que la mejor cárcel es la cárcel que no existe, pero también reconocer que hay cárceles distintas: hay una cárcel más destructiva y una menos destructiva, que hay una cárcel cerrada y hay una cárcel abierta. Había que redefinir todo lo que aportaba al desarrollo, a la salud, a la formación, a la integración social del condenado, en forma de derechos del condenado y no como aspectos de la disciplina carcelaria. La administración carcelaria, e indirectamente el Estado, tienen que realizar estos derechos del ciudadano encarcelado,

no como administración de la pena, sino como servicios; es decir, un espacio de servicios y de derechos que son, que tienen que disfrutar los ciudadanos condenados, no obstante las situaciones negativas provocadas por la suspensión de algunos derechos fundamentales. La pena carcelaria se define como suspensión de algunos de estos derechos fundamentales, pero según el principio de taxatividad, no va más allá. Dentro de esta situación restringida tan negativa, en este espacio, había que abrir el discurso para una reintegración, no obstante, contrarrestando cuanto fuera posible, el efecto destructivo de la cárcel dentro de la administración de la vida del universo carcelario. Pero más aún, en segundo término, tratando de abrir la relación entre cárcel y sociedad, tratando de ampliar los espacios de penas alternativas, de semilibertad, todo lo que permitiera una reinserción en la sociedad del condenado.

El tercer punto era un trabajo de reintegración, que no tenía tan sólo el condenado como un objeto de manipulación educativa o algo así, sino a todo el medio ambiente que tiene que ser preparado para recibir al ex condenado. Entonces, un trabajo de reintegración, no tanto del condenado, cuanto de la sociedad que tiene después, o que pretende con el discurso oficial, reinsertarlo.

Esta era la manera con la cual se contrastaba la falsa alternativa entre un principio idealista, el de la resocialización a través de la cárcel, y un principio cínico, el que la cárcel siempre ha sido un medio de neutralización y de destrucción de la persona. Dejémoslo así, y limitemos al máximo la cárcel dentro del límite de una justicia acertada, que era el plan neoclásico norteamericano.

–Cuando se refirió a cambiar la resocialización por la reintegración, ¿por qué reintegrar, esperar que la cárcel reintegre, cuando supuestamente no hubo una integración anterior? Cuando no había antes socialización, es imposible resocializar. Si no hay integración, cómo se hace para reintegrar. ¿No es únicamente una cuestión terminológica?

A.B.: –El problema no es terminológico. Que se llame resocialización, reeducación o reintegración, es secundario. A la reeducación y a la resocialización las veo dentro de un concepto más negativo, dentro de un modelo de tratamiento manipulativo de la personalidad. El concepto de reintegración se presta más al proyecto que estaba tratando de desarrollar. Aquí no se trata de caer en la ilusión que la cárcel pueda ser un instrumento de –llamémoslo como queramos– resocialización, reeducación o reintegración social, sino que se trata de ampliar los espacios de los derechos de los detenidos. Abrir, mientras sea posible, la cárcel, para permitir que una política de reintegración sea factible, no obstante la cárcel. Hacer cosas que contrarresten, porque es posible –y es posible de manera muy limitada–, neutralizar el efecto destructor y marginal de la cárcel.

Esto significa reconocer que la cárcel no implica sólo una marginalización secundaria de tipo institucional que se basa sobre una previa marginalización primaria, y que normalmente, es el manejo clásico de la política criminal. Significa hacer pasar una pequeña parte de marginados primarios en esta marginalización secundaria, para hacerlos regresar en la marginalización primaria. Pero esto, a nivel de derechos y de servicios, y no de manipulación de la persona, es ampliar espacios para la formación, el trabajo, de personas; para compensar, también utilizando la situación negativa de encontrarse presos, faltos de educación, de formación, que estos marginados primarios ya tenían en la sociedad. Segundo, trabajar sobre el medio ambiente en el cual se van a reinsertar, para fomentar ocasiones de empleo a los ex detenidos, como fuerza de trabajo no explotada, desfavorecida, en situación inestable, por una mayor reinserción.

Es un trabajo que encuentra gravísimos límites, como son la marginalización primaria y la secundaria a través de la cárcel. Pero mientras esto exista y mientras no se pueda, con un acto voluntarista, borrar la existencia de la cárcel, yo pienso que trabajar con esta redefinición en términos de derechos del ciudadano detenido y de servicios por parte del Estado, tiene una dirección doble, hacia el detenido mismo

y hacia la sociedad. Es lo único que se puede hacer para contrarrestar los efectos destructivos y marginadores de la cárcel como marginalización secundaria. Entonces, no se trata de caer nuevamente en una ilusión, sino de tratar de desarrollar una lucha por los derechos de los marginados primarios que son convertidos en secundarios.

–De la manera que plantea y por la alusión que hace a las leyes italianas de reforma penitenciaria, parecería ser que Ud., en esta postura, se pronuncia en favor de la adopción por parte del Estado, de esta actitud. A diferencia de lo que se denominan los movimientos sociales en las cárceles, el Krim, el Krom en Escandinavia, otros movimientos similares en España o aquí en la Argentina, con la introducción de la Universidad dentro de la cárcel, siempre han tratado de revalidar esta defensa de los derechos de los presos. Pero es una defensa revalidada en torno al concepto de resistencia, resistencia en contra de la cárcel, resistencia en contra de la degradación de la cárcel, pero siempre desde posiciones no formales o de posiciones no institucionalizadas. No se trata de que el Estado adopte esta actitud de defensa de los derechos de los presos.

A.B.: –Estoy completamente de acuerdo sobre este punto. Quizás no me he explicado bien: nunca he hablado de un gracioso otorgamiento de las autoridades estatales de estos derechos; nunca he defendido la tesis de que la liberación, la emancipación, la conquista de derechos, pueda ser el resultado de una acción ajena a los portadores de las necesidades. Es claro que esto se insertará cuando exista y cuando tenga una capacidad operativa en el mismo movimiento de los encarcelados.

El primer principio de emancipación es acudir a un movimiento que sale del interior de la cárcel. Es ahí que comenzó esta reflexión. Pero lamentablemente el movimiento en Europa está muy débil ahora. No obstante, yo pienso que sin los actores principales interesados, no se puede llegar a ningún lugar.

El rescate no tiene como estímulo solamente el movimiento de los detenidos, sino la presencia de una gran parte de los profesionales que ven claramente la contradicción en la cual se han metido. Yo pienso que eso se tiene que rescatar: una lucha de todos los componentes de la comunidad carcelaria y no solamente de los detenidos. Pero sin la lucha de los que son inmediatamente víctimas de esta enorme violencia destructiva que es la cárcel, no se puede realizar este proyecto que he estado indicando.

–Ud. asimila el tema de la cárcel con lo que ha pasado con los manicomios, específicamente en Italia, es decir, derribar los muros del manicomio. Esta reintegración y este derribar los muros de la cárcel ¿se está dando en Italia en algunos sectores? ¿Qué repercusión tiene en la sociedad?

A.B: –Hubo un movimiento bastante fuerte que tenía un rótulo muy significativo: liberarnos de la necesidad de la cárcel. Indicaban la cárcel no como algo arbitrario, como una idea loca de algunos sujetos, sino como una institución que tiene un respaldo dentro de mecanismos punitivos que, a nivel de las teorías psicoanalíticas, han sido desarrollados bajo conceptos como el chivo expiatorio, etc. Esto ha provocado un auge de ciertas oportunas reformas carcelarias, sobre todo la reforma de la ley llamada Gozzini en Italia, y después, por supuesto, se ha producido una contrarreforma debida a la urgencia de dos temas que se han insertado negativamente en este proceso. El tema, ahora no del terrorismo sino de la criminalidad organizada, de la mafia –es un tema serio–, y el tema de la drogadición. Cuando estos dos temas han pesado sobre el pensamiento nuevo que se estaba produciendo en la cuestión carcelaria, ha habido un retraso, una inversión de tendencias. Ahora hay una fuerte demanda de cárcel, una fuerte demanda para la opinión pública de concentración de la cárcel, una disminución de toda una serie de posibilidades de apertura, de medidas alternativas, aunque algunas de éstas quedan. Pero es un momento más de contrarreforma que de reforma.

–Con respecto a lo que ha estado hablando, de los efectos negativos y nocivos del sistema carcelario para la persona o el individuo, ¿qué importancia le asigna, en este proceso de reintegración o resocialización, a las disciplinas como psicología y psiquiatría, para insertar a ese individuo en la sociedad, y a su vez, que ese núcleo pueda recibirlo?

A.B.: –La psiquiatría no tiene nada que ver con la criminalidad. Hay criminales que tienen problemas de salud mental y criminales que no lo tienen. En buena parte los problemas de salud mental de los criminales detenidos provienen de la situación carcelaria. Entonces, según el principio de la redefinición del tratamiento carcelario en términos de derechos del ciudadano en la cárcel y de servicios del Estado, la ayuda psiquiátrica es un derecho y un servicio que le compete al ciudadano, no por ser un detenido o un infractor, o por ser un enfermo demente, sino que es el derecho de ayuda médica, de enfermedad mental, que le compete al ciudadano, sea dentro o fuera de la cárcel.

–En el nuevo escenario de control social en la década de los 90, el proceso de transformación que ha sufrido la cárcel en Europa fue un proceso de dispersión o de pulverización en su interior, dividiéndose en diversos segmentos dedicados a tratar distintos delincuentes. Uno de estos segmentos, por ejemplo, es la psiquiatrización del tratamiento carcelario. Se instrumenta a la psiquiatría como una modalidad de intervención terapéutica dentro de la cárcel. Todas estas ideas, que desde una postura digamos de defensa de los derechos de los internos, pueden ser mucho más lesivas que la cárcel tradicional, porque los someten, por ejemplo, a técnicas de neutralización a través del uso de psico-fármacos para que sean menos peligrosos. Revalidar una postura que diga sí al concepto de reintegración social, pese a que esté hecha desde un lugar distinto, puede pasar muchas veces políticamente como una postura cercana a este fenómeno de concentración y pulverización dentro de la cárcel, como un redimensionamiento y una

relegitimación de una intervención terapéutica dentro de la cárcel que, en este sentido, es más lesiva a ese fin que teníamos, que era defender los derechos de los internos.

A.B.: –Estoy completamente de acuerdo: hay siempre un riesgo de ideologización de esta idea. Cuando se la presenta así, parece como una nueva versión de la vieja ideología carcelaria de legitimación, detrás de la cual hay una realidad que no tiene nada que ver con esto. Yo digo claramente que para mí no existe una especificidad de la psiquiatría con respecto a la cuestión criminal. He tratado de insertarme en la lucha, para la abolición del manicomio criminal en Italia. No lo hemos logrado, pero pudimos ir bastante lejos.

Entonces la psiquiatrización del tratamiento es algo que yo rechazo y he tratado siempre, cuando he podido, de insertarme, de participar, en las reuniones de los profesionales, especialmente de los educadores especiales, en España, en Italia. Hay gente que efectivamente tiene una visión clara, realista del problema, algunos son frustrados porque la capacidad de alienación general que produce la cárcel, no tiene como referencia solamente a los detenidos, en todos los casos, sino a todos los componentes de la cárcel, que se encuentran, cada uno en sí mismo, en su relación recíproca, dentro de una situación absolutamente alienante y alienada.

Si no se tienen bien en claro estas sutiles manipulaciones, como la dispersión de la que habla Pavarini, no se podrá realizar el proyecto que he estado indicando.

Bueno. Esperando haber contribuido a definir en este ámbito académico mis ideas sobre la evolución criminológica, profundamente enriquecida con las reflexiones que me genera este debate, agradezco a quienes hicieron posible mi presencia, y espero que nos podamos encontrar nuevamente para seguir discutiendo sobre estos temas. Muchas gracias.