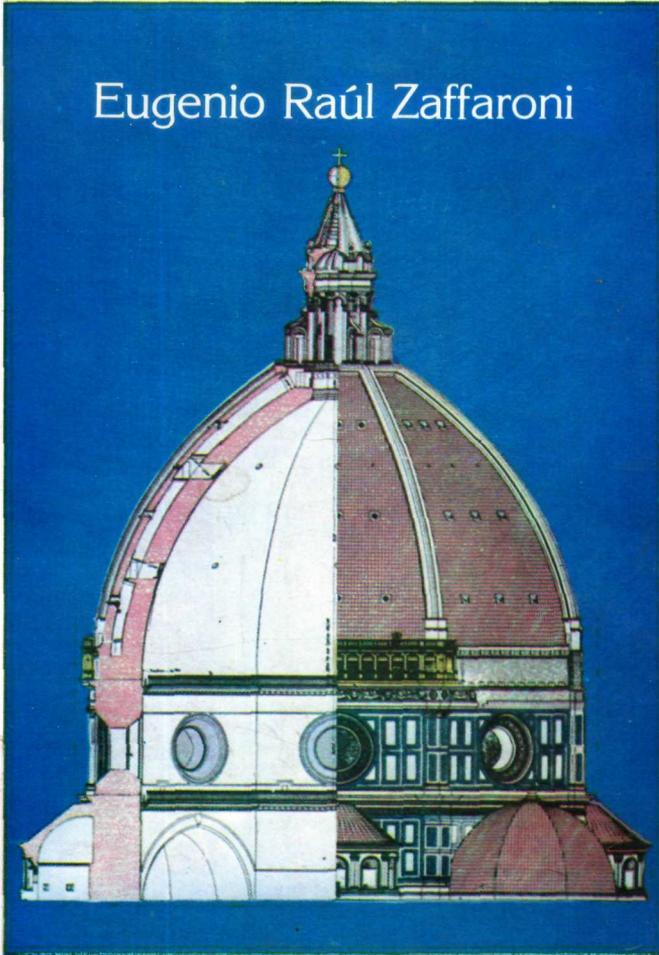


EN BUSCA DE LAS PENAS PERDIDAS

Eugenio Raúl Zaffaroni



DESLEGITIMACION Y DOGMATICA
JURIDICO-PENAL

I.S.B.N. 950-574-077-8

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723

*Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora
Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán 927, P. 6º
Buenos Aires*

1998

EUGENIO RAUL ZAFFARONI
Profesor Titular en la Universidad Nacional
de Buenos Aires

EN BUSCA DE LAS PENAS PERDIDAS

DESLEGITIMACION Y DOGMATICA
JURIDICO-PENAL

SEGUNDA REIMPRESIÓN



EDIAR
SOCIEDAD ANONIMA EDITORA
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

A Louk Hulsman

PRESENTACION

Pretendemos ofrecer aquí un panorama muy general de la deslegitimación del sistema penal y de una propuesta de re-interpretación del derecho penal. El lector advertirá rápidamente que hemos acentuado la fundamentación antropológica del discurso jurídico-penal que expusiéramos en obras anteriores, incorporando ahora datos de la realidad social y haciéndonos cargo de las críticas desencubridoras del ejercicio de poder del sistema penal, lo cual, como es obvio, nos lleva a abandonar la preferencia preventivista especial antes sostenida, desembocando en un planteamiento diferente, que —pese a nuestra reluctancia a ese género de calificaciones— nos atrevemos a denominar *realismo jurídico-penal marginal*.

Por ende, estas páginas son una suerte de ensayo de *realismo jurídico-penal desde la perspectiva de un margen del poder planetario*.

Resumimos de este modo un itinerario de varios años, cuyas etapas fueron parcialmente expuestas en trabajos breves y dispersos.

Dada la equivocidad de estos escritos —debida a su limitación temática o a la inmadurez de la idea— decidimos formular el replanteo orgánico en forma de ensayo, aún desafiando el desuso en que ha caído ese estilo.

Un ulterior desarrollo de nuestra perspectiva lo llevaremos a cabo en una aproximación a la criminología¹ y en la reelaboración de nuestro *Manual*, tareas ambas en las que estamos empeñados.

¹ Una versión un tanto provisional de los primeros capítulos fue publicada en 1988: *Criminología. Aproximación desde un margen*. Ed. Temis, Bogotá.

En los quince años transcurridos desde que trazamos la estructura sobre la que diseñamos el *Manual* y el *Tratado*, se agudizó la crisis de legitimidad del sistema penal, se refinaron los instrumentos críticos y arreciaron las contradicciones y antagonismos en la realidad latinoamericana². Estas circunstancias y la experiencia que nos proporcionó la dirección del programa sobre "Sistemas Penales" del Instituto Interamericano de Derechos Humanos³ han contribuido notoriamente a nuestro replanteo del discurso jurídico-penal.

Con el *ricorsi* del organicismo (bajo el ropaje de "funcionalismo sistémico") y del contractualismo (especialmente en la vertiente anglosajona), creemos que no se hace más que retomar las viejas ficciones originarias en forma reiterativa.

Ante esta situación, que se nos ocurre de extrema pobreza fundamentadora y ante las críticas desencubridoras que desacreditan al saber jurídico mismo, pretendemos sostener la posibilidad de reconstruir la dogmática jurídico-penal conforme a las líneas de un derecho penal garantizador y etizado, asumiendo plenamente la realidad de poder del sistema penal y su deslegitimación, es decir, admitiendo básicamente la razón que le asiste al abolicionismo (o al "minimismo penal", si se prefiere llamar "derecho penal" al remanente). Adentrándonos por este sendero, hemos topado con un modelo "integrado" de derecho penal y criminología de corte diferente, con una ética básica de la que derivamos la táctica doctrinaria y judicial y con elementos para una cuidadosa reconstrucción de las garantías, en lo que sirvió de "lazari- llo" el derecho humanitario. No afirmamos haber recorrido la totalidad de este camino y, quizá, ni siquiera se trate de un camino, sino sólo de una indicación del paraje donde creemos que puede abrirse.

² La Argentina ha contribuido a este panorama con su tristísima cuota de crueldad. También mucho nos ha hecho meditar el incendio del Palacio de Justicia de Bogotá.

³ En especial nos referimos a los aportes de penalistas y criminólogos latinoamericanos y de otras regiones que han cooperado o lo siguen haciendo con este Programa y que asistieron a los seminarios de San José, 1983; Bogotá, 1987; Buenos Aires, 1985; Río de Janeiro, 1985, y Salvador da Bahia, 1988. Se retoman aquí algunas de las ideas expuestas en *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986.

Si bien los errores son de nuestra exclusiva pertenencia, mucho de lo que aquí exponemos es producto de diálogos con colegas contemporáneos ⁴ y también de diálogos más lejanos, que por su circunstancia no podían abarcar el tema desde la perspectiva actual, pero que marcaron nuestro pensamiento y actitudes de modo permanente ⁵.

Alguien nos dijo que con este ensayo nos escapamos del sistema planetario; algo de razón le asiste. Quizá sea un ensayo herético, una irreverencia o un atrevimiento. Sabemos que la descripción de la realidad del ejercicio del poder de los sistemas penales en nuestro margen latinoamericano y la tentativa consiguiente de reconstruir dogmáticamente la teoría penal desde esta realidad, nos lleva a chocar frontalmente en postulados largamente reiterados en el saber penal. Sólo el nivel de violencia al que asistimos y su trágica proyección progresiva nos decide a "salir del sistema planetario". Quizá no sea "salir", sino sólo reconocer que nos están dejando fuera. De cualquier manera, la asunción consciente de la condición de marginal es el presupuesto ineludible para intentar su superación.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Universidad de Buenos Aires.

Marzo de 1989.

E. R. Z.

⁴ Toda mención es injusta, porque las omisiones son inevitables, pero pese a esto no podemos olvidar los nombres de Alessandro Baratta, Saarbrücken; Louk Hulsman, Rotterdam; Antonio Beristain, San Sebastián; Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Córdoba; Lola Aniyar de Castro, Maracaibo; Rosa del Olmo, Caracas; Emilio García Méndez, Buenos Aires; Eduardo Novoa Monreal, Santiago, y Elías Carranza, San José. Debemos agradecer al Prof. Francesco Palazzo que nos haya acogido como huésped de la Facoltà di Giurisprudenza en la Università di Firenze en mayo de 1988, facilitándonos generosamente el uso del material bibliográfico de la Universidad.

⁵ Permanecerá siempre en nuestra memoria el recuerdo de Alfonso Quirós Cuarón, Giuseppe Bettiol y Blasco Fernández de Moreda.

PRIMERA PARTE

**LA DESLEGITIMACION DEL SISTEMA PENAL
Y LA CRISIS DEL DISCURSO JURIDICO-PENAL**

CAPÍTULO PRIMERO

LA CRITICA SITUACION DEL PENALISMO LATINOAMERICANO

I. LAS "PEINES PERDUES". — II. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD. 1. La utópica legitimidad del sistema penal. 2. La legitimidad no puede ser suplida por la legalidad. 3. El sistema penal no opera conforme a la legalidad. 4. La legalidad ni siquiera se respeta en el ámbito del sistema penal formal. 5. El ejercicio de poder abiertamente ilícito por parte del sistema penal. — III. LA PERVERSION INMOVILIZA AL DISCURSO JURIDICO-PENAL. — IV. SIGNOS TEORICOS DE LA SITUACION CRITICA EN AMERICA LATINA. 1. Crítica al Derecho. 2. Preocupación por la legitimidad del poder. 3. Preocupación jushumanista por el sistema penal. — V. LA DESLEGITIMACION POR LOS HECHOS MISMOS. — VI. EL DESPRESTIGIO DE LOS DISCURSOS PENALES LATINOAMERICANOS POR SUS VINCULOS IDEOLOGICOS GENOCIDAS. 1. El discurso jurídico penal. 2. El discurso criminológico.

I. LAS "PEINES PERDUES"

Nos referimos a una situación crítica en un sentido aproximadamente análogo al de *geistige Situation*¹, esto es, al de una situación "espiritual", adjetivo que no quiere connotar aquí nada abstracto, sino el complejo abarcativo de los aspectos intelectuales y afectivos (o emocionales) de una situación cuyo signo más característico es la pérdida de seguridad de respuesta con que reaccionaba el penalismo de la región hace algunas décadas. Obviamente ese signo es justamente la manifestación externa que nos permite reconocer la situación crítica y en modo alguno puede pretenderse tomarlo como

¹ Würtenberger, Thomas, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959.

causa de la misma —como algunos opinan— negándole justamente su naturaleza de signo o síntoma.

Como en cualquier emergencia, a medida que la situación va tornándose insostenible, comienza a operarse la evasión mediante mecanismos negadores que, en nuestro caso, aparentan conservar la antigua seguridad de respuesta, aunque se reconozcan “problemas” que suelen dejarse de lado por vía de una arbitraria delimitación discursiva que elude confrontar la crisis.

No obstante, los mecanismos de negación no pueden superar su esencia y, por ende, no ocultan la situación crítica, que se manifiesta en una progresiva “pérdida” de las “penas”, es decir, de *dolor sin sentido* (*perdido*, o sea, carente de racionalidad) ².

En la criminología de nuestros días es corriente la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídico-penales presuponen que operan, es decir, que la programación normativa se basa sobre una “realidad” que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente.

La verificación de esta contradicción requiere demostraciones más o menos finas en algunos países centrales, pero en América Latina su verificación sólo demanda una observación muy superficial. El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan *perdidos* que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal de racionalizaciones reiterativas; nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad.

Es bastante claro que, mientras el discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos —por agotamiento de su arsenal

² Parfraseamos el título del difundido libro de Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, París, 1982, pese a que “peines” tiene allí un sentido diferente al de “penas” en castellano.

de ficciones gastadas— las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la muerte masiva. Cálculos provenientes de fuentes insospechadas establecen que en nuestra región mueren anualmente alrededor de doscientos mil niños durante su primer año de vida por efecto de elementales carencias alimentarias o sanitarias; un número igual o mayor sobrevivirá, pero jamás alcanzará su completo desarrollo bio-psíquico debido a las secuelas de las mismas carencias.

Los múltiples poderes que sustentan esta realidad letal se apoyan en buena medida en el ejercicio de poder de las agencias de nuestros sistemas penales que, en la mayoría de los países de la región, operan con un nivel tan alto de violencia que causan más muertes que la totalidad de los homicidios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares.

Por otra parte, en cuanto a sus omisiones en la tutela de la vida, es claro que el sistema penal se ha mostrado como totalmente incapaz de contener los abortos³ y, en cuanto a los homicidios de tránsito, se comporta con total indiferencia, pese a que su número es tan elevado que se convierten en la segunda causa de mortalidad en buena parte de la región, y en la primera en algunas fajas etarias jóvenes⁴. En este panorama no creemos que las *peines perdues* requieran una fina demostración.

El discurso jurídico-penal se revela como falso en forma innegable, pero atribuir su permanencia a mala fe o a formación autoritaria sería un simplismo que agregaría una falsedad a otra. Estas explicaciones personalizadas y coyunturales olvidan que quienes se colocan en posiciones “progresistas” y se percatan de la gravedad del fenómeno, también reproducen el discurso jurídico-penal falso, porque no disponen de otra alternativa que la de ese discurso en su versión de “derecho penal de garantías” (o “liberal” si se prefiere)

³ Los cálculos son difíciles, pero suelen ir desde un aborto cada cinco nacimientos, los más optimistas, hasta uno cada tres, los más pesimistas.

⁴ Cabe calcular aproximadamente cien mil muertes anuales. Argentina registra unas cinco mil; Brasil alrededor de cincuenta mil.

para ensayar la defensa de quienes caen en los engranajes del sistema penal como procesados, criminalizados o victimizados.

El discurso jurídico-penal falso no es un producto de mala fe ni de simple conveniencia⁵, como tampoco es resultado de la elaboración calculada de ningún genio maligno, sino que en buena parte se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro, frente a la necesidad de defender los derechos de algunas personas. Esta contradicción da lugar a la difícil situación "espiritual" del penalismo latinoamericano⁶, que guarda estrecha vinculación con la trágica vivencia del "San Manuel" de Unamuno⁷, porque la denuncia de su discurso jurídico como falso corre el riesgo de privarle del único instrumento —precario, pero instrumento al fin— de que dispone para defender los Derechos Humanos de algunas personas.

En realidad, *siempre se ha sabido que el discurso jurídico-penal latinoamericano es falso*. La diferencia cualitativa de este momento crítico radica en que ya no es posible salir del trance con el argumento de que esa situación crítica es transitoria y continuar presentándola como resultado de meros defectos coyunturales de nuestros sistemas penales, producto de nuestro subdesarrollo y superables mediante un

⁵ Es demasiado burdo afirmar que se lo sostiene para defender la cátedra que se detenta. Contra este género de argumentos superficiales, v. Rolf S. De Folter, *On the methodological foundation of the abolitionist approach to the Criminal Justice System. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault*, en "Contemporary Crisis. Law, Crime and Social Police", Dordrecht, 1986 (10), págs. 39 y sgts.; también en *The Criminal Justice System as a social problem; An abolitionist perspective*, Medeligenen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, números 36 y 37 (en 36, págs. 27 y sgts.).

⁶ Cuando nos referimos al "penalismo latinoamericano" no ignoramos que existe una pequeñísima minoría de nulo valor intelectual que no asigna importancia a las muertes y que medra con el poder que las ampara. No tomamos, pues, en consideración, este reducidísimo grupo de empresarios y empleados de dictaduras y agencias corruptas, que no puede afirmarse como representativo de un "pensamiento".

⁷ Nos referimos al clásico y discutidísimo cuento cuyo personaje central es el sacerdote que se vuelve ateo, pero sigue ejerciendo su ministerio como si Dios existiese, con la firme convicción de que era lo mejor para todos (*San Manuel Bueno, mártir*, en "Antología", México, 1964, págs. 59 y sgts.).

desarrollo progresivo análogo en casi todo al curso seguido por los países centrales.

La crítica social contemporánea, la criminología de la "reacción social" —incluso su vertiente más prudente, o sea, la llamada "liberal"⁸—, la experiencia del capitalismo periférico de los últimos lustros, que acabó con la teoría del desarrollo progresivo y centrífugo⁹, han aniquilado la ilusión de transitoriedad del fenómeno. Hoy sabemos que la realidad operativa de nuestros sistemas penales jamás podrá adecuarse a la planificación del discurso jurídico-penal¹⁰, que todos los sistemas penales presentan características estructurales propias de su ejercicio de poder que cancelan el discurso jurídico-penal y que, por ser rasgos de su esencia, no podrán ser suprimidos sin suprimir los sistemas penales mismos. La selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias, *no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales.*

La situación que señalamos nos impide emplear la palabra "crisis" denotando un punto de inflexión del fenómeno de contradicción entre el discurso jurídico-penal y la realidad operativa del sistema penal, sino como una brusca aceleración del descrédito del discurso jurídico-penal. En modo alguno creemos que "crisis" pueda indicar aquí un momento a partir del cual la realidad operativa de nuestros sistemas penales comience a aproximarse a la programación conforme al discurso jurídico-penal, lo que sería absolutamente imposible por "utópico" (en el sentido negativo de la expresión, como lo

⁸ Cfr. Alessandro Baratta, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, en "La Questione Criminale", 1975, Gennaio-Aprile págs. 7 y sgts.

⁹ Cfr. Prebisch, Raúl, *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*, México, 1981; nuestro trabajo, *Criminalidad y desarrollo en América Latina*, en "Ilanud", año 5, 13-14, 1982, págs. 33 y sgts.

¹⁰ Pensemos qué sucedería en cualquier país occidental desarrollado, si alguien consiguiese efectivamente penar con privación de libertad, conforme a lo jurídicamente programado, todos los hurtos en supermercados y todas las tenencias de tóxicos prohibidos.

“no realizable”), sino que “crisis” es la indicación del momento en que la falsedad del discurso jurídico-penal alcanza tal magnitud de evidencia, que éste se derrumba desconcertando al penalismo de la región

II. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

1. **La utópica legitimidad del sistema penal.** El sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por *legitimidad* del mismo entendemos *la característica que le otorgaría su racionalidad*. El poder social no es algo estático, que se “tiene”, sino algo que se ejerce —un ejercicio—¹¹ y el sistema penal quiere mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente.

La construcción teórica o discursiva que pretende explicar esa planificación es el discurso jurídico-penal (que también puede llamarse “saber penal” y otros designan más formalmente como “ciencia penal” o “del derecho penal”). Si ese discurso jurídico-penal fuese racional y el sistema penal operase conforme al mismo, el sistema penal sería *legítimo*.

Sin embargo, la expresión “racionalidad” requiere siempre una precisión, por su alta equivocidad. El uso abusivo que se ha hecho de la misma nos obliga a prescindir aquí de la totalidad de la discusión al respecto, para reducir el concepto de racionalidad con que trabajamos en este caso:

- a) a *la coherencia interna del discurso jurídico-penal*;
- b) a *su valor de verdad en cuanto a la operatividad social*.

El discurso jurídico penal sería racional si fuese *coherente y verdadero*.

Cabe precisar que no creemos que la coherencia interna del discurso jurídico-penal se agote en su no contradicción o completividad lógica, sino que también requiere una fundamentación antropológica básica con la cual debe permanecer en relación de no contradicción, puesto que si el derecho sirve

¹¹ Cfr. Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, 1979, pág. 144.

al hombre —y no a la inversa— la planificación del ejercicio de poder del sistema penal debe presuponer esta antropología filosófica básica u ontología regional del hombre.

En el momento actual, esta afirmación en el plano jurídico no implica una remisión libre al tembladeral de la metafísica y de lo opinable, aunque subsista un enorme campo abierto a la discusión. Por sobre este ámbito discutible, es innegable que existe una positivización jurídica mínima de esa antropología, materializada en los más altos documentos producidos por la comunidad jurídica internacional en materia de Derechos Humanos.

La consagración positiva de una ontología regional del hombre (que bien puede llamarse *antropología jurídica jus-humanista*) impone la *consideración del hombre como persona*¹².

Por *persona* debe entenderse la calidad que proviene de la capacidad de autodeterminarse conforme a un sentido (capacidad que puede ser real o potencial e incluso limitarse a la reunión de los caracteres físicos básicos de quienes pueden ejercerla). *Persona* es el actor —la máscara del teatro griego—, el protagonista central de la tragedia de quien decide acerca de lo “bueno” y de lo “malo”¹³.

La fundamentación antropológica permite un nivel de crítica a la coherencia interna del discurso jurídico-penal; el otro, obviamente, es la no contradicción de sus enunciados entre sí. Resulta claro que se niega la coherencia interna del discurso jurídico-penal cuando se esgrimen argumentos tales como “así lo dice la ley”, “lo hace porque el legislador lo quiere”, etc. Son expresiones frecuentemente usadas en nuestra

¹² V. Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Barcelona, 1984; a nivel continental, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Daniel Zovatto (comp.), *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, Instrumentos básicos*, 1987.

¹³ Etimológicamente, *persona* es la máscara del teatro griego. Con el advenimiento del cristianismo y el problema trinitario surgió la cuestión de la sustancialidad de la persona. A partir del siglo XVIII tiende a señalar particularmente la relación del hombre consigo mismo y la identidad personal (Abbagnano, N., *Dizionario di Filosofia*, Torino, 1980, pág. 666).

región y que implican la abierta confesión del fracaso de cualquier tentativa de construcción racional y, por ende, legitimadora del ejercicio de poder del sistema penal.

Pero la racionalidad del discurso jurídico-penal no puede agotarse en su coherencia interna. Aunque resulte difícil imaginarlo —dada la interdependencia recíproca de los extremos configuradores de la racionalidad— podría pensarse en un discurso jurídico-penal que, pese a estar antropológicamente fundado y a respetar la regla de no contradicción, no fuese racional porque su realización social fuese imposible o totalmente diferente de su programación¹⁴. La proyección social efectiva de la planificación explicitada en el discurso jurídico-penal debe ser mínimamente verdadera, o sea, realizarse en considerable medida.

El discurso jurídico-penal se elabora sobre un texto legal, explicitando mediante los enunciados de la “dogmática” la justificación y el alcance de una planificación en la forma de “deber ser”, o sea, como un “ser” que “no es”, pero que “debe ser” o, lo que es lo mismo, como un ser “que aún no es”. Para que ese discurso sea *socialmente verdadero*, requiere dos niveles de “verdad social”:

a) uno *abstracto*, valorado conforme a la experiencia social, de acuerdo con el cual la planificación criminalizante pueda considerarse como el medio adecuado para la obtención de los fines propuestos (no sería socialmente verdadero un discurso jurídico-penal que pretendiese justificar la tipifica-

¹⁴ En general, cuando con el discurso jurídico-penal quieren encubrirse graves fallas sociales, se provoca o capitaliza la indignación, atrapando el fenómeno en una descripción típica que pretende resolverlo en base a casos particulares arbitrariamente seleccionados por el sistema penal. Como es obvio, el fenómeno continúa y en la operatividad social sólo dispone de mayor poder la agencia selectiva del sistema penal. En cualquier país pueden encontrarse ejemplos de estas leyes que son producto del moderno pensamiento mágico. “El pintor y el cazador paleolítico pensaba que ya con la pintura poseía la cosa misma, pensaba que con el retrato del objeto había adquirido poder sobre el objeto; creía que el animal de la realidad sufría la misma muerte que el animal retratado” (Arnold Hauser, *Historia social de la literatura y el arte*, Madrid, 1971, T. I, pág. 20). Nuestras agencias legislativas, movidas por la necesidad de calmar campañas de “ley y orden” o por afán electoralista, se asemejan a cazadores paleolíticos.

ción de la fabricación de caramelos de dulce de leche entre los delitos contra la vida);

b) otro *concreto*, que debe exigir que los grupos humanos que integran el sistema penal operen sobre la realidad conforme a las pautas planificadoras señaladas por el discurso jurídico-penal (no es socialmente verdadero un discurso jurídico-penal cuando las agencias policiales, judiciales, del ministerio público, los medios masivos de comunicación social, etc., contemplan pasivamente el homicidio de miles de habitantes).

El nivel "abstracto" del requisito de verdad social podría llamarse *adecuación de medio a fin*, en tanto que el nivel "concreto" podría denominarse *adecuación operativa mínima conforme a la planificación*. El discurso jurídico-penal que no satisface a ambos es socialmente falso, porque se desvirtúa como planificación (deber ser) de un *ser que aún no es* para convertirse en un *ser que nunca será*, o sea que *engaña, ilusiona o alucina*.

El discurso jurídico-penal no puede desentenderse del "ser" y refugiarse o aislarse en el "deber ser", porque para que ese "deber ser" sea un "ser que aún no es" debe reparar en el *devenir posible del ser*, pues de lo contrario lo convierte en un *ser que jamás será*, o sea, en un *embuste*. De allí que el discurso jurídico-penal socialmente falso sea también *perverso*¹⁵: *se tuerce y retuerce, alucinando un ejercicio de poder que oculta o perturba la percepción del verdadero ejercicio de poder*.

En nuestro margen es absolutamente insostenible la racionalidad del discurso jurídico-penal, puesto que no cumplimenta ninguno de los requisitos de legitimidad que hemos señalado, en forma mucho más evidente que en los países centrales.

La quiebra de la racionalidad del discurso jurídico-penal arrastra consigo —como sombra inseparable— la pretendida legitimidad del ejercicio de poder de las agencias de nuestros

¹⁵ En claro sentido etimológico, "pervertir" se vincula a "verter", o sea, "trastornar" dando vuelta algo (Cfr. J. Corominas, *Dicc. crit. Etimológico de la Lengua castellana*, Madrid, 1976, IV, pág. 716).

sistemas penales. Es hoy incontestable que la racionalidad del discurso jurídico-penal tradicional y la consiguiente legitimidad del sistema penal se han vuelto “utópicas” y “atemporales”: no se realizarán en ningún lugar ni en ningún tiempo.

2. La legitimidad no puede ser suplida por la legalidad. “Legalidad” es vocablo equívoco; en una de sus posibles acepciones significa la producción de normas mediante procesos previamente fijados, lo que constituiría el concepto positivista o formal de la expresión.

Pero las teorías que se agotan en la legalidad formal quedan como suspendidas en el vacío, dado que requieren un punto de apoyo que legitime el proceso mismo de producción normativa, que se ha buscado largamente, sea en la idea de “soberano”, en la presupuesta y no cuestionable legitimidad de la “norma fundamental” o en la regla última de reconocimiento¹⁶. La búsqueda ha sido infructuosa y las teorías de la legalidad formal no han podido eludir la legitimación del poder mediante su mero ejercicio. Ni siquiera se trata de la teoría de la “pleonexia”¹⁷, conforme a la cual el más fuerte estaría legitimado por el mero hecho de serlo, sino que la legalidad formal legitimaría el poder de los débiles coaligados.

En el mundo actual —y especialmente en nuestro margen— la insuficiencia legitimante de la legalidad formal es bastante clara, al punto de no existir en el ámbito de los discursos jurídico-penales ninguna tentativa seria de legitimar el sistema penal mediante una construcción que excluya de sí todo lo que no sea mera completividad lógica.

Un discurso de esta naturaleza sólo podría pretender omitir la pregunta acerca de la legitimidad del sistema penal o desacreditarla como pregunta, acudiendo a su descalificación relegatoria a la categoría peyorativa de los “pseudo-problemas”. No obstante, es menester advertir que si bien no existen construcciones acabadas de discursos que pretenden suplir

¹⁶ Corresponden a las tesis de John Austin, de Kelsen y de Hart, respectivamente (Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*. Bs. As., 1974; Hart, L. A., *Direito, liberdade, moralidades*, trad. de G. Pereira dos Santos, Porto Alegre, 1987).

¹⁷ Menzel, Adolf, *Calicles. Contribución a la historia de la teoría del derecho del más fuerte*, trad. de Mario de la Cueva, México, 1964.

la legitimidad del sistema penal con la legalidad del mismo, debe reconocerse que frecuentemente se realiza un empleo parcializado e incoherente de este género de tentativas en nuestro margen latinoamericano, contexto en el cual resulta particularmente alienante (extraño a la realidad).

3. **El sistema penal no opera conforme a la legalidad.** De la pluralidad semántica de la expresión "legalidad" puede extraerse otro sentido: la operatividad real del sistema penal sería "legal", si las agencias que convergen en él ejerciesen su poder conforme a la programación legislativa tal como la expresa el discurso jurídico-penal. En tal supuesto, ese ejercicio de poder presentaría el carácter de "legalidad" y recién entonces entrarían en cuestión los argumentos vertidos en el párrafo anterior.

Pero no es necesario que profundicemos más las superficiales consideraciones formuladas en el párrafo anterior, porque *ni siquiera a este nivel previo el ejercicio de poder del sistema penal es "legal"*.

"Legalidad", en el sentido en que ahora lo estamos usando, es un concepto del cual el discurso jurídico-penal desprende fundamentalmente dos principios: el de *legalidad penal* y el de *legalidad procesal* (a los que podría agregarse el de *legalidad ejecutiva*, aún insuficientemente elaborado).

El *principio de legalidad penal* exige que el ejercicio de poder punitivo del sistema penal tenga lugar dentro de los límites previamente establecidos a la punibilidad (poniendo especial énfasis en los límites a la tipicidad hasta el punto de haberse intentado una distinción entre "tipo sistemático" y "tipo garantía")¹⁸.

El *principio de legalidad procesal* (o legalidad de la acción procesal) exige que las agencias del sistema penal ejerzan su poder para intentar criminalizar a *todos* los autores de acciones típicas, antijurídicas y culpables y que lo hagan conforme a ciertas pautas detalladamente explicitadas¹⁹. Esto sig-

¹⁸ V. la bibliografía que indicamos en n. *Teoría del delito*, Bs. As., 1973, pág. 179.

¹⁹ El "principio de oportunidad" limita esta obligación pero la limitación siempre está pautada y nunca queda librada al arbitrio

nica que el sistema penal *unicamente* podría ejercer su poder en el marco estricto de la planificación legal, pero también que *siempre* —en todos los casos— debería ejercer ese poder.

Sin embargo, una atenta lectura de las mismas leyes penales permite comprobar que *la propia ley renuncia a la legalidad* y el discurso jurídico-penal (saber penal) parece no percibirlo. Por la vía de la *minimización jurídica* se reservan al discurso jurídico-penal, supuestamente, los “injustos graves”; por la vía de la *administrativización*, se consideran fuera del discurso jurídico-penal las institucionalizaciones manicomiales, incluso las dispuestas por la misma agencia judicial; por medio de la *tutela* se excluyen del discurso jurídico-penal las institucionalizaciones de los menores; a través de la *asistencialidad* se alejan totalmente del discurso penal las institucionalizaciones de los ancianos.

La perversión del discurso jurídico-penal hace que se rechace con horror cualquier vinculación de los menores (especialmente los abandonados), los enfermos mentales y los ancianos con el discurso jurídico-penal, e incluso la misma prostitución, pese a que a todos ellos se les somete a institucionalizaciones, prisonizaciones y marcaciones estigmatizantes autorizadas o prescriptas por la misma ley, que son en un todo análogas —y frecuentemente peores— que las abarcadas por el discurso jurídico-penal.

El discurso jurídico-penal deja fuera de sus requisitos de legalidad el ejercicio del poder de secuestro y marcación que, so pretexto de identificación, control migratorio, contravenciones, etc., queda a cargo de agencias ejecutivas, sin intervención efectiva de las agencias judiciales. La ley concede, de este modo, enormes ámbitos de ejercicio arbitrario de poder de secuestro y marcación, de inspección, control, allanamiento irregular, etc., que se ejercen cotidiana y ampliamente.

total del órgano impulsor; por ende, aunque en una legislación rija el principio de oportunidad procesal, el ejercicio de la acción siempre debe ser “legal”, pues la única diferencia consiste en que en un caso la acción corresponde —hipotéticamente, por supuesto— en todas las noticias de un delito, en tanto que en el segundo también corresponde en los mismos supuestos, pero, siempre que el mismo no encuadre dentro de alguna de las pautas que se le señalan al órgano impulsor para que no ejerza la acción.

te, al margen de cualquier "legalidad" punitiva contemplada en el discurso jurídico-penal. *El saber penal sólo se ocupa de la legalidad de lo que la agencia legislativa quiere dejar dentro de su ámbito y, en definitiva, de la reducidísima parte de realidad que, por estar dentro de ese ámbito ya recortado, las agencias ejecutivas deciden someterle.*

En la realidad social el verdadero y real poder del sistema penal no es el represivo, que pasa a través de la agencia judicial. El poder no es mera represión (no es algo negativo), sino que su ejercicio más importante es positivo, configurador, siendo la represión punitiva sólo un límite al ejercicio del poder²⁰.

Este ámbito, en que la ley misma renuncia a los límites de la legalidad, en que desaparece cualquier función garantizadora de los tipos penales y del que se excluye la intervención normal de las agencias judiciales, es la base indispensable para que pueda operar el verdadero ejercicio de poder del sistema penal, es decir, para que opere el poder configurador de las agencias del sistema penal y para que sólo eventualmente pueda ejercer una represión mayor que la autorizada en los casos supuestamente reservados al discurso jurídico-penal.

Mediante esta expresa y legal renuncia a la legalidad penal, se pone a cargo de las agencias del sistema penal un *control social militarizado y verticalizado* de uso cotidiano y ejercido sobre la gran mayoría de la población, que va mucho más allá del alcance meramente represivo, por ser sustancialmente configurador de la vida social.

Este poder configurador no se limita a las funciones que arbitrariamente —por arbitrariedad legalmente otorgada o "de facto" asumida— ejercen las agencias ejecutivas del sistema penal y que pertenecen exclusivamente a las mismas, sino que esas agencias también operan como órganos de ejecución, reclutamiento y reforzamiento de otras agencias o instancias institucionales configuradoras cuyo poder se explica con discursos diferentes, aunque con recursos análogos a la prisonización, secuestro y marcación penales. Así, las

²⁰ Cfr. Foucault. M., op. cit., pág. 182.

agencias penales se ocupan de seleccionar y reclutar o de reforzar y garantizar el reclutamiento de desertores o candidatos a instituciones tales como los manicomios, los asilos o los cuarteles y hasta los hospitales y las escuelas (en otras épocas los conventos). Este poder también se ejerce selectivamente, en forma idéntica a la que, en general, ejerce su poder todo el sistema penal.

Las agencias del sistema penal ejercen su poder *militarizado y verticalizador disciplinario*, es decir, su poder configurador, sobre los sectores más carenciados de la población y sobre algunos disidentes (o "diferentes") más molestos o significativos.

La disciplina militarizada tiende a ser igual a la del cuartel: la uniformidad del aspecto externo, el acatamiento al superior, la sensación de que toda actividad placentera es una concesión de la autoridad, etc., son claramente parte de un ejercicio de poder configurador y no meramente represivo. Se trata de un ejercicio de poder que es represivo porque tiende a internalizar esa disciplina (a hacerla parte del propio equipo psicológico); actúa a nivel consciente, pero también —y quizá principalmente— inconsciente; elimina la espontaneidad y configura una sociedad de sometidos a una *vigilancia interiorizada* de la autoridad.

Es completamente ingenuo creer que el verdadero poder del sistema penal se ejerce cuando sus agencias detienen, procesan y condenan a un homicida, por ejemplo. Ese poder, que sólo se ejerce muy eventualmente, en forma altamente selectiva y rodeada de amplia publicidad a través de los medios masivos de comunicación social, es ínfimo comparado con el poder de control que sobre cualquier conducta pública o privada ejercen las agencias del sistema penal y con la internalización de esa vigilancia disciplinaria por gran parte de la población.

En la introyección del orden verticalizante es decisivo el papel de los medios masivos de comunicación social, que suelen operar desde etapas muy prematuras de la vida de las personas (especialmente la comunicación de entreteni-

mientos) ²¹, aunque no cabe descartar otros, como la escuela, los grupos de crianza, etc.

La vigilancia disciplinaria, verticalizante y militarizada de la sociedad, opera en forma que impide su percepción a nivel consciente en toda su magnitud. Por ello, a nivel consciente, las mismas personas vulnerables al sistema penal (los sectores carenciados y los disidentes molestos) no sienten temor ante el ejercicio de poder del sistema penal cuando aparece con su máscara de represión del "enemigo", pero esas mismas personas perciben como temible el ejercicio de poder de las agencias del sistema penal controlando cualquier conducta realizada en lugar público o privado (abrazar a otra persona, vestir de modo diferente, beber con amigos, caminar de madrugada, pasear con un perro, procurarse un objeto sexual, recoger cosas de residuos acumulados en la vía pública, sentarse en una esquina o en un parque, usar cabellos largos, raparse la cabeza, usar barba, disfrazarse, tocar un instrumento musical o cantar, expresar sus ideas o discutir-las, peticionar a las autoridades, etc.).

Prácticamente no hay conducta que no sea objeto de vigilancia por parte de las agencias del sistema penal o de las que se valen de la ejecutividad de las penales para realizar o reforzar su control, del que no se exceptúan ni siquiera las acciones más privadas, aunque resulten más vulnerables las realizadas en público, lo que también acentúa la selectividad de la vigilancia en razón del reparto del espacio urbano, que otorga menores oportunidades de privacidad a los más carenciados ²².

La circunstancia de que se perciba como todo el poder del sistema penal lo que no es más que una pequeñísima parte del mismo, y por añadidura precisamente la que sirve de pretexto para un verdadero ejercicio de poder, no pasa de ser uno más de los *caracteres perversos* del discurso de justificación del sistema penal; una de las *facetas perversas* del

²¹ Sobre la comunicación de entretenimientos en América Latina y la problemática general de la comunicación, Alcira Argumedo, *Los laberintos de la crisis*, Bs. As., 1984.

²² Cfr. Dennis Chapman, *Lo estereotipo del criminal*, Torino, 1971.

discurso jurídico-penal consiste en mostrar el ejercicio de poder del sistema penal como agotado en este ínfimo y eventualísimo ejercicio del mismo, que configura lo que se llama "sistema penal formal".

En síntesis y tomando en cuenta la programación legal, debe concluirse en que el poder configurador o positivo del sistema penal (el que cumple la función de disciplinarismo verticalizante) se ejerce al margen de la legalidad, en forma arbitrariamente selectiva, porque así lo planifica la misma ley, en razón de que la agencia legislativa deja fuera del discurso jurídico-penal amplísimos ámbitos de control social punitivo.

4. La legalidad ni siquiera se respeta en el ámbito del sistema penal formal. Pese a que el sistema penal "formal" no es más que el apéndice justificador del verdadero ejercicio de poder de las agencias del sistema penal, la legalidad ni siquiera se respeta en la operatividad social de éste.

La estructura de cualquier sistema penal hace que jamás pueda respetar la legalidad procesal. El discurso jurídico-penal programa un número increíble de hipótesis en que, a estar al "deber ser", el sistema penal interviene represivamente de un modo "natural" (o mecánico), pero las agencias del sistema penal disponen apenas de una capacidad operativa ridículamente inferior en comparación con la magnitud de lo planificado.

La disparidad entre el ejercicio de poder programado y la capacidad operativa de las agencias es abismal y, por otra parte, si se diese la inconcebible circunstancia de que su poder se incrementase hasta llegar a corresponder a todo el ejercicio programado legislativamente, se produciría el indeseable efecto de criminalizar varias veces a toda la población.

Si se criminalizasen todos los hurtos, todos los adulterios, todos los abortos, todas las defraudaciones, todas las falsedades, todos los cohechos, todas las lesiones, todas las amenazas, etc., prácticamente no habría habitante que no fuese varias veces criminalizado.

La realización de la criminalización programada conforme al discurso jurídico-penal es un supuesto tan absurdo como la acumulación de material bélico nuclear que permite ani-

quilar varias veces toda la vida planetaria. Son dos paradojas que parecen un signo de la civilización industrial acentuado hasta su máximo absurdo por la actual o naciente civilización "tecno-científica"; la diferencia más importante entre ambos extremos absurdos se halla en que, en tanto que el material bélico tiene un efectivo poder destructor (se acumula realmente justificándose con el discurso de que su acumulación anula cualquier posible programación de su uso), el sistema penal es un verdadero embuste: pretende disponer de un poder que no tiene, ocultando el verdadero poder que ejerce y, además, si tuviese realmente el poder criminalizante programado, provocaría una catástrofe social.

Nadie compra un piso impresionado por una hermosa maqueta ofrecida por una empresa notoriamente insolvente: sin embargo, compramos la supuesta seguridad que nos vende el sistema penal, que es la empresa con más notoria insolvencia estructural de nuestra civilización.

Ante el absurdo supuesto —no deseado por nadie— de criminalizar varias veces a toda la población, es obvio que el sistema penal está *estructuralmente* montado para que la legalidad procesal no opere, sino para que ejerza su poder con un altísimo grado de arbitrariedad selectiva que, naturalmente, se orienta hacia los sectores vulnerables. Esta selección es producto de un ejercicio de poder que también está en manos de las agencias ejecutivas, de modo que también en el sistema penal "formal", la incidencia selectiva de las agencias legislativa y judicial es mínima.

Las agencias legislativas, al inflar las tipificaciones, no hacen más que aumentar el arbitrio selectivo de las agencias ejecutivas del sistema penal y sus pretextos para ejercer un mayor poder controlador.

La selectividad estructural del sistema penal —que sólo puede ejercer su poder represivo legal en un número casi despreciable de las hipótesis de intervención planificada— es la más elemental demostración de la falsedad de la legalidad procesal proclamada por el discurso jurídico-penal. Las agencias ejecutivas tienen "espacio legal" para ejercer poder represivo sobre cualquier habitante, operando cuando lo deciden y contra quienes lo deciden.

Pero el sistema penal formal no sólo viola estructuralmente la legalidad procesal, sino que *también viola la legalidad penal*, para lo cual sigue distintos caminos:

a) La duración extraordinaria de los procesos penales provoca una distorsión cronológica que da por resultado que el auto de prisión preventiva —“de formal prisión”, “de reo”, etc.— se convierta en sentencia (porque la prisión preventiva se convierte en pena), la excarcelación o libertad provisoria cumple la función de una absolución y la sentencia formal la de un recurso extraordinario de revisión. Dado que el análisis fino de los límites de la punibilidad tiene lugar recién en el momento de la sentencia formal, el neto predominio de los “presos sin condena” en la población penal de toda la región²³ no sólo implica una violación a la legalidad procesal, sino también a la pena.

b) La carencia de criterios legales y doctrinarios claros para la cuantificación de las penas, deja márgenes de apreciación tan amplios y carentes de criterio regulador que, prácticamente, se entrega ese campo a la arbitrariedad, eliminándose la llamada “legalidad de las penas”.

c) La proliferación de tipificaciones con límites difusos, con elementos valorativos etizantes, con referencias de ánimo, con omisiones u ocultamientos del verbo típico, etc., son otras formas de debilitar o cancelar la legalidad penal.

d) Las agencias ejecutivas frecuentemente operan al margen de los criterios pautados para el ejercicio de poder por las agencias judiciales, de modo que cuando se produce la intervención de éstas, ya se han consumado efectos punitivos irreversibles sobre la persona seleccionada.

5. El ejercicio de poder abiertamente ilícito por parte del sistema penal. Tal como lo hemos señalado, el sistema penal no respeta la legalidad, porque para su verdadero y fundamental ejercicio de poder (el positivo configurador disciplinante) la misma ley se ocupa de renunciar a ella concediendo

²³ V. Elías Carranza - Luis Paulino Mora - Mario Ohued - E. R. Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina*, San José, 1983. La situación que se describe en ese trabajo se ha acentuado en los últimos años y muestra una tendencia progresiva en igual sentido.

un amplísimo margen de arbitrariedad a sus agencias. También hemos señalado que, estructuralmente, el ejercicio de poder menos importante del sistema penal, esto es, el que corresponde al pretexto que le permite ejercer el anterior, tampoco cumple con la legalidad procesal ni con la penal.

Hasta aquí hemos señalado violaciones a la legalidad que operan dentro de la arbitrariedad o renuncia planificada por la misma ley, pero, además de estas violaciones, en la operatividad social de los sistemas penales latinoamericanos tiene lugar un violentísimo ejercicio de poder al margen de toda legalidad. Basta revisar cualquier informe serio de organismos regionales o mundiales de Derechos Humanos para comprobar el increíble número de secuestros, homicidios, torturas y corrupción, cometidos por agencias ejecutivas del sistema penal o por su personal.

A esto debemos agregar la corrupción, las actividades extorsivas y la participación en los beneficios de actividades tales como el juego, la prostitución, el contrabando, el tráfico de tóxicos prohibidos, lo que no suele ser registrado en los informes de los organismos de Derechos Humanos pero que pertenece a la incuestionable realidad de nuestros sistemas penales marginales.

Como conclusión de lo que hemos expuesto podemos afirmar:

a) *Que la legalidad no proporciona legitimidad, por quedar pendiente de un vacío que sólo la ficción puede llenar;*

b) *Que el principal y más importante ejercicio de poder del sistema penal se realiza dentro de un marco de arbitrariedad concedido por la misma ley.*

c) *Que el ejercicio de poder menos importante del sistema penal sirve de pretexto para el otro y tampoco respeta ni puede respetar la legalidad.*

d) *Que además de señalarse que el ejercicio de poder del sistema penal no respeta ni puede respetar la legalidad, es necesario tener en cuenta que en forma abierta y extrema se viola la legalidad en la operatividad social de nuestros sistemas penales, con el altísimo número de hechos violentos y*

de corrupción practicados por las propias agencias del sistema penal.

III. LA PERVERSION INMOVILIZA AL DISCURSO JURIDICO-PENAL

La perversión del discurso jurídico-penal lo caracteriza como un ente que se enrosca sobre sí en forma envolvente, al punto de inmovilizar frecuentemente a sus más inteligentes críticos, especialmente cuando guardan alguna relación con la práctica de las agencias judiciales y con la necesidad de defensa concreta y cotidiana de los Derechos Humanos en la operatividad de esas agencias. De esta manera, la perversión es la característica que le cristaliza su propia dinámica discursiva, pese a su evidente falsedad.

Si bien el principal ejercicio de poder del sistema penal tiene lugar sin la intervención de la agencia judicial (a la que se limita el poder de los juristas) cuando en este ámbito deben defenderse los Derechos Humanos, sus defensores terminan dando por ciertos los presupuestos del discurso jurídico-penal que deben esgrimir y, con ello, admiten casi sin percatarse la racionalización justificadora de todo el ejercicio de poder del sistema penal.

La crítica no coyuntural al sistema penal se percibe como una amenaza a los Derechos Humanos en el ámbito de la agencia judicial y, ante ello, preocupados por necesidades más urgentes, prefieren ignorarla, colocarla entre paréntesis, dejarla en suspenso, atribuirle a circunstancias coyunturales (lo que es una forma de negación) o refugiarse en el contradictorio argumento de la "impotencia-omnipotencia", que otorga al discurso jurídico-penal un mero valor instrumental.

Como los juristas dan por cierto el discurso jurídico-penal en el limitado ámbito de su agencia judicial, esto produce efectos reales, pese a ser falso el discurso, conforme al conocido mecanismo del *teorema de Thomas*: "Si los individuos definen las situaciones como reales, son reales sus consecuencias"²⁴. Estos efectos reales son las reacciones favorables de

²⁴ Robert K. Merton, *Teoría y estructuras sociales*, México, 1964, pág. 419.

las agencias judiciales (en reducida y flexible medida) respecto de los Derechos Humanos. Definida la operatividad del sistema penal conforme a la legalidad, en muchos casos la agencia judicial reacciona conforme a la legalidad.

No obstante, estos efectos reales no son consecuencia de ninguna operatividad legal del sistema penal, sino del mero efecto de dar por cierta una legalidad utópica (irrealizable) en el limitadísimo ámbito del ejercicio de poder de la agencia judicial, esto es, del poder menos importante que ejerce el sistema penal.

Si un grupo de personas estuviese a punto de darnos muerte y no tuviésemos posibilidad alguna de defensa, pero en ese preciso instante el grito de una lechuza les anunciase la presencia de un "alma en pena", infundiéndoles tal miedo que inmediatamente nos liberasen huyendo despavoridos, no cabe duda de que nos felicitaríamos infinitamente por la accidental presencia de la lechuza, pero eso no significaría que comencemos a creer que las lechuzas son "almas en pena". El discurso jurídico-penal es tan perverso que, a partir de la presencia salvadora de la lechuza, hace que los juristas conecten seriamente las "almas en pena" con las lechuzas enamoradas.

IV. SIGNOS TEORICOS DE LA SITUACION CRITICA EN AMERICA LATINA

Los signos teóricos de la situación crítica a que nos venimos refiriendo pueden percibirse en diferentes ámbitos, direcciones e intereses del saber. Entre los principales signos teóricos mencionaremos la *crítica general al derecho*, pese a su escasa repercusión académica en el ámbito penal: la marcada *preocupación por la legitimidad del poder* puesta de manifiesto en investigaciones jusfilosóficas llevadas a cabo en la región; la acentuada *preocupación de las investigaciones jushumanistas y de los organismos de Derechos Humanos por el sistema penal*; y, por último, aunque quizá de la mayor importancia como motor de la situación, la *criminología de la reacción social difundida en el área* y el debate a que ha dado lugar.

1. **Crítica al Derecho.** Puede señalarse como ejemplo la crítica al derecho de Novoa Monreal²⁵, quien, pese a ser uno de los más destacados penalistas de la región, orienta su crítica hacia conceptos básicos del derecho privado.

Novoa Monreal centra su crítica en el rechazo de “el” derecho entendido únicamente como el que responde sólo a una concepción “liberal-individualista”, que parece identificar con una idea quiritaria de la propiedad. Por ello, le niega al jurista la función de tutor de un pretendido “derecho natural” que determine los contenidos del derecho, tarea que reserva a la política, dejando para la labor técnica del jurista una actividad interpretativa a la que niega el carácter de “ciencia”. No debe entenderse que Novoa Monreal cae en un simple positivismo trasnochado y consagrante de la omnipotencia legislativa, puesto que recalca expresamente el sometimiento del legislador a los límites de los Derechos Humanos, considerados como conquista de la cultura universal independiente del “derecho natural”, independencia que funda en la gestación histórica del jusnaturalismo como ideología, que aceptaba y racionalizaba la esclavitud.

La crítica jurídica de Novoa Monreal es irrefutable en cuanto al aspecto en que se centra, esto es, en cuanto a la negación del derecho como ideología justificadora de un concepto quiritario de propiedad, pero no creemos que la misma permita superar la situación crítica respecto del discurso jurídico-penal y de la deslegitimación del sistema penal como ejercicio de poder o, al menos, no queda suficientemente claro el camino por el cual pueda hacerse²⁶.

Cabe compartir las dudas acerca del carácter de “ciencia” del derecho, aunque para nosotros esas dudas no se derivan

²⁵ Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, 1981; *Elementos para una crítica y desmistificación del derecho*, Bs. As., 1985.

²⁶ No pretendemos valorar aquí toda la crítica jurídica de Novoa Monreal. Una posible hipótesis a su respecto es que quizá siga el destino de otras teorías, elaboradas en sentido muy diferente, pero que han terminado por no considerarse aptas para abarcar al derecho penal, fenómeno que posiblemente se derive, justamente, de que el derecho penal no “resuelve” los conflictos, es decir, no es un “modelo” de solución de conflictos.

tanto de la problematización del derecho, sino de que el mismo concepto de "ciencia" es producto de una manipulación del poder a lo largo de la historia²⁷, pero queda en suspenso la función que esta crítica general al derecho le asigna al penalista cuando al descubrir la falsedad del discurso jurídico-penal lo encuentra a la vez perverso. Si el legislador debe respetar los límites que le imponen los Derechos Humanos —como lo postula correctamente Novoa Monreal— cabe preguntarse cómo puede limitarse el jurista a la función técnica que le asigna, si ello implicaría fortalecer la lógica interna de un discurso que se usará para difundir las *peines perdues*. Si el discurso es perverso, si se basa en falacias acerca de la realidad operativa de los sistemas penales, si esta realidad es un verdadero genocidio en marcha y el ejercicio de poder más importante del sistema penal queda fuera del campo abarcado por el discurso jurídico-penal, el penalista que limita su función a mera técnica no hará otra cosa que perfeccionar un discurso que racionaliza la contribución de la agencia judicial a semejante empresa.

La tesis de Novoa Monreal es admisible en el ámbito del derecho privado, pero, al menos en los términos en que está expuesta, no parece poder extenderse fácilmente al ámbito del derecho penal, porque resultaría sumamente contradictoria: el jurista se convertiría en un racionalizador de la violación de Derechos Humanos que consuma la operatividad real de nuestros sistemas penales. Es muy probable que esta diferencia provenga de algunos supuestos en que Novoa Monreal no toma suficientemente en cuenta la operatividad real de los sistemas penales: no percibe una contradicción estructural entre la ideología de los Derechos Humanos y la ideo-

²⁷ Para no mencionar a los autores contemporáneos y, en particular, el muchas veces recurrido trabajo de Foucault (*La verdad y las formas jurídicas*), vale la pena remitirse a autores ya lejanos, como Wilhelm Wundt, *Introd. a la filosofía*, trad. de Eloy Luis André, Madrid, 1911, T. I, págs. 35 y sgts. En nuestro campo penal cabe recordar que en 1961 Luciano Pettoello Mantovani había puesto en duda el valor de la "ciencia penal" entendida en lo que llamaríamos, sentido "formal" o "tecnocrático" (2ª ed., *Il valore problematico della scienza penalistica, 1961-1983. Contro dogmi ed empirismi*, Milano, 1983).

logía justificadora del ejercicio de poder de los sistemas penales.

2. **Preocupación por la legitimidad del poder.** En los últimos tiempos, la cuestión de la legitimidad del poder se ha convertido en un tema casi reiterativo en la filosofía jurídica de nuestro margen²⁸. Es imposible abarcar aquí este fenómeno en toda su magnitud y menos aún analizar y valorar sus aportes.

A mero título ejemplificativo mencionamos los trabajos de Hernández Vega²⁹, quien rechaza terminantemente que la legalidad pueda proporcionar legitimidad y concluye descalificando cualquier pretensión de aislar al derecho y al ejercicio del poder de un marco ético. Demuestra que el poder se presenta como un hecho social, pero también como una realidad moral (idealidad ético-racional), lo que no puede ser de otro modo, desde que el poder se ejerce mediante acciones humanas. En esta duplicidad radica para Hernández Vega el "enigma" del poder, su "aporía", en la permanente tensión entre realidad e idealidad, que trata de expresar mediante una lógica dialéctica.

3. **Preocupación jushumanista por el sistema penal.** Los grupos e iniciativas civiles latinoamericanos están poniendo de manifiesto una creciente preocupación por el sistema penal. Muchos de esos nucleamientos aparecieron como resistencia civil al terrorismo de estado y, en los países donde esa etapa parece superada, no pueden menos que percibir la permanencia casi intacta de las agencias que ejecutaron ese terrorismo, con su mismo poder administrado en forma más prudente o dirigido sobre otros sectores sociales. El asombro o la búsqueda de explicaciones coyunturales ante la carencia de un marco teórico suele ser la primera reacción ingenua, a la que

²⁸ Por ejemplo, la revista "Contradogmáticas" (Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul - ALMED), Sta. Cruz do Sul; M. Celeste C. Leite dos Santos, *Poder jurídico e violência simbólica*, São Paulo, 1985; Luiz Fernando Coelho, *Teoría crítica do direito*, Curitiba, 1987; Luis Alberto Warat, *A pureza do poder. Uma análise crítica da teoria jurídica*, Florianópolis, 1983; (autores varios), Universidade de Brasília, Educação a distância, *O direito achado na rua*, Brasília, 1988.

²⁹ Raúl Hernández Vega, *Problemas de legalidad y legitimidad del poder*, Xalapa, Ver., 1986.

paulatinamente va sucediendo un marcado interés por el sistema penal.

En el plano institucional regional, por primera vez se lleva a cabo un programa especial en la región convocado por un organismo hemisférico que reúne a penalistas y criminólogos latinoamericanos³⁰. Más allá de toda propuesta concreta, esa investigación ha puesto de manifiesto en forma considerablemente circunstanciada la disparidad entre el discurso jurídico-penal y la realidad operativa del sistema penal.

4. **Crítica criminológica.** Los signos teóricos de la situación crítica a que venimos haciendo referencia son, sin duda, importantes, pero el sacudón teórico más formidable y prácticamente precipitante de la misma fue la difusión de la *criminología de la reacción social* en la región, protagonizada por numerosos autores³¹, que puso fin a un lento proceso en cuyo transcurso se fue eclipsando la ingenua confianza en los resultados operativos de un mero perfeccionamiento técnico-legislativo, convicción que parece haber alcanzado su máxima expresión ideológica con el llamado "código penal tipo latinoamericano" en la década de los años sesenta.

Al irrumpir la criminología de la reacción social en América Latina, la falsedad del discurso jurídico-penal fue poniéndose de manifiesto con mucha mayor evidencia que en los países centrales, dada la violencia operativa mucho más alta o menos sutil de nuestros sistemas penales marginales. Por otra parte —y quizá ésta haya sido su contribución más importante— neutralizó por completo la ilusión del supuesto defecto coyuntural, superable en un nebuloso futuro.

³⁰ Inst. Int. de Ds. Hs. *Sistemas penales*, cit.; como trabajos particulares cabe mencionar entre los más recientes el de Gonzalo D. Fernández, *Derecho Penal y Derechos Humanos*. Montevideo, 1988.

³¹ La bibliografía crítica latinoamericana es de considerable volumen. Entre sus más connotados autores cabe mencionar a Lola Aniyar de Castro, Rosa del Olmo, Roberto Bergalli, el malogrado Emilio Sandoval Huertas, Emilio García Méndez, etc. Un interesante debate que al mismo tiempo sintetiza la historia del movimiento puede verse en "Doctrina Penal" (1985-1986). Los trabajos de quienes participaron en el mismo (Novoa Monreal, Aniyar de Castro, Rosa del Olmo, Roberto Bergalli) se publican conjuntamente en "Criminología", 1987, págs. 7-67.

En los países centrales, el discurso jurídico-penal puede sostenerse por cierto tiempo sin mayores variantes, ignorando la crítica criminológica o sociológica, pero para el penalismo latinoamericano esa situación se hace particularmente insostenible, a causa de la gravedad de los resultados prácticos de la violentísima operatividad de los sistemas penales.

Sólo el ejercicio mismo del poder puede intentar neutralizar la situación crítica en América Latina, pero no puede hacerlo generando un "saber" propio, porque también en este caso se trata de un fenómeno derivado del poder planetario o injertado en la red del mismo en posición marginal. El saber de las usinas ideológicas centrales, al transnacionalizarse, se vuelve disfuncional para el ejercicio del poder de los sistemas penales marginales, por lo cual, el único camino que resta a las agencias de éstos para encubrir su poder es la *desinformación teórica*. No en vano las agencias de los sistemas penales latinoamericanos favorecen la reiteración de discursos criminológicos administrativos, del discurso jurídico-penal más tradicional, de la estigmatización como "extranjerizantes" de los discursos centrales en función de un chauvinismo "científico" que repite discursos seculares, etc.

Una de las vías más efectivas para lograr la desinformación teórica es la "satanización", como "marxista", de cualquier crítica deslegitimante del sistema penal. Como veremos, ese calificativo tiene en los países centrales una connotación considerablemente amplia y discutida, dando la sensación de que se lo disputan, pretendiendo distintas vertientes ser los verdaderos intérpretes de Marx, pero en América Latina sufre una transformación que pasa por alto toda la gama de colores y matices centrales³², excede su marco hasta límites absurdos y termina por designarse como tal *todo lo que constituye o amenaza constituir un contrapoder para la verticalización militarizada de nuestras sociedades periféricas*. Dicho brevemente, "marxista" es en América Latina, cualquier pensamiento o conducta que, sin importar si tiene o no relación con el discurso de Marx o con cualquiera de las múltiples

³² Sobre este fenómeno, Constantino Láscaris, *Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica*, San José, 1983.

versiones que pretenden derivarse de su pensamiento, es percibido por las agencias locales de control social como amenaza para su poder o por agencias del poder central como disfuncionales para el ejercicio de poder periférico.

Obviamente que éste es el *contenido mínimo* de la idea de "marxismo" como *funcional-delatoria*, pero que se amplía según el grado de terrorismo de estado imperante y según las circunstancias, que pueden permitir que cualquier enemigo personal introduzca en él variables mucho más insólitas, con tal que alguna agencia controladora resulte convencida al respecto. Prácticamente, "marxista" abarca todo el *variable campo de lo susceptible de delación*, logrando independizar de este modo, en nuestro margen, su funcionalidad delatoria de sus límites ideológicos, por discutibles que puedan ser éstos en los países centrales. El concepto "marxista" se convierte en un *instrumento funcional de delación*, que no es susceptible de ninguna delimitación ideológica, cuyo contenido es variable sólo en función de su eficacia delatoria coyuntural (en otros contextos pueden cumplir funciones análogas otros calificativos, que se vacían de contenido semántico para cumplir un mero papel instrumental en razón de su variable eficacia delatoria: "fascista", "burgués", "liberal", etc.).

Como no podía ser de otra manera, la crítica social al sistema penal se "denunció" como "marxista". En homenaje a la seriedad mínima que merece la consideración de cualquier ideología, se hace necesario precisar algo en lo que insistiremos más explícitamente: la deslegitimación teórica del sistema penal y la falsedad del discurso jurídico se operan de modo irreversible por la teoría del etiquetamiento, que responde al interaccionismo simbólico, y que aunque la crítica a esta teoría por parte de quienes la consideran limitada³³ puede ser hasta cierto punto cierta, en nada mella su valor deslegitimante y demoledor del discurso jurídico-penal, consignando que el interaccionismo simbólico y la fenomenología

³³ Uno de sus implacables críticos es Alvin W. Gouldner, *Crisis de la sociología occidental*, Bs. As., 1979.

nada tienen que ver con el marxismo, sino con el pragmatismo —particularmente de Mead³⁴— y con Husserl³⁵.

Es obvio que esta explicación sería ridícula en los países centrales, donde se maneja un concepto confuso y discutido de "marxismo", pero que pretende estar referido al nivel ideológico, aunque también es bueno señalar que resultará completamente inútil en nuestro margen, donde seguirá incluyéndose en él a la crítica criminológica, puesto que conservará su valor delatorio en la medida en que el poder no encuentre otro instrumento de delación más idóneo.

De cualquier manera, los esfuerzos del poder de las agencias del sistema penal no han logrado evitar la situación crítica, que se sobrepone a estos esfuerzos, como una impronta ética que desde la autenticidad de lo humano en cualquier emergencia negativa, ha llegado a traspasar la fuerza de todo el ejercicio genocida del poder.

V. LA DESLEGITIMACION POR LOS HECHOS MISMOS

No existe "teoría" que por sí misma tenga fuerza suficiente para vencer una estructura que se interioriza desde etapas muy tempranas de la vida de las personas, si no va acompañada de un hecho de particular evidencia, que opere como "choque" con la realidad. Hay hechos cuya percepción puede perturbarse, pero no cancelarse, dada su notoriedad. De esta manera, se manifiestan en forma de cortocircuitos del mecanismo inventor de realidad, iluminando a ésta con relámpagos que frecuentemente impulsan a la acción como opción de conciencia abierta.

Entre estos hechos, el más notorio en nuestro margen y del que puede derivarse toda una ética deslegitimante, es la muerte. Se trata de una deslegitimación que está más allá de

³⁴ George Herbert Mead, *Espíritu, persona y sociedad desde el punto de vista del conductismo social*, trad. de Floreal Mazía, Barcelona, 1982.

³⁵ Como fuente directa de esta vertiente, en sociología Peter Berger - Thomas Luckman, *La construcción social de la realidad*, Bs. As., 1986; Alfred Schutz, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, 1974.

los marcos teóricos, porque golpea directamente sobre la conciencia ética. No requiere demostración científica, porque se “percibe”: nadie sería tan necio de negar que los muertos están muertos. La técnica terrorista de estado del desaparecimiento forzado de personas, en lugar de ocultar el hecho a la conciencia ética, no ha hecho más que presentarlo en colores más vivos, pues al evitar el ritual de muerte y la elaboración del duelo, hizo más incierta la ausencia de la muerte y así bajó la incertidumbre del nivel de las escatologías religiosas al de la escatología intra-mundana.

Los esfuerzos del saber jurídico y de la comunicación masiva, por inventar una realidad que evite la deslegitimación provocada por la percepción directa de los hechos y que opere en forma inmediata sobre la conciencia ética, son increíblemente formidables. Puede afirmarse que difícilmente se encuentre un esfuerzo análogo en la civilización tecno-científica. Se ha insistido muchísimo en los esfuerzos llevados a cabo por el poder en el campo del control de la sexualidad, pero si bien admiten cierto grado de comparación —y teniendo en cuenta además que no son del todo independientes—, no puede negarse que su eficacia como invención de realidad en lo que hace al poder del sistema penal parece ser mucho mayor, puesto que en algunos niveles da la impresión de perturbar la percepción de los fenómenos hasta el grado de suprimir eventualmente la sensopercepción misma.

En el ámbito del control de la sexualidad no existe un saber especializado institucionalizado capaz de normar con el mismo grado de prestigio y confianza que detenta el sistema penal. Tampoco los que denuncian la realidad en este ámbito se hallan maniatados por una perversión que les haga temer que la percepción más adecuada y crítica aumente la represión.

Pese al formidable esfuerzo de invención de la realidad, que parece tener mucho más éxito en los países centrales, en nuestro margen no logra ocultar completamente la realidad operativa de los sistemas penales.

El número de muertes causadas por nuestros sistemas penales, al acercarse y a veces superar al total de homicidios de “iniciativa privada”; el ya mencionado fenómeno de muertes culposas por tránsito y la indiferencia del sistema; la mis-

ma indiferencia por los abortos y por las muertes por carencias alimentarias y asistenciales; los procesos de deterioro de personas, morbilidad y condicionamiento para posterior muerte violenta, o la muerte violenta directa en las prisiones y entre el propio personal de algunas agencias ejecutivas, otorgan una enorme magnitud al *hecho de muerte* que signa al ejercicio de poder de nuestros sistemas penales. Es indudable que ese fenómeno puede ocultarse a las instancias conscientes mediante algunas resistencias y negaciones introyectadas, pero es imposible impedir totalmente su captación, por intuitiva y defectuosa que sea, a nivel de *conciencia ética*.

Frente a esta constatación —a la que se agrega el enorme volumen de violencia provocado por las agencias del sistema penal en forma de corrupción, deterioro, muerte violenta de sus propios integrantes, privaciones de libertad, extorsiones, etc.—, suele sostenerse que toda esta enorme violencia es preferible a una supuesta eclosión incontenible del delito de “iniciativa privada” y de la “justicia por propia mano”, ante la ineficacia del sistema penal. Más adelante nos ocuparemos particularizadamente de estas respuestas³⁶, pero aquí nos interesa señalar *que estos argumentos implican varias confesiones sin tapujos*:

a) admiten implícitamente que ya no puede afirmarse que el monopolio de la violencia pertenece al estado, sino que es más adecuado afirmar *que sus agencias pretenden el monopolio del delito*;

b) se admite expresamente que *la legalidad es una ficción*;

c) el sistema penal se convierte en una especie de “guerra sucia” del momento de la política, en la que *el fin justifica los medios*;

d) dada la selectividad letal del sistema penal y la impunidad consiguiente para otras personas que no son vulnerables al mismo, debe admitirse que su ejercicio de poder se orienta a la contención de grupos bien determinados y no a la “represión del delito”.

No hay ninguna formulación teórica latinoamericana que haga pública seriamente esta ideología, aunque se suele ex-

³⁶ V. *infra*, págs. 100 y sgts.

presar con sinceridad en voz baja en casi todos los círculos académicos, en una suerte de funcionalismo teóricamente subdesarrollado: “La ley está bien para contener los excesos, pero con la ley estricta no vamos a ningún lado, porque no se puede parar a los *negros*”; el incuestionable mérito de la sinceridad de esta formulación está aún a la “búsqueda de autor”.

VI. EL DESPRESTIGIO DE LOS DISCURSOS PENALES LATINOAMERICANOS POR SUS VINCULOS IDEOLOGICOS GENOCIDAS

1. **El discurso jurídico-penal.** Durante muchas décadas el discurso jurídico-penal predominante fue el positivista-peligrosista, integrado con la criminología de esa vertiente, pero, superada esta etapa, pasó a asentarse sobre una base neo-kantiana harto heterodoxa, que tomó elementos de cualquiera de las variables del neo-kantismo, en la medida en que le fueron útiles. Recién en las dos últimas décadas, con gran resistencia y admitiendo más las consecuencias dogmáticas que la base realista, sufrió un relativo resquebrajamiento con la introducción del finalismo³⁷.

No obstante, nunca se profundizaron las consecuencias teóricas de la teoría de las estructuras lógico-reales en el campo jurídico-penal y en los casos en que se intentó hacerlo en la filosofía del derecho, fue por lo general para criticarla y descartarla³⁸, en tanto que en los últimos años tiende a adoptarse un “finalismo” formal —por así llamarlo— centrado casi exclusivamente en requerimientos de completividad lógica de la construcción teórica del delito.

En un marco jurídico más amplio, el neo-kantismo fue el recurso más comúnmente usado para legitimar en América Latina los regímenes de “facto”, su legislación (incluso su legislación penal) y los mismos “actos constitucionales” de

³⁷ Hans Welzel, *Kausalität und Handlung*, en “Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie”, Berlin, 1975 (como trabajo pionero). Más específicamente: *Macht und Recht*, idem, pág. 288; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, idem, pág. 274.

³⁸ Por ejemplo: Ernesto Garzón Valdez, *Derecho y naturaleza de las cosas*, Córdoba, 1970; Luis Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, 1971.

los poderes de "facto". Igualmente, Latinoamérica conoce desde siempre el fenómeno del constitucionalismo formal con dictadura real, y también estas modalidades de terrorismo de estado apelan a la escisión que el neo-kantismo provoca entre realidad y normatividad.

Esta particular preferencia por la manipulación heterodoxa del neo-kantismo no es de extrañar. La fractura que con mayor o menor intensidad —según sus variables o escuelas— permite o impone el neo-kantismo, obliga al discurso jurídico-penal a separarse cuidadosamente de la realidad. Mediante este pensamiento puede admitirse un "realismo trascendente", en el sentido de que las cosas están fuera del sujeto y son independientes de su conocimiento, pero como el conocimiento sólo puede tener acceso a ellas a través del valor jurídico, que opera como único ordenador que lo hace accesible a la razón, resulta que en definitiva es siempre el valor jurídico (que en nuestro margen es siempre un acto de poder, por arbitrario que sea) el que nos dice "cómo son" las cosas³⁹.

Esta manipulación de la heterodoxia teórica que caracteriza las decisiones judiciales con implicancia política en nuestro margen, da por resultado un verdadero renacimiento de la teoría medieval de la "doble verdad", permitiendo una exquisita esquizofrenización del saber jurídico, que se erige en un campo esotérico que carece de contacto con la realidad, que se inventa hasta límites en que el jurista queda reducido a un racionalizador de los contenidos verdaderamente delirantes del legislador⁴⁰.

Es obvio que los sectores populares y desposeídos de nuestro margen no depositan ninguna confianza en un derecho concebido de este modo, tradición que viene de antiguo y que recoge ampliamente el folklore de nuestros pueblos⁴¹.

³⁹ La descripción no es igualmente válida para todas las versiones del neo-kantismo en filosofía jurídica. No obstante, aún en las versiones de idealismo moderado igualmente queda abierto el camino para una acentuación del idealismo.

⁴⁰ Un buen ejemplo de esta suerte de "delirio legislativo" es la pretensión de que los subordinados no realizan "acciones" en los casos de obediencia debida.

⁴¹ Es clásica la cita del "Martín Fierro": "La ley se hace para todos/mas sólo al pobre le rige./La ley es tela de araña,/en mi igno-

2. **El discurso criminológico.** El discurso criminológico latinoamericano nació y se mantuvo hasta años muy recientes vinculado estrechamente al positivismo criminológico, particularmente italiano. Sus vínculos ideológicos genocidas son mucho más estremecedores que los del propio discurso jurídico.

El fundador de la criminología argentina, enfrentado durante uno de sus viajes a Europa con los habitantes de Cabo Verde, afirmaba que eran "harapos de carne humana" más próximos a los antropoides que al hombre, al tiempo que defendía la esclavitud como institución tutelar y concluía que para ejercer los derechos civiles es necesario haber alcanzado previamente un grado suficiente de evolución biológica⁴². Su par brasileño, desde Bahía afirmaba —siguiendo la línea de la psiquiatría racista francesa de Morel— que los mulatos eran desequilibrados morales y que su responsabilidad penal debía ser disminuida o excluida conforme a los postulados del discurso penal tradicional⁴³, considerando así en "estado peligroso" a la mayor parte de la población de su país. En la última posguerra, una discusión análoga tuvo lugar en Bolivia, allí respecto del indio, con lo cual también trataba de colocarse en "estado peligroso" a la mayoría popular⁴⁴.

rancia lo explico,/no le tema el hombre rico,/nunca le tema el que mande,/pues la ruerpe el bicho grande/y sólo enrieda a los chicos./ Es la ley como la lluvia,/nunca puede ser pareja./El que la aguanta se queja,/pero el asunto es sencillo;/la ley es como el cuchillo,/no ofiende a quien lo maneja". No menos elocuente es la tradición ecuatoriana: "Alhaja es mi comisario;/Al perro sabe imitar,/Que sólo al de poncho muerde,/Y al de levita jamás". O bien: "Si en el fallo de los jueces/Alguna justicia notas,/Ve los pies del delincuente/Y los hallarás con botas" (Juan León Mera, *Cantares del pueblo ecuatoriano*, Quito, ed. facc., s.f. (1980?).

⁴² José Ingenieros, *Las razas inferiores*, en "Crónicas de viaje (Al margen de la ciencia) 1905-1906", "Obras Completas", vol. V, Buenos Aires, 1957.

⁴³ Raimundo Nina Rodrigues, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Bahía, 1957; *Os africanos no Brasil*, 1982. Fue el profesor de Medicina Legal en la Universidad de Bahía y se le considera el pionero de la criminología brasileña (1862-1906).

⁴⁴ El debate puede verse sintetizado en la *Criminología* de Huáscar Cajías K., La Paz, 1964; sus protagonistas fueron López-Rey Arrojo y Medrano Ossio, éste último con la tesis peligrosista; terciaron en el debate otros conocidos penalistas de la década, bolivianos y extranjeros.

Desde la terminación de la última guerra mundial —y pese a los tardíos rebrotes racistas, como el boliviano y algunos otros— el discurso criminológico ha moderado muchísimo sus expresiones abiertamente racistas, manteniéndose en una línea “etiología” pretendidamente más “científica”, pero que no oculta para nada su raíz positivista y peligrosista. Prueba de ello fue la amplia aceptación que tuvo en nuestro margen la traducción de la obra de Exner⁴⁵, que sostiene que la criminalidad negra en los Estados Unidos obedece a que la sociedad blanca exige a los negros un esfuerzo para el que no están biológicamente preparados.

El peligrosismo criminológico recibió un nuevo impulso al llegar a América Latina —y especialmente a Cuba— la criminología soviética que, al menos en sus versiones traducidas⁴⁶ se enmarca en esta corriente y que coincide con la larga tradición peligrosista del pensamiento penal cubano.

La criminología etiología latinoamericana fue primero racista (era el discurso a la medida de las minorías proconsulares de las repúblicas oligárquicas, que entran en crisis a partir de la Revolución Mexicana) y luego, sin dejar de ser positivista, se convirtió en el complemento ideal del derecho penal más o menos neo-kantiano: éste sólo se ocupaba del “deber ser”, con lo cual el poder señalaba los límites del saber criminológico; la criminología se ocupaba de la “etiología” de las acciones de las personas seleccionadas por el poder del sistema penal; ninguno de ambos se ocupaba de la realidad operativa del sistema penal, cuya legitimidad no se cuestionaba. El discurso jurídico-penal neo-kantiano no corría riesgo alguno y hasta salía reforzado con el aparente apuntalamiento de los datos de una “ciencia natural”.

⁴⁵ Exner viajó a los Estados Unidos en los años treinta y regresó a Alemania muy complacido con los aportes de sus colegas norteamericanos, cuyas teorías no diferían mucho del biologismo de los nazis, sólo que aplicados a la política inmigratoria y con leyes de esterilización de delincuentes que habían sido admitidas por la justicia (sobre ello, Stephan L. Chorover, *Del génesis al genocidio*, Madrid, 1985; Franz Exner, *Biología criminal*, trad. de Juan del Rosal, Barcelona, 1957).

⁴⁶ G. Avasenov, *Fundamentos de la criminología*, Moscú, 1985; en general, no difiere mucho de la criminología de la República Democrática Alemana (*Sozialistische Kriminologie*, Berlin, 1971).

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS FUENTES TEORICAS DE LA DESLEGITIMACION EN LOS PAISES CENTRALES

I. LA SITUACION PREDISPONENTE GENERADA POR UN DISCURSO EMPOBRECIDO. 1. Las antropologías anacrónicas. 2. El juego de las ficciones. — II. LA DESLEGITIMACION DEL SISTEMA PENAL DESDE EL MARCO TEORICO MARXISTA. 1. Dificultades para delimitar el marco teórico marxista. 2. La deslegitimación del Paşukanis y la re-legitimación stalinista. 3. La teoría crítica de la sociedad. 4. La versión deslegitimante de Quinney. 5. El "minimalismo" penal de Alessandro Baratta. 6. Pavarini y la mala conciencia del buen criminólogo. — III. LA DESLEGITIMACION POR EL INTERACCIONISMO SIMBOLICO Y POR LA FENOMENOLOGIA. — IV. LA DESCALIFICACION FOUCAULTIANA. — V. EL PARADIGMA DE LA DEPENDENCIA. — VI. BALANCE DE LA DESLEGITIMACION TEORICA CENTRAL.

I. LA SITUACION PREDISPONENTE GENERADA POR UN DISCURSO EMPOBRECIDO

1. **Las antropologías anacrónicas.** La deslegitimación de los sistemas penales y el desprestigio de los discursos jurídico-penales no se produjo abruptamente en el marco teórico de los países centrales, sino que fue un largo proceso de desocultamiento de datos reales que culminó con la deslegitimación. Este proceso fue acompañado por un paralelo empobrecimiento filosófico del discurso jurídico-penal, hasta el punto de sobrevivir casi intactas dentro de ese discurso, concepciones del hombre o antropologías filosóficas que hace muchas décadas han desaparecido de las corrientes generales del pensamiento.

El nivel medio del penalismo fue abandonando su vieja pretensión de coherencia filosófica, empobreciendo su discurs-

so hasta tornar común la mezcla arbitraria de elementos de ideologías incompatibles. Cabe acotar que desde el mismo campo filosófico fueron menores los elementos que se ofrecían al penalista, en la medida en que buena parte de sus cultores renunciaba a las preguntas fundamentales por la vía del cientificismo reduccionista. De allí que mientras el discurso jurídico-penal se empobrecía, la filosofía descuidaba su tradicional objeto de interés y, por ello, no fue la filosofía la que puso en crisis al discurso jurídico-penal, porque no disponía de una atalaya desde la cual hacerlo; justamente por ello la deslegitimación fue obra principalmente del saber sociológico.

De cualquier manera, al operarse la deslegitimación, la debilidad antropofilosófica del discurso jurídico-penal —que se había convertido en una verdadera reserva de supervivencia de especies extinguidas del pensamiento— facilitó la tarea considerablemente.

Las antropologías filosóficas (u ontologías regionales humanas) que dominan el discurso jurídico-penal son, básicamente, las siguientes: a) la *positivista* (o sea, al reduccionista-biologista o burdamente materialista) que nutre el discurso racista-peligrosista; b) la *kantiana*, que da base a todas las formas de retribucionismo; c) la *hegeliana*, que limita el retribucionismo a los sectores sociales “incorporados” a los valores que el poder consagra; y d) la *neo-idealista* (gentiliana), que ofrece la base para la superposición del retribucionismo con la neutralización peligrosista.

Para la antropología *positivista* el hombre es un ente determinado causalmente; para la *kantiana* es siempre un ente libre que elige conforme a su conciencia; para la *hegeliana* es libre siempre que no deba ser considerado “diferente”, en cuyo caso la libertad sólo es potencial; para la *gentiliana*, siempre está en cierta medida determinado y en cierta medida es libre.

Estas antropologías han dado lugar a discursos jurídico-penales que sólo incorporan medidas neutralizantes (*positivista*), que sólo admiten penas retributivas (*kantiano*), que permiten que las medidas neutralizantes “vicaríen” con las penas retributivas (*hegeliano*) o que acumulan penas retributivas y medidas neutralizantes en “doble vía” (*gentiliano*).

Creemos que no decimos nada nuevo si recordamos que el positivismo de Spencer, Haeckel o Moleschott fue la expresión del discurso racista neo-colonialista del siglo XIX¹, que el criticismo kantiano del siglo XVIII fue una expresión del despotismo ilustrado²; que el idealismo dialéctico hegeliano fue el equivalente alemán del etnocentrismo colonialista y neo-colonialista inglés de Spencer³, y que el neo-idealismo gentiliano fue o pretendió ser la filosofía oficial del fascismo italiano⁴.

Nos parece bastante claro que un discurso jurídico-penal que en este momento pretenda mostrar como garante antropofilosófico a Cesare Lombroso, a Inmanuel Kant, a Georg Friedrich Wilhelm Hegel o a Giovanni Gentile, puede calificarse como filosóficamente superado. Este anacronismo no puede disimularse bajo una ignorancia filosófica que amontona arbitrariamente elementos tomados de los cuatro y menos aún renunciar a cualquier aproximación filosófica.

Es obvio que la debilidad filosófica de estos discursos les impide resistir mínimamente el embate más elemental llevado a cabo mediante cualquier dato deslegitimante.

¹ Esta característica la explica muy bien el análisis que de Spencer hace Marvin Harris, *El desarrollo de la teoría antropológica, Historia de las teorías de la cultura*, Madrid, 1983.

² El rechazo kantiano de toda posibilidad de resistencia a la autoridad, agitando el fantasma de Hobbes, resulta muy claro en este sentido, pese a lo cual, suele pasárselo por alto y señalar a Kant como el garante del liberalismo penal. El "garante" verdadero del liberalismo penal fue Feuerbach, que respondió a la tesis kantiana en su "Anti-Hobbes", que en realidad es un "Anti-Kant", como bien lo señala Cattaneo (Mario Cattaneo, *Feuerbach: filósofo e giurista liberale*, Milano, 1970; el "Anti-Hobbes" puede verse en italiano: *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972).

³ Georg Lukacs, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México 1983.

⁴ Es sabido que el idealismo actual o neo-idealismo italiano tuvo dos corrientes principales: la de Benedetto Croce y la de Giovanni Gentile, siendo este último ministro de Mussolini y considerado el filósofo del fascismo. Gentile fue ministro de la república títere instalada por los alemanes en Italia y murió asesinado en 1944 en Florencia (Abhagnano, Nicola, op. cit., III, pág. 428; Ugo Spirito, *Giovanni Gentile*, Firenze, 1969).

2. **El juego de las ficciones.** Una “ficción” es una *invención*. Si bien es cierto que es muy respetable y prometedora la corriente que pretende que el saber humano debe expresarse en forma de “metáforas”⁵, teniendo en cuenta que una metáfora es un *transporte* (un uso “como si”), cuando en un discurso sólo hallamos ficciones y metáforas, es decir, *invenciones* y *transportes*, es porque está faltando demasiado.

Una cosa es afirmar que es mucho mejor expresar el saber en forma de metáfora, porque nunca podemos alcanzar la realidad, debido a la enorme interrelación de “todo” (perspectiva “holística”)⁶, con lo cual el saber se hace mucho más prudente y menos autoritario, y otra muy diferente es usar la metáfora, combinada con ficciones (*invenciones*), para extraer consecuencias asertivas y terminantes acerca de una realidad a la que no se presta la menor atención.

La primera actitud es la de quien, ante una masa plébrica de realidad, se comporta con prudencia; la segunda es la de quien ante un vacío de realidad, lo rellena con su imaginación. Esta segunda actitud es la que caracteriza al discurso jurídico-penal. Desde el siglo XIII, en que definitivamente dejó de ser un juicio de partes con mediación de la autoridad, para convertirse en un ejercicio de poder en que la autoridad suprimió a una de las partes (la víctima), y más aún desde su reformulación moderna a partir del siglo XVIII, el discurso jurídico-penal siempre se basó en *ficciones* y *metáforas*, o sea, elementos inventados o traídos de fuera, pero nunca operó con datos concretos de realidad social.

El discurso jurídico-penal ni siquiera se molestó en traer una gama muy variada de elementos, sino que se valió de dos figuras o imágenes para la justificación que podemos llamar “positiva”, y de un fantasma para la que puede denominarse “negativa”: el *contrato* y el *organismo* justificaron alternativamente al sistema penal y “explicaron” su mecánica y extensión; cuando fallaban o eran insuficientes, el fantasma —muy íntimamente vinculado al contractualismo, pero usado

⁵ V. por ej., Bateson (sobre ello, F. Capra, *Verso una nuova saggezza*, Milano, 1988, pág. 66).

⁶ Sobre ello, F. Capra, *O ponto de mutação*, São Paulo, 1987; Erwin Lazlo, *The Systems view of the world*, N. York, 1972.

por el autoritarismo— era la amenaza de una supuesta “vuelta a la naturaleza” (entendida como salvaje, primitiva, animal), a través de una imaginaria *guerra de todos contra todos*.

El paradigma que mayor vigencia temporal ha tenido es el del organicismo: el discurso jurídico-penal fundado en la idea de sociedad como organismo fue el que rigió teocráticamente⁷, el que se restableció con el positivismo y el que vuelve ahora con el funcionalismo sistémico⁸.

La idea de “organismo social” es por su esencia antide-mocrática: lo que interesa es el organismo y no sus células; las decisiones las toman sólo las células preparadas especialmente para decidir y no por la mayoría indiferenciada de ellas. El paradigma organicista es idealista, no susceptible de verificación y su adopción por el positivismo no fue más que un recurso del poder para mostrar como “científico” lo que siempre fue una metáfora antidemocrática⁹.

El paradigma contractualista, por su parte, es directamente una ficción que ni siquiera sus sostenedores fueron tan ingenuos para afirmar su realidad antropológica: siempre lo esgrimieron aclarando que se trataba de una figura¹⁰.

En cuanto a la guerra de todos contra todos y al estado de naturaleza salvaje, fueron más cuidadosos, puesto que se trata de un argumento de “miedo”, que necesitaba darse como real (y, por tanto, como posible la amenaza de una regresión), para lo cual apelaban a un recurso hartamente frecuente en su tiempo: nuestra “natural” inferioridad latinoamericana. De allí que la “guerra de todos contra todos”, que servía como

⁷ Curiosamente, tomando al vapuleado Aristóteles como garante, en base a su afirmación de la naturaleza social del hombre que, por cierto, nada tiene que ver con el organicismo.

⁸ Con razón afirma Martindale que nada nuevo parecen decir los funcionalistas que antes no haya sido dicho ya por los organicistas (Don Martindale, *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas*, Madrid, 1979).

⁹ Cfr. Martindale, op. cit. El *Geist* hegeliano, como vimos, es una manifestación del organicismo, que abarca a la humanidad como un organismo.

¹⁰ Ninguno de los filósofos y penalistas contractualistas lo concibió como una verdad histórica, sino, expresamente, como una figura imaginaria que servía para explicar las relaciones sociales.

justificación negativa, se considerase como real entre los "salvajes" de América ¹¹.

Estos son los elementos *inventados y transportados* para edificar con el *organicismo* todos los discursos jurídico-penales trascendentes, transpersonalistas o metahumanos; con el *contractualismo*, los intrascendentes, personalistas o humanos; y con el fantasma de la vuelta a la guerra civil permanente, los que, pese a admitir el contractualismo como punto de partida, justificaban el poder penal como "mejor que" o "menos malo que". Semejante pobreza de sustento en la realidad social pone de manifiesto que en los dos últimos siglos se ha reincidido en un juego de ficciones recursivo, que no ha hecho más que acentuar su debilidad, precipitada ahora en crisis.

II. LA DESLEGITIMACION DEL SISTEMA PENAL DESDE EL MARCO TEORICO MARXISTA

1. Dificultades para delimitar el marco teórico marxista. Dejando de lado el empleo del vocablo "marxista" como instrumento delatorio —o sea, el uso latinoamericano del mismo— y limitándonos a su sentido ideológico —es decir, al uso habitual en los países centrales del poder mundial— cabe advertir que existen grandes dificultades para acotarlo y, en consecuencia, para establecer su contribución teórica a la deslegitimación del sistema penal.

El "marxismo" nació deslegitimante. Karl Marx fue testigo de un genocidio europeo. La civilización industrial no fue sólo la más agresiva y depredatoria de la historia ¹² en cuanto a su proyección sobre los márgenes o periferia plane-

¹¹ Muchos autores europeos nos consideraron inferiores por no estar en condiciones de acceder a sus organizaciones "racionales" de gobierno. Por eso, John Locke nos consideraba en "estado de naturaleza" (*Ensayo sobre el gobierno civil*, parág. 102) y Thomas Hobbes admitía que su guerra civil continua "nunca fue generalmente así en todo el mundo"... , "pero hay muchos lugares donde viven así hoy, pues las gentes salvajes de muchos lugares de América, cuya concordia depende de la natural lujuria, no tienen gobierno alguno, y viven hoy en día de la brutal manera que antes he dicho" (*Leviatán*, Madrid, 1983, cap. XIII).

¹² Cfr. Roger Garaudy, *Promesas del Islam*, Madrid, 1982.

taria, sino también en cuanto al respeto a la vida y dignidad humana en el propio centro.

Ante la visión del genocidio europeo, sacrificando masas humanas en el altar de la acumulación originaria de capital productivo, Marx llevó a cabo un análisis de la historia que procuraba dotar de un instrumento de comprensión y de un marco ideológico de lucha a los marginados europeos de su tiempo. Como es obvio, no podía hacer otra cosa que deslegitimar todo el derecho y, especialmente, el derecho penal, relegándolo a la categoría de "superestructura ideológica", aunque no se haya detenido mayormente en el sistema penal, pues los escasos y dispersos párrafos dedicados al tema¹³ fueron materia de interpretaciones sumamente controvertidas¹⁴.

Desaparecido Marx, surgieron los "marxismos" y con ellos varias líneas de pensamiento deslegitimante del sistema penal, aunque también otras fueron re-legitimantes. La más usual de las versiones re-legitimantes, en variable positivista y a veces idealista, acepta una concepción ontológica del delito y etiológica de la criminalidad atribuida exclusivamente a la pobreza, miseria, etc., lo que va a dar en un círculo cerrado, porque aceptado este axioma, se supone que suprimidas la pobreza y otras "causas" análogas, el delito que subsista será decisión libre del autor, con lo que re-legitima un derecho penal retributivo¹⁵.

En lo político general, los "marxismos" son las distintas interpretaciones y desarrollos que pretenden fundarse en el pensamiento de Marx y desarrollarlo profundizándolo, con una gama que va desde el revisionismo de Bernstein hasta el ac-

¹³ Quizá los más importantes se hallen en los siguientes trabajos. *Debate sobre la ley contra el hurto de leña* (1842); *Manuscritos económico-filosóficos* (1844); (Marx-Engels), *La sagrada familia* (1845); *Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850* (1850); *El 18 Brumario de Luis Bonaparte* (1852); *Capital Punishment* (en el "New York Daily Tribune", 1853); (Marx-Engels), *Teorías sobre la plus-valía*.

¹⁴ Pueden verse las muy diversas interpretaciones de los Schwendinger, de Hirst, de Taylor-Walton-Young, etc.

¹⁵ Esta pareciera ser la tesis que concibieron los primeros teóricos socialistas, aunque cabe consignar las diferencias entre Bonger, Ferri, Turati y Vaccaro, por ejemplo.

tivismo de Lenin, pasando por Rosa Luxemburgo en crítica a ambos.

La reproducción de los “marxismos” fue favorecida por su institucionalización en la Unión Soviética, el desencanto que produjo en muchos intelectuales la dictadura stalinista, el fracaso revolucionario alemán y el posterior triunfo del nazismo, el escaso eco de las teorías revolucionarias entre los trabajadores de los países capitalistas centrales, la extensión de la institucionalización del marxismo a otros países europeos, asiáticos, africanos y latinoamericanos (especialmente a China, Cuba, Albania, etc.), su fracaso en otros países marginales del poder mundial donde lo superan movimientos populares diferentes, las dificultades económicas surgidas en algunos países de marxismo institucionalizado, etc.

Como resultado de este complejo panorama, iniciado hace más de un siglo por el propio Engels —al acercarse al positivismo con su “dialéctica de la naturaleza”—, seguir la pista de los marxismos y neo-marxismos es una tarea sumamente ardua, que se complica aún más porque muchas corrientes se van separando del pensamiento de Marx hasta hacer bastante discutible su filiación, contribuyendo a colmar la dificultad de la empresa las frecuentes disputas centrales por el monopolio del calificativo y las consiguientes imputaciones de heterodoxia.

Ante estas dificultades y, con las precedentes advertencias, nos limitamos a recoger *algunas de las vías de deslegitimación teórica del sistema penal usualmente consideradas dentro del marco teórico del marxismo*, pero sin tomar partido en la disputa central por el monopolio del calificativo (ni tampoco en la más absurda de nuestro margen por quitárselo). Aunque pequemos de arbitrariedad selectiva, intentaremos referirnos brevemente aquí a las que creemos más demostrativas. En esta creencia escogemos, para el marxismo institucionalizado, la versión de Pašukanis y la polémica que desató en su tiempo; para el marxismo no institucionalizado, la crítica social de Frankfurt, y, en cuanto a lo específico, las versiones críticas de Quinney, Baratta y Pavarini, advirtiendo —quizá reiterativamente— que dejamos muchos más autores

al margen, por no ser una exposición detallada el objeto de este trabajo ¹⁶.

2. **La deslegitimación de Pašukanis y la re-legitimación stalinista.** En el ámbito del marxismo institucionalizado, en los primeros años de la revolución, se produjo una deslegitimación general del discurso jurídico, cuyo teórico más importante fue Pašukanis, quien desapareció en los años anteriores a la última guerra mundial, perseguido por el stalinismo.

Para Pašukanis, el derecho era una mera forma jurídica, producto exclusivo de la sociedad capitalista, generado por las relaciones de cambio que le son propias. Como el advenimiento del socialismo no extingue automáticamente las relaciones de cambio, sino que éste debe seguir cargando con ellas como resabio de la sociedad burguesa, también deberá conservar la "forma jurídica" ¹⁷, pero cuando en una etapa más avanzada se superen esas relaciones, se operaría la desaparición del derecho.

Ante la objeción de que siempre permanecerán algunos delitos contra la vida y análogos, Pašukanis respondía que, llegados a ese punto, tales hechos deberían considerarse como problemas médico-pedagógicos, "para resolver los cuales no es necesario acudir al jurista y a sus tipos legales, a sus códigos, a su concepto de culpabilidad, de responsabilidad plena y reducida, a sus sutiles distinciones entre complicidad, favorecimiento, instigación, etc. Y si este convencimiento no ha conducido hasta ahora a la abolición de los códigos penales y de los tribunales es, naturalmente, sólo porque la eliminación de la forma jurídica no se opera con la mera salida de la sociedad burguesa, sino con la radical eliminación de todas sus supervivencias".

¹⁶ Es obvio que quedan fuera de esta mención, sólo demostrativa, autores tales como los ya mencionados (nota 1) y otros como Pearson, Chambliss, Platt, Krisberg, etc. y el debate y diferencias entre ellos.

¹⁷ Pašukanis, Eugenij B., *La teoria generale del diritto e il marxismo*, en Guastini, Riccardo, *Marxismo e teoria del diritto. Antologia di scritti giuridici a cura di ...*, Bologna, 1980; también en Umberto Cerroni. (*Stučka-Pašukanis-Vyšinskij-Strogovic, Teorie sovietiche del diritto*, a cura di ..., Milano, 1964, pág. 75.

Con todas sus limitaciones e imprecisiones, esta crítica al derecho conservaba la originaria confianza romántica de Marx en la desaparición del derecho, pues el cambio de sociedad produciría nuevas relaciones no definidas en la forma de “cambio-valor” y, de este modo, perdería sentido el sostenimiento de la “forma jurídica”, generada en las necesidades de las relaciones asentadas sobre esos términos.

Como toda revolución violenta concentra poder que luego resulta difícil descentralizar, particularmente si sobreviven graves amenazas externas, la verticalización soviética no podía asirse a una tesis como la de Pašukanis, especialmente con la Nueva Política Económica y el consiguiente reforzamiento verticalizador del estado autoritario¹⁸.

La tesis contraria fue sostenida por Stučka, quien entró en polémica con Pašukanis, postulando una re-legitimación del derecho mediante la necesidad de un derecho revolucionario, al que no podía renunciar el poder soviético, sin privar al proletariado en el poder de un inestimable e insustituible instrumento de lucha.

Esta polémica —y la evidencia de los acontecimientos— llevaron a Pašukanis a rever parcialmente sus anteriores puntos de vista¹⁹.

La polémica entre Pašukanis y Stučka revela la contraposición de una formulación teórica que no toma en cuenta las necesidades de un ejercicio efectivo de poder y el dato real de una considerable verticalización social como producto de una lucha armada que concentra poder (al que ninguna agencia jamás renuncia espontáneamente), con la consiguiente formulación de un jurista que trataba de legitimar el ejercicio de poder de las agencias. No obstante, la polémica conservaba cierto vuelo teórico, que se perdió completamente con la intervención del poder en forma directa, a través de Vysinskij, el pontífice máximo del aparato jurídico stalinista, quien en

¹⁸ V. Giuseppe Boffa, *Storia dell'Unione Sovietica*, Milano, 1976, I, pág. 430; Alec Nove, *Historia económica de la Unión Soviética*, Madrid, 1973.

¹⁹ P. I. Stučka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, en Cerroni, op. cit., p. 3; también en Guastini, p. 111.

un nivel directo de delación²⁰, calificó la tesis de Pašukanis como "anti-marxista" y "pseudocientífica" y a su autor como "saboteador", porque al pretender que el derecho es una forma capitalista, lo degradaba a "burgués", con lo que descalificaba ante el proletariado la autoridad del derecho soviético y le privaba de una de sus más potentes armas para luchar contra los enemigos del socialismo²¹.

Como puede verse en esta polémica y en su autoritario broche, colocado por el fiscal de las purgas stalinistas²², el poder soviético institucionalizado y particularmente el de sus agencias ejecutivas y jurídicas, no toleró que se deslegitimase su ejercicio y se desprestigiase su saber. Su reacción careció de todo vuelo teórico, reduciéndose el discurso jurídico re-legitimante stalinista a un conjunto de afirmaciones dogmáticas, expresiones peyorativas y la interpretación de cada crítica deslegitimante como una denuncia de enemistad al estado y a su orden, de modo muy similar al discurso jurídico de "seguridad nacional" de nuestro margen latinoamericano, aunque con argumentos peligrosistas que en buena medida perduran hasta hoy en el penalismo soviético²³.

3. **La teoría crítica de la sociedad.** Elaborada por los autores de la llamada "escuela de Frankfurt", la teoría crítica de la sociedad nació filosóficamente como una reacción antipositivista dentro del marxismo (negadora de la "dialéctica de la naturaleza") aún cuando su carácter "marxista" es puesto en duda muy frecuentemente. Pese a las notorias diferencias entre sus más destacados autores²⁴, lo cierto es que

²⁰ Debe recordarse que Vyšinskij fue el fiscal de los tristemente famosos procesos de los años treinta, con los que Stalin eliminó a todos sus adversarios de la vieja guardia leninista.

²¹ Vyšinskij, en Guastini, cit., págs. 231 y sgts.

²² Vyšinskij, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, en Cerri, pág. 239.

²³ Cfr. Tomaso Napolitano, *Delitti e pene nella società sovietica*. Milano, 1981.

²⁴ Los más conocidos fueron Max Horkheimer (*Teoría crítica. Scritti, 1932-1941*, Torino, 1974; *Studi sull' autorità e la famiglia*, Torino, 1968), Th. Wiesengrund Adorno (sobre ste último la bibliografía y detallado estudio de Carlo Pettazzi, *Th. Wiesengrund Adorno. Linee di origine e di sviluppo del pensiero*, Firenze, 1979). Pueden señalarse también a E. Fromm y a H. Marcuse. Jürgen Habermas

paulatinamente la escuela fue cambiando sus posiciones originarias y alejándose de la ortodoxia marxista.

Según la versión más difundida de sus tesis, la clase obrera de los países centrales habría perdido su capacidad revolucionaria, por lo cual la crítica resultaba incapaz de movilizar a la sociedad y de realizarse, de llenar el vacío entre el presente y el futuro, lo que ha llevado a hablar de una "crítica negativa". El cambio social ya no podría producirse por los medios tradicionales, sino por alguna intervención misteriosa e imponderable²⁵, lo que la llevó a una crítica sumamente deslegitimante, pero impotente, que parece terminar en una *traurige Linke*²⁶, salvo para Habermas, que es considerado el último de sus exponentes, pero que, alejado ya muy considerablemente del marxismo, toma la sociología sistémica y le opone a Luhmann un concepto de "racionalidad" que busca fundar en una ética y en una antropología racionalistas, planteándose las posibilidades de supervivencia del capitalismo y haciendo desempeñar a las clases sociales un papel muy secundario²⁷.

Es necesario recordar que el Instituto de Frankfurt, al trasladarse a los Estados Unidos, publicó allí su primer libro, que estaba directamente vinculado a la cárcel y al problema penal; se trata de una obra precursora, cuya primera parte fue escrita por Rusche y completada en los Estados Unidos por Kirchheimer²⁸. Esta obra es abiertamente deslegitimante del sistema penal, sosteniendo que los castigos varían según el sistema de producción a que corresponden, que recaen sobre los pobres, reduciendo aún más sus ya miserables condiciones de subsistencia y que la eficacia intimidante de los mismos depende de la situación del mercado de trabajo (a la abundancia de oferta correspondería mayor crueldad en los

suele ser considerado un último y tardío representante, aunque su filiación en este sentido es muy discutida (*Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, 1984; *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Bs. As., 1986; *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, 1987).

²⁵ Así Marcuse, criticado por Habermas.

²⁶ Cfr. Zoltan Tar, *A escola de Francoforte*, Lisboa, 1983.

²⁷ Habermas, *Problemas...*, cit.

²⁸ Georg Rusche - Otto Kirchheimer, *Pena y estructura social*, trad. de E. García Méndez, Bogotá, 1984.

castigos; en caso de menor oferta se operaría un mayor aprovechamiento de la mano de obra, incluso prisionera).

Sin duda que una vinculación tan directa entre pena y mercado de trabajo —como la que pretende Rusche— resulta simplista y, en última instancia, falsa, pudiendo objetársele también que no toma suficientemente en cuenta el aspecto de disciplinamiento; todo lo cual sería desarrollado por autores muy posteriores²⁹. No obstante, además del mérito pionero, tiene un considerable grado de acierto en lo que respecta al discurso jurídico-penal, al mostrar como falsa la pretendida función manifiesta de la prisión y de la pena.

4. **La versión deslegitimante de Quinney.** El “último Quinney”³⁰ afirma rotundamente que, para comprender el delito es necesario comenzar reconociendo que el fenómeno decisivo no es el delito, “sino el desarrollo histórico y la forma en que actúa la sociedad capitalista”³¹.

En forma que guarda cierta semejanza con Pašukanis, sostiene que no puede entenderse la crisis del derecho penal más que como un signo de la crisis del capitalismo y que el derecho penal desaparecerá con la desaparición del capitalismo y el consiguiente advenimiento del socialismo. Frente a la crisis de legitimidad de su poder, Quinney afirma que el capitalismo sufrirá un conflicto colapsante.

Quinney observa la existencia de una política económica del derecho penal, cuyos costos son astronómicos y caen sobre la población excedente. En definitiva, su propuesta es la de un socialismo religioso, que valora el diálogo del marxismo con la teología y que transformará al derecho penal en el curso de la revolución socialista, dando lugar a una sociedad que deje de fabricar delincuencia. Su punto de llegada parece ser, pues, la abolición del sistema penal.

²⁹ Por ejemplo, Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París, 1975; Dario Melossi-Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*, Bologna 1979.

³⁰ Cabe hacer esta referencia, porque Quinney llega al marxismo luego de una evolución en que sufre la desilusión de los años sesenta y de la protesta estudiantil.

³¹ Richard Quinney, *Clases, estado y delincuencia*, México, 1985.

Los capítulos que Quinney dedica al costo del delito, a la política económica del derecho penal y al enorme número de personas institucionalizadas en los Estados Unidos, son altamente deslegitimantes, aunque en el plano teórico no presenta innovaciones espectaculares y tampoco explica claramente cómo concibe que se opere esa abolición del sistema penal.

5. **El “minimalismo” penal de Alessandro Baratta.** Para Baratta la deslegitimación del sistema penal y la crisis del discurso jurídico-penal se operan por medio de varias corrientes: las teorías psicoanalíticas, niegan el principio de legitimidad; las estructural-funcionalistas, el del bien y del mal; las de las subculturas criminales, el de culpabilidad; las del etiquetamiento, el de la prevención; la recepción alemana del etiquetamiento, el principio de igualdad, y, la “sociología del conflicto”, el del interés social y del “delito natural”.

Con toda razón señala Baratta que no fue la criminología “radical” (denominación que suele reservarse a la criminología crítica marxista) la que puso en crisis el discurso jurídico-penal, sino que esa crisis la produjo la misma criminología “liberal” (concepto que suele reservarse a la criminología de la reacción social de vertiente interaccionista y fenomenológica).

Baratta postula la adopción del punto de vista de las “clases subalternas” como garantía de una praxis teórica y política alternativa. Afirma que, en tanto que las clases hegemónicas pretenden contener la desviación dentro de límites no muy perturbadores, las clases subalternas están empeñadas en una lucha radical contra los comportamientos socialmente negativos (por tales entiende la criminalidad económica, la polución, la criminalidad del poder, la *mafia*, etc.).

Para ello reclama una ciencia que no se limite a la descripción de la mera desigualdad jurídica en el campo penal, sino que comprenda la función real del sistema penal en la sociedad tardo-capitalista, como reproductor de las relaciones sociales de desigualdad, que explicita que estas relaciones no fincan en la desigual distribución de bienes y valores, sino en las mismas relaciones de producción. Según Baratta es de este modo como podrán conectarse las relaciones económicas

(de propiedad) con las políticas (de poder) y no plantearlas como una alternativa. A este respecto halla sumamente útil la obra de Marx, pero con la advertencia de considerarla como un edificio teórico "abierto", excluyéndose toda forma de dogmatismo marxista ³².

Recientemente explicitó más la idea de "marxismo abierto" o no dogmático como una construcción teórica alejada del reduccionismo economicista, a través de una teoría del conocimiento cercana a la de Sartre, que permitiría combinar el interaccionismo con un panorama macro-sociológico que abarque las relaciones de producción ³³.

6. Pavarini y la mala conciencia del buen criminólogo. Para Massimo Pavarini, desde que la criminología etiológica entró en crisis, el criminólogo se encuentra en una situación que le pone en evidencia la falsedad del discurso jurídico-penal, pero también frente a la necesidad de justificar ese *statu quo* legal, no como el mejor, sino como el "menos peor".

No sólo se refiere a esta actitud respecto de la criminología del conflicto y de la reacción social no marxista, sino respecto de la propia criminología marxista: afirma que esta última supera a las anteriores sólo en lo que hace a la vinculación de los fenómenos que la primera describe con los conflictos entre capital y trabajo y también en que "permite obviar el escepticismo de los criminólogos radicales con un acto de fe en una cada vez más improbable palingenesis social" ³⁴. Pero al cerrársele los caminos en esta sociedad al "buen criminólogo", no le restará otro recurso que seguir haciendo criminología, aunque con "mala conciencia".

Pavarini presenta una disyuntiva: cargar con la mala conciencia o enfrentar políticamente al poder, usando los instrumentos de una criminología alternativa, aunque para esto último no cree que haya tampoco mucho espacio.

³² Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.

³³ Baratta, *Desarrollos recientes de la criminología crítica y el marxismo*, multicopiador, Saarbrücken, 1988.

³⁴ Massimo Pavarini, *Introduzione a ... la criminologia*, Firenze, 1980.

III. LA DESLEGITIMACION POR EL INTERACCIONISMO SIMBOLICO Y POR LA FENOMENOLOGIA

Creemos que la función deslegitimante más importante e irreversible respecto del discurso jurídico-penal ha sido llevada a cabo por el interaccionismo simbólico ³⁵, que abrió la criminología de la reacción social, nutrido por el pragmatismo norteamericano y la psicología social de George Mead ³⁶, dando lugar a la crítica a las instituciones totales de Goffman ³⁷, al etiquetamiento de Becker ³⁸ y a los desarrollos de otros autores que completaron la descripción de la operatividad del sistema penal desde este ángulo, como Schur ³⁹, Chapman ⁴⁰ o Lemert ⁴¹.

Puede definirse la tesis central de esta corriente en términos muy generales, en la afirmación de que cada uno de nosotros va haciéndose del modo como los demás nos van viendo y, conforme a esta mecánica, la prisión cumple su función reproductora y la persona a la cual se etiqueta como delincuente asume finalmente el rol que se le asigna y se comporta conforme al mismo. Todo el aparato del sistema penal está preparado para ese etiquetamiento y para el reforzamiento de esos roles.

La teoría del etiquetamiento y, en general, los aportes del interaccionismo de la fenomenología ⁴², presentan la incues-

³⁵ Cfr. Baratta, op. cit., pág. 110.

³⁶ Georg Herbert Mead, *Espíritu, persona y sociedad*, cit.

³⁷ Erwin Goffman, *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Bs. As., 1971; *Manicômio., pídes e convostos*, São Paulo, 1974; *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, R. de Janeiro, 1978.

³⁸ Howard S. Becker, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, New York, 1973; *¿De qué lado estamos?*, en Rosa del Olmo, "Estigmatización y conducta desviada", Maracaibo, s.f., pág. 19.

³⁹ Edwin M. Schur, *Die Notwendigkeit einer besonnenen Betrachtung*, en Fritz Sack, "Seminar: abweichendes Verhalten", 1982. T. I, pág. 52.

⁴⁰ Chapman, *Lo stereotipo...*, cit.

⁴¹ Edwin M. Lemert, *Estructura social, control social y desviación*, en Marshall B. Clinard, "Anomia y conducta desviada", Bs. As., 1967; *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milano, 1981.

⁴² Berger-Luckmann, op. cit.; Schutz, op. cit.

tionable ventaja de describir —con un arsenal al que no puede imputarse ningún alambicamiento teórico—, con considerable detalle, el proceso de producción y reproducción de “delincuencia”.

Frente a esta descripción, el discurso jurídico-penal quedó irremisiblemente descalificado, pues su falacia surge de modo incontestable; la criminología etiológica, que era el complemento teórico sustentador de ese discurso, quedó irreversiblemente desmentida. A partir de estos aportes teóricos el sistema penal ya no pudo quedar fuera de los límites del objeto de la criminología, porque al revelarse como mecanismo reproductor de realidad “criminal”, se convierte en objeto necesario de la misma. Por ello afirmamos que las investigaciones interaccionistas y fenomenológicas constituyen el golpe deslegitimante más fuerte que recibió el ejercicio de poder del sistema penal y del cual ya no podrá reponerse el discurso jurídico-penal, salvo encerrándose herméticamente a todo dato de realidad, por mínimo que fuese, o sea, estructurándose como un delirio social.

Muchos autores han criticado al interaccionismo⁴³, principalmente por ser una teoría de “alcance medio” y, por ende, incapaz de traducirse en una crítica macro-sociológica. Se le ha objetado, por ejemplo, que la crítica institucional —en nuestro caso la crítica de la prisión— no es capaz de superar el nivel de crítica del personal penitenciario. Esto es verdad, sin duda⁴⁴, pero, sin embargo, esta limitación no puede considerarse en el peligroso sentido de restar valor a la deslegitimación que lleva a cabo el interaccionismo. Dicho más claramente: no cabe duda de que se trata de una teoría de alcance medio, con todas las limitaciones que le son propias, pero ello significa *únicamente* que debe ser completada, que es insuficiente, pero en modo alguno que sus resultados sean falsos. *Desde el punto de vista de la descalificación del discurso jurídico-penal, el “etiquetamiento” tiene más poder des-*

⁴³ Así, Gouldner, op. cit.

⁴⁴ Tal la crítica de Vittorio Capecchi y Giovanni Jervis en la presentación de Chapman, op. cit. Sin embargo, este análisis es muy importante para nosotros, que en nuestro margen consideramos como producto de un proceso de deterioro tanto la conducta del criminalizado como las del policizado y del burocratizado.

calificante que las teorías de más amplio alcance, porque es menos discutible que éstas.

IV. LA DESCALIFICACION FOUCAULTIANA

Una de las contribuciones más ricas a la crítica del saber en general y de su íntima vinculación con el poder, se debe a Michel Foucault. Es un pensamiento que no agota su riqueza en los aportes realmente realizados, sino que se proyecta aún más ampliamente en todo lo que sugiere incluso sin necesidad de compartir todos sus puntos de vista. Dada esta característica y que su desarrollo se halla notoriamente alejado de todo lo que suele considerarse el modelo de una exposición sistemática de filosofía académica, resulta casi imposible resumirlo como conjunto.

Limitándonos, pues, a señalar lo que consideramos más importante para nuestro objeto, puede decirse que lo que salta a la vista en el pensamiento de Foucault es la deslegitimación radical del saber mismo, esto es, de las “ciencias humanas”.

En uno de sus trabajos más difundidos, Foucault parte de la afirmación de que la forma de establecer la verdad en el proceso penal es un modelo de saber que nutre todo el conocimiento. Así, el proceso germánico establecía la verdad por medio de una lucha o combate entre las partes. Foucault extiende este modelo como paradigma de toda la “ciencia” de ese tiempo, especialmente la alquimia.

El modelo cambia con el advenimiento de los estados nacionales, es decir, con la transformación a que daría lugar la revolución mercantil, donde la verdad pasa a establecerla el poder de un tercero que está “sobre” las partes. La sociedad se militariza y el delito pasa a ser un daño al soberano. Así van surgiendo —o generalizándose— las que Foucault llama “instituciones de secuestro” (la prisión, el manicomio, el asilo, el hospital, la escuela, etc.) y la policía.

Las “instituciones de secuestro” generan una epistemología: la criminología, la psiquiatría, la clínica, la pedagogía (podríamos agregar la gerontología, los “especialistas” en

“tóxicodependencia”) y, lo que es muy importante, cada institución genera su propio saber al amparo de su micro-poder.

Al afirmar que cada institución genera de este modo su saber y su poder, Foucault descalifica la distinción marxista entre infraestructura y superestructura o, al menos, la lleva a plantearse en otros términos, porque el saber y el poder quedan mucho más imbricados para Foucault que para Marx, dado que el poder gesta también al sujeto, o sea, a la subjetividad cognoscente. El capitalismo —la sociedad industrial o la tecno-científica, preferiríamos decir nosotros— estaría metida mucho más profundamente en la persona de lo que Marx había supuesto, y esa sería la explicación de las mismas instituciones de secuestro verticalizantes y militarizantes, pese a los grandes cambios sociales revolucionarios.

Esta “microfísica” del “saber-poder” (o del “poder-saber”) no cambia con el simple cambio de gobierno, por revolucionario que sea, puesto que Foucault no admite la presencia de un “sistema” en el sentido “sistémico”, sino de una “guerrapolítica”: la política sería la continuación de la guerra o la guerra la continuación de la política. Esta lucha, vista en su conjunto, proporciona una visión que llama a engaño y lleva a creer en la existencia de un “sistema”, pero que no es tal, sino la simple alineación o composición de los diferentes poderes en lucha. Esta también es la explicación de los imponderables históricos.

Las principales tesis de Foucault son sumamente importantes para nuestro campo y nuestro margen, en cuanto a la relación de saber y poder, lo que nos obligará a volver sobre algunas de ellas en varias ocasiones. Su epistemología institucional es casi indiscutible y explica en buena medida la naturaleza de las respuestas a la deslegitimación en nuestro margen latinoamericano, como también algunas contradicciones positivas entre un saber generado por agencias centrales y disfuncional para las periféricas y, muy especialmente, sugiere la posibilidad de pensar (repensar) la “colonia” (“neocolonia” y “margen”) con el paradigma de la “institución de secuestro”. Está demás decir que en el ámbito criminológico es clarísima la relación entre la criminología etiológica y la prisión.

V. EL PARADIGMA DE LA DEPENDENCIA

En las últimas décadas han arreciado las teorías acerca del “desarrollo”, cruzándose ideas en muy diferentes sentidos. La tesis más difundida por sectores oficiales del poder mundial fue de cuño spenceriano: el capitalismo central tendría carácter “centrífugo” y llevaría la extensión del progreso a los márgenes, generalizando con la industrialización de éstos el bienestar a nivel planetario. Los fenómenos criminales de nuestro margen serían análogos a los del mundo central en el momento de la acumulación originaria de capital. Esta visión del desarrollo ha caído en total descrédito en los últimos años, ante la evidencia de que la industrialización no se produjo o si se produjo no trajo esas ventajas; que nuestro crecimiento económico se ha detenido bruscamente; que cede el producto bruto; que el capitalismo central parece ser “centrípeto”; que se acentúa cada vez más la distancia tecnológica entre el centro y los márgenes; que el despilfarro de nuestras clases medias y el endeudamiento de toda la región tanto como la desprotección de la producción nacional, contrastan brutalmente con la actitud acumulativa originaria de capital productivo central en el siglo pasado; todo lo cual demuestra que existen problemas estructurales y no meramente coyunturales en nuestro desarrollo, admitidos y destacados incluso por autores que otrora fueran entusiastas del modelo neo-spenceriano ⁴⁵.

Por supuesto que existe una tesis aún más ortodoxamente neo-spenceriana —digamos que abiertamente genocida— que propone que el centro nos deje librados a nuestro destino (que, obviamente no es tal, sino el que el poder central disponga) para que aprendamos a hacernos fuertes en la adversidad y no nos atrofie la ayuda ⁴⁶. Esto implica proponer una dominación y explotación ilimitadas e imputar sus efectos sobre nuestro margen a nuestra condición de subdesarrollados y naturalmente inferiores.

⁴⁵ Por ejemplo, Prebisch, op. cit.

⁴⁶ P. T. Bauer, *Crítica de la teoría del desarrollo*, Barcelona, 1983.

Sin embargo, en los mismos países centrales y particularmente en los Estados Unidos, se viene desarrollando una corriente crítica de la teoría del desarrollo que, en el plano económico general tiene décadas, y que reemplaza el “paradigma del desarrollo” por el “paradigma de la dependencia”⁴⁷. Esta corriente pone de manifiesto, contra lo pretendido por la teoría del desarrollo y también por el marxismo tradicional, que nuestros fenómenos no son análogos a los centrales, sino que son fenómenos derivados y, por ende, presentan una particularidad diferencial que es imposible asir con las categorías del saber central.

Este paradigma abrió una discusión en la que colisionaron opiniones bien dispares aunque pueden señalarse los trabajos de Darcy Ribeiro como una de las exposiciones más completas en el plano antropológico⁴⁸ y, principalmente, su distinción entre *actualización histórica* y *aceleración evolutiva*⁴⁹: “Por aceleración evolutiva entendemos los procesos de desarrollo de sociedades que renuevan autónomamente su sistema productivo y reforman sus instituciones sociales en el sentido de la transición de uno a otro modelo de formación socio-cultural, como pueblos que existen por sí mismos”; por “actualización o incorporación histórica designamos los procedimientos por los cuales esos pueblos atrasados en la historia son injertados compulsivamente en sistemas tecnológicamente más evolucionados, con pérdida de su autonomía o incluso con su destrucción como entidad étnica”.

Nuestro intento de realismo marginal se aproxima a esta corriente, puesto que resulta sumamente claro que nuestro margen latinoamericano y su control social son producto de la transculturación protagonizada primero por la revolución mercantil y luego por la revolución industrial, que nos incorporaron a sus respectivas civilizaciones “universales” o pla-

⁴⁷ En lo económico general pueden mencionarse las perspectivas de André Gunder Frank (*Capitalismo y subdesarrollo en América Latina*, México, 1982) y Paul A. Baran (*A economia politica do desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 1977).

⁴⁸ Darcy Ribeiro, *O processo civilizatório*. Petrópolis, 1987; *As Américas e a Civilização*, Petrópolis, 1979; *O dilema da América Latina*, Petrópolis, 1983.

⁴⁹ *O processo civilizatório*, págs. 55 y sgts.

netarias, como también que ahora nos hallamos frente a un tercer momento —la revolución tecno-científica— cuyas consecuencias pueden ser tan genocidas como las anteriores, siendo nuestra opinión que el genocidio en acto que implica el ejercicio de poder de los sistemas penales de nuestro margen ya es parte de ese proceso.

Aunque veremos algunos aspectos con mayor detalle, adelantamos que, en nuestra opinión, el paradigma de la dependencia es el marco que nos permite la mejor aproximación a la comprensión del control social punitivo en nuestro margen.

Por cierto que restan dudas y disparidades, pero, por sobre todas ellas queda claro que América Latina no produjo una “servidumbre” por vía de la superación originaria y dinámica de la “esclavitud”, ni su capitalismo es un proceso que pueda explicarse por medio de una superación propia de la servidumbre o del feudalismo. Todos esos momentos nos fueron marcados por el poder central planetario y en modo alguno por una dinámica independiente; respondieron a necesidades del poder central en sus distintas etapas y se nos impusieron con un cierto discurso o “saber”.

Esto determina la imposibilidad de referirse a “feudalismo”, “pre-capitalismo” o “capitalismo” latinoamericanos en sentido estricto⁵⁰, o sea, en el mismo sentido en que se lo hace en los países centrales, donde aparecen como fenómenos originarios, surgidos de su propia dinámica. Por ello que también es absolutamente inadmisibles la pretensión del desarrollo neo-spenceriano, cuando pretende comprender el control social latinoamericano por analogía con etapas presentes o pasadas del control social central. *Nuestro margen tiene una dinámica que está condicionada por su dependencia y nuestro control social está íntimamente ligado a ella.*

⁵⁰ Cabe observar que Darcy Ribeiro afirma que es posible referirse al feudalismo en América Latina, porque entiende por tal una regresión histórica, que no es propia de ninguna etapa, sino que se ha dado en diferentes momentos y civilizaciones, como expresión de decadencia (*O processo civilizatório*, pág. 60). La posibilidad de un feudalismo latinoamericano fue afirmada por los primeros socialistas y dio lugar a un amplio debate (ver. Frank, op. cit.).

En criminología, la tesis del desarrollo neo-spenceriano ha dado lugar a lo que se llamó "criminología tradicional de la modernización", a la cual se oponen los planteos que, desde el punto de vista del paradigma de la dependencia, ha producido la "criminología de la dependencia económica", en la cual cabe mencionar a Martha Huggins por su especial dedicación a la investigación de nuestro control social⁵¹. Pese a que la propuesta de la criminología de la dependencia aún debe desarrollarse mucho más ampliamente⁵², sus aportes resultan altamente deslegitimantes para el ejercicio de poder del sistema penal y descalificantes para el discurso jurídico-penal, pues ponen de manifiesto, entre otras cosas, la disparidad funcional de los fenómenos de control social centrales y marginales del poder mundial, revelando de este modo que la pretensión de cubrirlos con el mismo discurso sólo es posible mediante un nivel de abstracción de tan alto contenido idealista que raye en el solipsismo.

VI' BALANCE DE LA DESLEGITIMACION TEORICA CENTRAL

Hemos señalado que en nuestro margen la deslegitimación del sistema penal se produce casi por efecto de la evidencia de los hechos mismos, pero en tanto que hasta hace algunos lustros se pretendía legitimar al ejercicio de poder del sistema penal en nombre de nebulosas y futuras adaptaciones del mismo a la legalidad (que se produciría a medida que fuese teniendo lugar un hipotético desarrollo entendido en sentido neo-spenceriano), la actual deslegitimación llevada a cabo por la teoría sociológica central y la criminología de la reacción social, cerró la antigua vía legitimante al destruir la ilusión en que se asentaba (que también se aniquiló con la verificación fáctica de la falsedad del desarrollo neo-spenceriano).

⁵¹ Martha K. Huggins, *From Slavery to Vagrancy in Brazil Crime and social control in the Third World*, New Jersey 1985.

⁵² Martha K. Huggins señala como pionero el trabajo de Charles Van Onselen, *Chibaro: African Mine Labour in Southern Rhodesia, 1900-1933*, London, 1970.

La deslegitimación teórica central no se ha producido por efecto de teorías marxistas —como se pretende por quienes desean ignorarla en nuestro margen o por los partidarios de la “seguridad nacional”—, sino que la deslegitimación *irreversible* se operó con las investigaciones interaccionistas y fenomenológicas, como lo reconocen y subrayan los mismos autores que se alinean entre las diversas corrientes marxistas con fundamentación teórica seria.

El marxismo nació deslegitimante del sistema penal, pero esa deslegitimación teórica no tuvo los efectos que deben reconocérsele a la teoría del etiquetamiento, porque se quedó en una “macro-crítica” que invariablemente pasaba por sobre la operatividad concreta del sistema penal. Se trataba de una deslegitimación análoga a otra, que no hemos analizado, como fue la del anarquismo⁵³. Ninguna de ambas alcanzó a producir el descrédito del discurso jurídico-penal, porque se centraron en las estructuras mayores del poder y nunca bajaron hasta la forma concreta en que el poder opera en el sistema penal, cuyo discurso de justificación se limitaron a despreciar, como una superestructura ideológica.

Los aportes de Foucault demuestran que no se trata de un mero discurso fácilmente superable, porque el corte entre “infra” y “super” estructural no resulta tan limpio y los “sabereres” los gestan las agencias que ejercen ese mismo poder controlador, cuyo análisis particularizado había sido prácticamente despreciado por el marxismo tradicional.

El marxismo institucionalizado provocó aún mayor confusión, cuando por las necesidades inherentes a la implementación de una industrialización a marcha forzada y a la provisión de la defensa nacional, re-legitimó violentamente al sistema penal y se desembarazó de sus teóricos deslegitimantes estigmatizándolos como “saboteadores”, en tanto que, por el otro lado, una buena parte del marxismo no institucionalizado fue a desembocar en la “izquierda triste”, sin pers-

⁵³ En la vertiente anarquista pueden verse trabajos específicos, como el de Alex Comfort, *Autoridad y delincuencia en el Estado Moderno*, Bs. As., 1960; es clásica la crítica a la prisión de Kropotkine. *Las prisiones. La moral anarquista. El salariado*, trad. de la Juventud Literaria, Barcelona-Bs. As., s.f.

pectivas de cambio o, al menos, generó esa actitud como resultado de una crítica que se agotaba en sí misma.

Además, también es cierto que otro amplio sector del marxismo tradicional, que nunca había llegado a acercarse al fenómeno del colonialismo, quedó anclado en un planteamiento que se apartaba mucho de las líneas del desarrollo neo-spenceriano. El paradigma de la dependencia vino a arrojar luz sobre la función controladora del sistema penal en nuestro margen y en el centro y sobre la consiguiente falsedad de cualquier discurso racionalizador que cubriese ambas situaciones y, por ende, en la descalificación de los intentos de esta naturaleza.

En síntesis, *los aportes teóricos deslegitimantes que contribuyeron más efectivamente a la descalificación del discurso jurídico-penal en nuestro margen fueron la criminología de la reacción social en sus vertientes interaccionistas, fenomenológicas, marxistas de los autores que trabajan teóricamente a partir del reconocimiento de la eficacia deslegitimante de las anteriores, los de Foucault en cuanto a la "micro-física del poder" y los más recientes de la criminología de la economía dependiente.*

SEGUNDA PARTE

**RESPUESTAS A LA DESLEGITIMACION
Y A LA CRISIS**

CAPÍTULO TERCERO

TEORIAS Y ACTITUDES CENTRALES Y MARGINALES COMO RESPUESTA A LA DESLEGITIMACION Y A LA CRISIS

I. TEORIAS Y ACTITUDES: EL SABER CENTRAL Y SU PARCIAL DISFUNCIONALIDAD PERIFERICA. — II. RESPUESTAS CENTRALES EN FORMA DE "MECANISMO DE HUIDA". 1. Negación epistemológica de la deslegitimación. 2. Huida hacia el retribucionismo. 3. La funcionalidad burocrática de la agencia judicial. — III. EL DISCURSO RE-LEGITIMANTE SISTEMICO. — IV. LAS RESPUESTAS QUE ENFRENTAN LA DESLEGITIMACION DESDE EL PLANO POLITICO-CRIMINAL. 1. Mínima intervención penal y abolicionismo. 2. ¿Se trata de propuestas de nuevos modelos de sociedad? 3. La principal carencia de las respuestas político-criminales. — V. EL PROGRAMA DE MINIMA INTERVENCION COMO PROPUESTA POLITICO-CRIMINAL FRENTE A LA DESLEGITIMACION. 1. Doble sentido de "deslegitimación". 2. El fundamento legitimante de un futuro derecho penal mínimo. 3. El programa de legislación penal mínima. — VI. EL ABOLICIONISMO PENAL. 1. Caracterización general del movimiento abolicionista. 2. Las variables del abolicionismo. 3. La polémica en torno al abolicionismo. 4. Las dudas límite frente a las propuestas abolicionistas. — VII. EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO. — VIII. REACCIONES MARGINALES.

I. TEORIAS Y ACTITUDES: EL SABER CENTRAL Y SU PARCIAL DISFUNCIONALIDAD PERIFERICA

La respuesta a la deslegitimación del sistema penal y a la consiguiente crisis del discurso jurídico penal es heterogénea, no sólo en cuanto a la disparidad ideológica que abarca, sino también en cuanto a la naturaleza de las respuestas. En este último sentido es necesario precisar que ha habido reacciones en forma de *respuestas teóricas*, ya sea criminoló-

gicas o político-criminales o discursivas jurídico-penales, pero también ha habido reacciones en forma de *actitudes* que no pueden considerarse “teóricas”.

Es menester destacar esta diferencia en la naturaleza de las reacciones, porque es común la tendencia a despreciar las últimas o a considerarlas superficialmente. *Es posible que en los países centrales las actitudes no teóricas no merezcan atención* pero en nuestro margen son sumamente importantes y requieren atención preferencial, porque aquí el ejercicio del poder de las agencias no siempre genera un saber que se explicita en un discurso elaborado al estilo de los discursos centrales calificados de “teóricos”, sino que se limita frecuentemente a *actitudes discursivamente confusas*.

Esto que llamamos *actitudes* y que son *formas de ejercicio del poder que generan un saber discursivamente confuso y contradictorio*, se explican en nuestro margen por la forma que asume el ejercicio del poder de las agencias. Existe un “saber-poder” que Foucault no llegó a analizar en profundidad: el *antropológico*. El discurso antropológico nació como un discurso neo-colonialista que, revestido de forma “científica”, “superaba” al discurso colonialista teocrático. Entre las “instituciones de secuestro”, que es como Foucault designó a las instituciones totales¹, no consigna a la *colonia*, que a nuestro juicio, debe ser re-pensada desde la perspectiva de una gigantesca “institución de secuestro” de características muy particulares. No es posible considerar ajeno a esta categoría foucaultiana, pese a su inmensa dimensión geográfica y humana, un ejercicio de poder que priva de la autodeterminación, que asume el gobierno político, que somete a los institucionalizados a un sistema productivo en beneficio del colonizador, que le impone su idioma, su religión, sus valores, que destruye todas las relaciones comunitarias que le resultan disfuncionales, que considera a sus habitantes como sub-humanos necesitados de tutela y que justifica como empresa piadosa cualquier violencia genocida, con el argumento de que, en definitiva, redundará en beneficio de las propias víctimas, conducidas a la “verdad” (teocrática o científica). Este ejer-

¹ Foucault, *Microfísica*, cit.; *La verdad y las formas jurídicas*, cit.

cicio de poder, configurador de lo que Ribeiro llama “proceso de actualización”, cuando alcanza las características que tuvo en nuestro margen o en Africa, da lugar a una gigantesca “institución de secuestro”.

Pasar por alto la colonia y el “poder-saber” antropológico es una tradición intelectual europea, pocas veces quebrada, que cultiva las críticas de sus pensadores sin reparar en el contenido etnocentrista de sus pensamientos², pero es incuestionable que el “saber-poder” antropológico fue racista, con el racismo “pesimista” de Gobineau y el “optimista” de Spencer³, siendo este último el arquitecto del “saber-poder” del imperialismo neo-colonialista británico⁴, en tanto que el

² Por mucho que sea discutible —o no se comparta directamente— la controvertida metodología que propugna, cabe observar que fueron necesarios muchos años para que un intelectual europeo como Sartre desnudase la civilización industrial como lo hizo en el prólogo a Fanon.

³ Es interesante señalar que los discursos colonialista y neo-colonialista, si bien nunca dudaron de nuestra inferioridad antropológica, desarrollaron dos versiones de la misma: una pesimista, conforme a la cual somos el producto de una “caída”, y otra optimista o evolutiva, según la cual aún no llegamos a “levantarnos”.

Para el discurso de la antropología teocrática colonialista éramos “herejes”, caídos o perdidos, conforme a la tesis de que el Apóstol Tomás había llegado a América y habíamos rechazado su mensaje (v. Pierre Duviols, *La destrucción de las religiones andinas durante la conquista y la colonia*, México, 1977; Jacques Lafaye, *Quetzalcóatl y Guadalupe, La formación de la conciencia nacional en México*, México, 1983).

La versión neo-colonialista de este pesimismo cobra carácter “científico” con Gobineau, que fue un francés decadente de dudosa nobleza, diplomático destinado al Brasil como castigo y que terminó su carrera en un escándalo sentimental en Estocolmo. Para este novelista amigo personal de D. Pedro II —que era el único “ario” con que consideraba digno hablar en Brasil— éramos degenerados, producto de una caída biológica irrecuperable. Este extraño personaje (puede verse la temprana e instructiva crítica de Jean Finot, *Le préjugé des races*, París, 1906; sobre su corta permanencia en Brasil y sus excentricidades, su vaticinio de la extinción de la población brasileña por degeneración, etc., es interesante Georges Roeders, *O inimigo cordial do Brasil*, Rio de Janeiro, 1988), que fue sin duda el mayor inspirador de Rosenberg, no era esclavista, pero su discurso era contradictorio a este respecto, por lo cual fue necesario el discurso de Spencer, que es el equivalente neo-colonialista a la tesis colonialista o teocrática que negaba la leyenda de Tomás de América y nos consideraba simples “infieles”.

⁴ Muy claro a este respecto, Marvin Harris, op. cit.

primero y sus seguidores —como también la psiquiatría racista de Morel y sus herederos⁵— proporcionaron el libreto que habría de repetir en versión sintetizada y carente de toda originalidad Alfred Rosenberg⁶.

Creemos incuestionable que las colonias han sido grandes “instituciones de secuestro” masivas, producidas por la revolución mercantil como el instrumento indispensable para su extensión de poder planetario; el neo-colonialismo propio de la revolución industrial, que provocó la independencia política de nuestro margen respecto de las potencias que por su estructura de imperios salvacionistas mercantiles decayeron y perdieron su hegemonía central frente a los pujantes imperialismos industrializados, mantuvo la situación y renovó el genocidio de la primera colonización cuantas veces fue necesario, dejando a las grandes mayorías de nuestro margen sometidas a minorías proconsulares del poder central.

Los defensores de la primera empresa colonial imputan a los neo-colonialistas la invención de una “leyenda negra” difamante, aunque la historia nos enseña que no hubo tal leyenda, sino un genocidio de verdad, pero al que no le fue en zaga el que promovieron las potencias neo-colonialistas⁷.

En estas condiciones, las prisiones o “pequeñas instituciones de secuestro” de nuestro margen no podían pretender responder a la misma función que ideológicamente se le asignaba en el centro. El panóptico de Bentham, que para Foucault representa el proyecto ideológico de un modelo de sociedad que vigila omnímodamente (pensado para ejercer con el mínimo de esfuerzo el máximo de vigilancia) con el fin de disciplinar para la producción industrial, jamás podría haber sido un programa válido para el margen, donde no se trataba más que de contener a las mayorías para mantenerlas en el bajo nivel tecnológico de una economía primaria, como mero

⁵ Morel fue el inventor del desequilibrio “moral” de los mestizos, difundido en América Latina por el ya citado Nina Rodrigues en Brasil, por Bunge en la Argentina, etc.

⁶ Alfred Rosenberg, *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas animico-espirituales en nuestro tiempo*, Bs. As., 1976.

⁷ No se trató de ninguna “leyenda negra”, sino de *dos historias negras*.

complemento de las economías centrales, que apenas requería superar el esclavismo.

El panóptico benthamiano podría ser el modelo de control social programado ideológicamente como instrumento disciplinador⁸ durante la acumulación originaria de capital en el centro, pero *el verdadero modelo ideológico para el control social periférico o marginal no fue el de Bentham, sino el de Cesare Lombroso*, es decir, un modelo ideológico que partía de la premisa de la inferioridad biológica de los delincuentes centrales y de la totalidad de las poblaciones colonizadas, o sea, que eran biológicamente inferiores de modo análogo tanto los moradores de las instituciones de secuestro centrales (cárceles y manicomios) como los habitantes originarios de las inmensas instituciones de secuestro coloniales (sociedades incorporadas al proceso de actualización histórica): de allí la famosa teorización que postula la tan mentada analogía entre el criminal y el salvaje (colonizado), de la que tampoco se salvó el niño, ni el anciano por “regresivo”, ni la mujer por su menor capacidad de racionalidad “funcional” para la producción y de agresividad para la competencia violenta⁹.

La prisión de los países marginales era, pues, una institución de secuestro *menor* dentro de otra *mucho mayor*, o sea, que nuestras prisiones, en el programa lombrosiano, serían algo así como las celdas de castigo o “buzones” de la gran prisión, de la gran institución de secuestro colonial.

Este programa no puede entenderse de otro modo que como un *apartheid* criminológico: era natural, porque si la mayoría éramos salvajes, no podía concebirse una institución de secuestro destinada a encerrar salvajes, pues esa era la función que cumplía en el centro, donde los salvajes eran la minoría, pero de ninguna manera en la periferia, en que esa función era la de la misma institución colonial.

⁸ Debe quedar claro que fue un simple “modelo ideológico”, porque en la práctica nunca funcionó conforme a la programación de Bentham, como no podía ser de otro modo.

⁹ Este curioso género de argumentos sexistas puede verse por ejemplo en la extraña obra de Otto Weininger, *Sesso e carattere*, Torino, 1922.

Como en la segunda guerra mundial Hitler practicó sobre la misma Europa lo que el *apartheid* criminológico justificaba en los márgenes —especialmente latinoamericanos y africanos—, el modelo lombrosiano fue rápida y cuidadosamente archivado. Jamás un paradigma “científico” como el biólogo fue tan rápidamente abandonado.

Hasta ese momento el discurso criminológico había sido el gran discurso político de las minorías proconsulares latinoamericanas: su burla a la democracia, su “tutela iluminada” de nuestras mayorías se justificaba por la inferioridad de las mayorías, por su creciente “degeneración” que amenazaba a las minorías “sanas”¹⁰ y las prisiones no eran más que los “buzones” de castigo de los grandes campos de concentración (o de resocialización “civilizadora” forzada) que eran los mismos países periféricos.

El protagonismo de las mayorías no era más que el triunfo de la degeneración (no era democracia, sino “demagogia”); liberalismo y democracia eran términos antagónicos en Latinoamérica desde la Revolución Mexicana, y el discurso racista-criminológico era el gran programa político neo-colonialista.

Cuando con inusitada urgencia hubo de archiversse esta ideología, las minorías proconsulares ya no pudieron esgrimir para explicar el aniquilamiento del liberalismo “para salvar al liberalismo”, ya no disponen de una ideología central de sustento, produciéndose un *desfase en el saber*, entre el discurso que corresponde al ejercicio de poder en el centro y el ejercicio de poder periférico; este último no puede racionalizarse con los discursos centrales, porque *los administradores de las celdas de castigo neo-colonialistas (y ahora tecnocolonialistas) deben ejercer un poder diferente al de la institución de secuestro central*. Como el margen no dispone de otro recurso, las usinas reproductoras de ideologías del sistema penal de la periferia reproducen los discursos centrales (a través de los académicos especializados en las universidades centrales), lo que genera contradicciones entre las agencias

¹⁰ La tesis continuó sosteniéndose muchísimos años. Por ejemplo, de Veyga, *Degeneración y degenerados. Miseria, vicio y delito*, Buenos Aires, 1938.

de reproducción ideológica (universidades) periféricas y el saber de las agencias del sistema penal, que no logran construir otro discurso "presentable", pues debieran echar mano de retazos del discurso del *apartheid* criminológico, que está prohibido por la censura central, que lo descalificó desde que se enroscó volviéndose contra el mismo centro¹¹.

De allí que en el nivel de reproducción ideológica universitaria se repiten los discursos teóricos centrales (generados para racionalizar un ejercicio de poder funcionalmente distanciado del propio de las agencias de nuestro margen), el discurso de las agencias de nuestros sistemas penales se degrada a un "discurso *underground*" para "comprometidos" que reproduce el viejo discurso racista-biologista y se expresa públicamente en un *saber discursivamente contradictorio y confuso*, que denominamos *actitud*.

Esto no significa, por supuesto, que en los países centrales no haya actitudes, sino que explica por qué son más frecuentes e importanentes en nuestro margen y merecen nuestra mayor atención. Cabe añadir que el *desfase en el saber* suele explicarse también por *nuestro supuestamente coyuntural subdesarrollo*: el teórico colonizado ("neo" o "tecno-colonizado") pretende explicar la contradicción entre su discurso y su práctica como un momento pasajero que se superará cuando "alcancemos" los niveles centrales.

Estas contradicciones son sumamente importantes, pues al quedar hoy obturada la posibilidad de escapar de ellas apelando a los argumentos coyunturales y personalizados, se convierten en un formidable motor de deslegitimación y agudizan las crisis —incluso existenciales o personales— de los

¹¹ En realidad, el único discurso que fue útil en el centro y en el margen fue el lombrosiano en versión biologista pura. El discurso retributivo, por ejemplo, no pudo instrumentarse nunca como justificación; al transculturarse con códigos como el Imperial del Brasil y el de Bolivia de 1830 y todos los que optaron por el modelo español de 1848/1850/1870, se encontraron con fenómenos curiosos: en Costa Rica, por ejemplo, no había prisión, por lo cual la "fortaleza" fue reemplazada por trabajos forzados; prostitutas y "vagos" eran enviados a construir caminos en la selva, donde morían al poco tiempo (cfr. Mónica Grandos, *Sistemas punitivos y estructura social en Costa Rica: develando una historia amordazada*, San José, mult., 1988).

teóricos marginales entrenados en el saber central y que deben operar en nuestros sistemas penales.

II. RESPUESTAS CENTRALES EN FORMA DE "MECANISMOS DE HUIDA"

1. **Negación epistemológica de la deslegitimación.** Existe un numeroso conjunto de autores y cultores del discurso jurídico-penal de pensamiento dispar y con muy diferentes niveles de elaboración discursiva, que no integran ninguna teorización orgánica, pero que en general coinciden, por vía neo-kantiana, positivista lógica o positivista jurídica (no siempre expresa y menos aún coherentemente sostenida), en considerar que su "ciencia" se halla limitada estrictamente por la ley y que el discurso jurídico-penal debe reducirse a la completividad lógica de la interpretación de la misma a nivel semántico, cuidando celosamente evitar cualquier dato de realidad "molesto" (no asimilable por el discurso).

Toda vez que la limitación —o auto-limitación— impuesta es de imposible realización, dado que jamás puede interpretarse un texto legal sin incorporar datos de realidad (porque la ley presupone siempre que aspira a regular una "realidad"), la incorporación o exclusión de esos datos no es más que una arbitrariedad: siempre se admiten unos y se rechazan otros, según sean legitimantes o deslegitimantes, a gusto del intérprete, que maneja el límite de realidad epistemológicamente incorporada según su conveniencia y lo presenta como una garantía de "cientificidad" y "pureza metodológica" o "garantía técnico-científica".

Estas construcciones —como hemos dicho— presentan niveles de elaboración muy diferentes, pero siempre lo que determina la exclusión del grado de realidad indeseable es la magnitud de la molestia o dificultad incorporativa del dato de realidad para la elaboración del discurso a la medida del gusto del expositor.

2. **Huida hacia el retribucionismo.** Vinculada a la anterior actitud, hasta el extremo en que a veces es difícil distinguirla, pues suelen combinarse, se halla la de quienes prefieren refugiarse en el retribucionismo, más o menos preventivo-

general o metafísico, según los gustos, aunque siempre recordando que se trata de una "actitud" y casi nunca de una elaboración o profundización del saber fundamentador. Esta actitud, como "mecanismo de huída" o negador, no debe confundirse con las construcciones teóricas de discursos jurídico-penales llevadas a cabo por autores que las elaboraron cuando cronológicamente no se habían planteado los problemas de legitimidad con la urgencia del presente marginal¹².

En el retribucionismo que no enfrenta la crisis de legitimidad del sistema penal, sino que la soslaya sin resolverla, debemos contar también la reiteración actual de la versión anglosajona de Hart, para quien la pena se legitima en función de dos principios: el de igualdad y el de libertad. El principio de igualdad requiere que cuando alguien vive en sociedad sin violar el derecho se halle en una situación diferente a la de quien lo hace violando el derecho y, por ende, de esto se desprende la necesidad de retribuir al violador del derecho el mal que ha causado.

El "principio de libertad", por su parte, implica que quien elige violar el derecho ya cuenta con la pena en su cálculo, de modo que al elegir la violación del derecho ya está eligiendo la pena¹³.

¹² Creemos claro que quedan fuera de esta valoración autores como Hans Welzel en Alemania o Giuseppe Bettiol en Italia, que construyeron sus teorías antes que la crisis de legitimidad se plantease en los términos actuales. El pensamiento retributivo corresponde, en su versión pura, a las teorías absolutas de la pena, en que ésta se impone como una necesidad que no es susceptible de probarse empíricamente, sino a través de un mero proceso lógico-deductivo. Sin duda que el modelo más elaborado ha sido el de Kant (ver Mario Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981). Constituye la más completa y elaborada justificación de la expropiación del conflicto. Las teorías relativas de la pena no alcanzan este resultado porque las pruebas empíricas las neutralizan. Los esfuerzos por construir teorías "mixtas" son estériles: toda teoría "relativa" es, en definitiva, absoluta, porque no le queda otro camino que secundarizar los fines; en este sentido era más coherente Binding que Liszt.

¹³ Es la tesis de Herbert L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, Milano, 1981. En esta línea trabaja en la Argentina Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980; sobre ella, Carlos Creus, *Ideas penales contemporáneas*, Buenos Aires, 1985.

Nos parece sumamente claro que esto es, en esencia, un neo-contractualismo, que plantea el mismo problema que el contractualismo originario: la cuestión sería obvia en una sociedad "justa", en que la pena alcanzase a todos los violadores del derecho y en que todos dispusiesen del mismo espacio social, pero en sociedades reales, en que esto no sucede en ninguna —y mucho menos aún en nuestro margen— la pena retributiva queda deslegitimada¹⁴. Por otra parte, no queda claro cuál es la razón por la cual debe retribuírsele en lugar de compelerlo a reparar el daño material y moral que ha causado, que sería una manera más efectiva de resolver el conflicto que genera la violación del derecho, particularmente porque tomaría en cuenta el interés de la persona directamente afectada.

Los seguidores del retribucionismo en versión más preferentemente metafísica, tratan de ignorar la deslegitimación del sistema penal y la crisis del discurso jurídico-penal por temor al "reduccionismo sociológico" y a un supuesto aniquilamiento del derecho penal de garantías (el efecto perverso del discurso jurídico-penal, al que ya nos hemos referido). Estos temores, que en parte son consecuencia de la perversidad del discurso, también son parciales productos de las consecuencias del funcionalismo sistémico —de las que nos ocuparemos seguidamente— y no alcanzan para justificar la actitud de huída negadora, que no enfrenta la situación crítica y que, en la emergencia, deja realmente indefenso al discurso penal de garantías, porque implica una falta de respuesta real ante el avance represivo provocado por una catarrata de leyes punitivas mediante las cuales las agencias políticas responden al bombardeo de los medios masivos y a la creciente incapacidad para proveer soluciones reales a los conflictos sociales¹⁵.

¹⁴ La objeción es idéntica a la que le formuló al contractualismo originario Jean Paul Marat hace doscientos años.

¹⁵ La vuelta al retribucionismo o "neo-clasicismo" que se observa a nivel político-criminal en Escandinavia, otrora campeona del preventismo especial por el tratamiento, y en Alemania, responde sólo en parte a la falta de límites legales en la ideología del "tratamiento" (sobre ello, Albin Esler-Karin Cornils, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Stra-*

Negar un problema que ya está planteado apelando al argumento de que reconocerlo implica riesgos o peligros, no es una respuesta real sino la adopción de una actitud histórica: ignoro el peligro y con ello doy por supuesto que desaparece.

Respuestas reales son las que reconocen y enfrentan las críticas deslegitimantes, dando lugar a una gama discursiva que va desde la búsqueda de una re-legitimación del sistema penal con un discurso penal nuevo o aparentemente nuevo, hasta la negación radical de cualquier re-legitimación y de todas las tentativas discursivas en este sentido, sean las que fueren. El panorama teórico central oscila entre ambos extremos cuando realmente pretende hacerse cargo de las argumentaciones deslegitimantes¹⁶.

3. La funcionalidad burocrática de la agencia judicial. Una huida al desafío de la deslegitimación, que no puede calificarse como teórica sino como simple actitud, a veces brutalmente burda y otras extremadamente ingenua, en algunas ocasiones sostenida con pedazos de argumentos neo-kantianos o del positivismo jurídico más furioso y en otras sin más sustento que componentes autoritarios que impiden el curso discursivo, está constituida por la reacción de la agencia judicial basada en que *la legitimidad general del sistema penal no es problema de su incumbencia, reducida únicamente a la resolución de los casos concretos conforme a las pautas legales que rigen el supuesto particular a resolver.*

frechtskolloquium, Freiburg i.Br., 1987), pero debe tenerse presente que el preventivismo especial y el "tratamiento" también pretenden insertarse en el marco general del funcionalismo.

¹⁶ Cabe tener presente que existe una versión del retribucionismo penal que queda cabalgando entre la prevención general y el funcionalismo, pues sostiene que la pena cumple una función de "supresión intrapsíquica de la perturbación (alarma social) introducida por el delito en la disposición interna colectiva, con la consiguiente consolidación de la confianza común en el derecho y con el efecto inducido de prevención de futuros delitos" (Elio Morselli, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, en "Riv. It. di Diritto e Proc. Penale", 1988, enero-marzo, pág. 48). Esta tesis no resistiría la crítica de una teoría más o menos aguda de la comunicación social: un sujeto no parece hacerse acreedor a la retribución por lo que ha hecho, sino por la forma en que se lo ha transmitido al público.

Esta actitud importa una notoria degradación de la actividad de la agencia judicial, que se vacía de toda ética, reduciéndose a una función totalmente burocrática como parte de un mecanismo deslegitimado por su arbitrariedad selectiva. El discurso jurídico-penal se des-etiza en el peor sentido de la expresión, pues el jurista renuncia a todo contenido ético en su conducta, operará la agencia judicial del sistema penal sin atender a ningún reclamo ético.

Esta actitud pretende un discurso jurídico-penal que ni siquiera se ocupe de re-legitimar con cualquier argumento al sistema penal, sino que se desentienda de su legitimidad y, por ende, de toda consideración ética¹⁷. Es *la misma actitud que asume el "buen" torturador, que se limita a cumplir su tarea como un correcto "profesional", sólo que se traslada a la agencia judicial y al ejercicio del poder de los juristas: "no me importa si lo que hago es o no conforme a la ética, eso no lo decido yo sino la instancia que sanciona la ley; yo me limito a cumplir lo que ella me ordena"*. Por cierto que fue una respuesta frecuente en Nürenberg.

El entrenamiento de estos juristas se reduce a la formación necesaria para desempeñarse como un ordenado y obediente burócrata, que jamás puede formularse ningún cuestionamiento ético y cuyo único mérito sería la obediencia, de la cual hacen gala, reemplazando el valor ético con un supuesto valor positivo del mero sometimiento personal.

La expresión más grosera de esta actitud de mayor notoriedad en el último tiempo, fue la asumida por la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando, ante la evidencia estadística acerca de la discriminación racial en la imposición

¹⁷ Sin duda, la pérdida de la dimensión ética implica la de cualquier referencia filosófica. Conviene recordar aquí a Couture: "La más grande de las desdichas que le puede ocurrir a un estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica. O mejor aún: en un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica, para llegar después de ella al trabajo menudo de su ciencia. No hay estado de plenitud científica si no se llega a tocar esta línea limítrofe de una rama particular" (Eduardo J. Couture, *Prólogo*, pág. IX, a James Goldschmidt, *Problemas generales del derecho*, Buenos Aires, 1944.

de la pena de muerte¹⁸, resolvió que si en el caso concreto no se probaba la discriminación, la estadística que demostraba la discriminación general no era relevante para considerar que la pena de muerte así distribuida es violatoria de la igualdad ante la ley.

III. EL DISCURSO RE-LEGITIMANTE SISTEMICO

El núcleo de todo pensamiento sistémico en “ciencias sociales” consiste en un desplazamiento del centro de atención de las mismas, que del hombre pasa al “sistema”. Se trata de un modelo que desde la sociología se transfirió al ámbito del discurso jurídico-penal. Su origen puede remontarse al funcionalismo de Durkheim¹⁹, pero más cercanamente al de Robert K. Merton, pese a que Merton no hizo del “sistema” el centro de atención exclusivo de sus investigaciones²⁰. El sociólogo al que cabe señalar como “sistémico” en sentido estricto es Talcott Parsons²¹, cuya versión ha recogido el discurso jurídico-penal alemán, una parte del cual se inclina últimamente por aceptar la versión de Niklas Luhmann²².

Para Parsons el “control social” es un concepto sumamente limitado, pues tendría lugar únicamente cuando fracasa la “socialización”. Su perspectiva sociológica se confunde con la de Keynes en economía y con el “estado de bienestar” en lo político. De allí que su “sistema” corresponda a un estado que opera de modo paternalista, domesticando a las personas y, cuando este proceso —que Parsons llama “socialización”— fracasa (lo que se pondría en evidencia con la “conducta desviada”), entraría a operar el “control social”.

¹⁸ Un panorama bastante completo puede verse en Amnesty International Publications, *United States of America. The Death Penalty*, London, 1987; Amnistía Internacional *Informe 1988*, Madrid, 1988, pág. 140.

¹⁹ Emile Durkheim, *La división del trabajo social*, Barcelona, 1985.

²⁰ Robert K. Merton, op. cit.

²¹ Talcott Parsons, *The Social System*, New York, 1966.

²² Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, München, 1972; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983; *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978.

Es bastante claro que el pensamiento sistémico no dice nada que antes no haya dicho el organicismo²³ y, en verdad, entre “organismo” y “sistema”, la diferencia no es muy clara, si es que existe.

Para una concepción sistémica, el discurso jurídico-penal sería el regulador del “control social” frente a las conductas “desviadas”. Como es natural, este pensamiento se generalizó con el “estado de bienestar” o “estado providente” en la posguerra. Pese a ello, el discurso jurídico-penal europeo siguió circulando por carriles predominantemente neo-kantianos hasta hace algunos lustros²⁴, en que comenzó a filtrarse insistentemente el funcionalismo, pero su impulso más importante lo recibe de la recepción alemana del mismo en versión propia, con Luhmann.

Para Luhmann —a diferencia de Parsons— el “sistema” no se integra con todas las personas de la sociedad, sino que opone “sistema social” a “hombres”, considerados como “sub-sistemas”. La capacidad del sistema para equilibrarse depende de su capacidad de “normalización”, es decir, de la capacidad que tenga para absorber (“normalizar”) la pluralidad de expectativas de los “sub-sistemas” (hombres).

Lo fundamental para Luhmann es que el sistema pueda obtener “consenso”, al que parece entender casi como un conjunto de apatías fundadas en la falta de información o ignorancia, que Luhmann considera una “facilitación de la elección”.

La concepción sistémica alemana no es ingenua, puesto que se acerca mucho a la descripción de la realidad operativa del poder, pero admitiéndolo en forma pragmática, a partir de la premisa de que *lo importante es el sistema*, que es la base común con todo el organicismo.

Esta ideología pretende ser “pragmática” y desentenderse de cualquier axiología histórica de tipo idealista, como podría ser la hegeliana. Sin embargo, el concepto de “racionali-

²³ Don Martindale, op. cit., pág. 544.

²⁴ Ver Edmund Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage* (1949), Berlin, 1950.

dad” como “funcionalidad” (o poco menos) implica una confianza ciega en el “progreso” histórico, mayor aún que la de Hegel. En efecto: si lo “racional” no es lo que puede “comprenderse”, la “razón” pasa a ser un “motor de la historia”, se convierte en algo activo, creador, porque se presupone, al poner entre paréntesis todo cuestionamiento, que el sistema social tiene un signo positivo y que todo lo que sirve para sostenerlo (funcional al mismo, “racional”), es progresista y positivo. No es independiente de toda axiología, sino que *presupone* una base axiológica, que es el valor positivo del sistema social.

Cuando este discurso pasa al plano jurídico-penal. la pena no persigue ya fines preventivo-generales (se admite que no evita que otros cometan delitos y no interesa) ni especiales (también se admite que no evita que el autor cometa nuevos delitos y tampoco importa), sino que sólo *interesa que provoque consenso, es decir, que sirva al equilibrio del sistema*. De este modo, el discurso jurídico-penal tributario de la sociología sistémica se aleja del hombre —que queda reducido a un “sub-sistema”— y se pierden todos los límites a las garantías consideradas tradicionalmente como “liberales”, tales como el bien jurídico, los requerimientos objetivos, etc., abriéndose la posibilidad de imponer penas a acciones meramente inmorales que no lesionan ningún bien jurídico ajeno. a otorgar relevancia y primacía a los datos subjetivos de ánimo y a sostener un criterio de pena meramente utilitario o instrumental para el “sistema”.

En esta línea cabe mencionar a autores como Jakobs —que es el más ortodoxo y destacado de los penalistas sistémicos²⁵— y también, aunque en posición menos ortodoxa, a otros como Roxin, Otto, Amelung, etc.

A nuestro entender, esta tendencia representa una grave decadencia del pensamiento, desde que se desembaraza de la verdad para reemplazarla por lo funcional, con lo cual, aún cuando no lo exponga así y hasta lo niegue expresamente, *la verdad es una cuestión de funcionalidad*.

²⁵ Günter Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin, 1983.

Esto resulta tan peligroso para las garantías limitadoras del poder represivo estatal y del ejercicio de poder arbitrario de las agencias del sistema penal, que se está revelando como un equivalente central de la llamada "doctrina de la seguridad nacional" periférica, con la cual presenta sólo las diferencias lógicas derivadas de la distinta posición de poder planetario de ambas²⁶. No puede negarse que es una respuesta a la deslegitimación del sistema penal y, además, que es completamente sincera.

En síntesis —y pasando por sobre detalles menores— reconoce la falsedad del discurso jurídico-penal tradicional y los datos reales que deslegitiman el ejercicio de poder del sistema penal, respondiendo, simplemente, que es necesario que así sea, porque es funcional para el sostenimiento del "sistema social", que es lo único importante o, al menos, lo más importante. No cabe duda que se trata de la *respuesta re-legitimante del ejercicio de poder del sistema penal por excelencia*, pero a costa del desconocimiento del discurso jurídico-penal tradicional, de dejar en pie un concepto de "derecho" que, por estar privado de cualquier referencia ética y antropológica, es difícil que pueda llamarse "derecho", de poner en quiebra —en larga perspectiva— prácticamente todo el derecho penal de garantías y de retrotraerse a un derecho penal trasnochado conforme a un paradigma ficticio, que siempre ha sido el del discurso jurídico-penal autoritario.

En rigor, la polémica de Luhmann con Habermas²⁷ demuestra que es harto problemático afirmar que el primero posibilite una re-legitimación del discurso jurídico-penal, puesto que no parece ser estrictamente una "legitimación" lo que provee su teoría: en definitiva no pretende ser casi más que una constatación. Nos queda la duda acerca de la corrección del traslado de Luhmann al plano dogmático-penal o sea, del discurso jurídico-penal.

Además de todas estas consideraciones, que muestran a la única tentativa realmente re-legitimante como una verda-

²⁶ Cfr. Emilio García Méndez, *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires, 1987.

²⁷ Luhmann-Habermas, *Teoria della società o tecnologia sociale*, Milano, 1973.

dera confesión de la incapacidad re-legitimante del ejercicio de poder del sistema penal en los países centrales y, en cierta forma, una renuncia al pensamiento y una racionalización meramente funcional de su ejercicio de poder, cabe observar que es explicable cierto éxito de la teoría sistémica en los países centrales, donde el poder ha generado un nivel mínimo de bienestar y donde la prisonización parece recaer cada vez más sobre minorías étnicas, salvo en unos pocos países. Allí puede llegar a convencer la idea de que lo importante es el sistema, pero en nuestro margen eso es insostenible y no creemos que pueda convencer a la mayoría.

IV. LAS RESPUESTAS QUE ENFRENTAN LA DESLEGITIMACION DESDE EL PLANO POLITICO-CRIMINAL

1. **Mínima intervención penal y abolicionismo.** Frente a la deslegitimación de los sistemas penales, surgen dos grandes corrientes de propuestas político-criminales —o políticas, si se prefiere—, con variables relativamente considerables en cada una de ellas: la propuesta de un *derecho penal mínimo* o “contracción del derecho penal” y la propuesta de su abolición o *abolicionismo penal*. Antes de entrar a la consideración de cada una de estas corrientes, es necesario destacar cuáles son, a nuestro entender, *las carencias que estas propuestas presentan frente a la deslegitimación de los sistemas penales en nuestro margen y a la situación crítica de nuestro penalismo*.

Cabe adelantar que, a diferencia de las respuestas que hasta aquí hemos visto —que “huyen” o “niegan” la deslegitimación o que, como el funcionalismo, la enfrentan pretendiendo rechazarla— las respuestas minimizantes y abolicionistas se hacen cargo de la deslegitimación y la reafirman (aunque, como veremos, se susciten algunas discusiones acerca del sentido de la expresión y de su alcance). El *abolicionismo* niega la legitimidad de los sistemas penales tal cual operan en la realidad social actual y, como principio general, de cualquier otro que pudiera proyectarse en el futuro como alternativa sobre modelos formales y abstractos de solución de conflictos, postulando una abolición radical de los mismos y

la asunción de la solución de los conflictos por instancias o mecanismos informales. El *derecho penal mínimo* (minimismo penal o contracción penal), al igual que el anterior, niega la legitimidad de los sistemas penales tal como operan en la actualidad, pero propone una alternativa mínima que considera necesaria como mal menor. Este último es tan deslegitimante como el abolicionismo en lo que respecta a los sistemas penales existentes, aunque puede generar alguna confusión el doble uso que algunos autores hacen de la voz “deslegitimación”: en tanto que para el abolicionismo tiene un alcance abarcativo de los sistemas penales formales existentes y futuros, para algunos autores del minimismo penal sólo se extiende a los sistemas penales presentes y a los propuestos para el futuro que se separan de los postulados de su contracción minimizante²⁸.

Nosotros hemos usado hasta ahora la expresión en el primer sentido. Al considerar la propuesta mínima en el párrafo siguiente, nos ocuparemos del alcance abarcativo respecto de la segunda hipótesis.

2. ¿Se trata de propuestas de nuevos modelos de sociedad? Pareciera que todas las respuestas teóricas centrales —y hasta las actitudes— son propuestas de nuevos modelos de sociedad; se ha hablado de una sociedad “azul”, de una sociedad “verde” y de una sociedad “roja”²⁹ y, en efecto, se tiene la sensación de que frente a las deslegitimación del sistema penal y a la crisis del discurso jurídico-penal, hubiese reacciones que dicen:

a) “No se preocupen, que ya se adecuará a la legalidad”; “No se preocupen que no pasa nada”; “No se preocupen que no es cosa nuestra averiguar qué pasa” (mecanismos de huida) y “No se preocupen que así marcha bien porque equilibra un sistema que da bienestar a todos” (funcionalismo sistémico). Da la impresión de que por allí andan quienes aspiran al modelo de sociedad “azul”, aunque también pueden deam-

²⁸ Luigi Ferrajoli, *El derecho penal mínimo*, en “Poder y control”, n° 0, 1986, págs. 24 y sgts.

²⁹ Massimo Pavarini, en el prólogo a la trad. italiana de Nils Christie, *Abolir la pena? Il paradosso del sistema penale*, Torino, 1985.

bular por los mismos senderos los que sueñan una sociedad “negra”.

b) Otras reacciones dicen: “Es necesario abolirlo y con ello dar paso a una sociedad menos compleja, con formas más simples y efectivas de solución de conflictos” (será el abolicionismo, que parece caminar por el lado de las propuestas de quienes aspiran a la “sociedad verde”);

c) Otros expresan: “Es necesario cambiarlo por otro, mínimo pero indispensable para evitar males peores, en una sociedad igualitaria, en que se hayan democratizado las relaciones de producción y de cambio” (sería el derecho penal mínimo, respuesta que marcha en la dirección de la “sociedad roja”).

No cabe duda que esta clasificación es por demás simplista, porque hay autores que, con razón, no se considerarían representados por ninguna de estas corrientes. Así, por ejemplo, Hulsman afirma que no pretende ningún nuevo modelo de sociedad, en tanto que Mathiesen postula el abolicionismo desde una perspectiva con muchísimos elementos teóricos marxistas. Además, como ya lo expresamos, la variable que se atribuye a la sociedad “azul” suena demasiado “socialdemócrata”, pero en realidad puede encerrar —y de hecho encierra— propuestas de modelos de sociedad que en modo alguno pretenden extender una generalización del bienestar; es obvio que el funcionalismo sistémico puede llevar también a una sociedad “negra” (neo-nazi) en la medida en que renuncie a la integración de componentes éticos y antropológicos.

Pero pese a este confeso pecado de simplismo, la clasificación mencionada resulta útil para destacar el nivel al que tienen lugar estas respuestas: *sin duda que es el político-criminal, con marcada tendencia a lo directamente político.*

En este sentido es notoria la diferencia entre las respuestas de huida y sistémica y las respuestas abolicionista y minimista: las primeras siguen programando la acción de los juristas que operan dentro de los sistemas penales existentes mediante un desarrollo del discurso jurídico-penal o dogmá-

tico, en tanto que las segundas no se preocupan por este aspecto o, al menos, le prestan mucha menor tención.

3. La principal carencia de las respuestas político-criminales. En la literatura abolicionista prácticamente no hay indicación alguna que permita construir un sistema de respuestas racionales para las decisiones de los juristas que deben operar con los sistemas penales presentes y, en los autores del derecho penal mínimo, sólo aparece alguna indicación aislada ³⁰.

Da la impresión de que esta omisión es lógica: si se trata de sistemas penales deslegitimados, una pautaación programática de lo que debieron hacer los juristas sólo podría limitarse a señalarles una militancia político-criminal o directamente política, para eliminar esos sistemas penales, sea para abolirlos definitivamente o para reemplazarlos por otros alternativos y mínimos, pues cualquier otra solución sería re-legitimante.

Como todos los discursos jurídico-penales pautaadores de decisiones dentro de los sistemas penales existentes son justificadores (racionalizadores) de los mismos, quedarían todos descalificados y, por ende, la función del jurista sería la de un tecnócrata dentro del sistema; pero esa pautaación jamás sería un verdadero saber ("ciencia"), sino que, como máximo, mientras permanezca el sistema penal —o, al menos, estos

³⁰ Estas carencias de las teorías llamadas "radicales" han provocado fracturas entre teóricos progresistas, pero cabe reconocer el esfuerzo de Baratta. Sin embargo estos esfuerzos no lograron disipar completamente —pese a haberse aclarado muchos mal entendidos— la imputación de cierto *voyeurismo* que le formulara Marinucci a todas estas propuestas (Giorgio Marinucci, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, en "La Questione Criminale", 1981. 2, pág. 297; la respuesta de Baratta en la misma, 1981. 3, pág. 349). En trabajos posteriores Baratta explicitó la necesidad de respetar los principios que se desprenden de los Derechos Humanos en la dogmática, como principios "intrasistemáticos" (*Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la ley penal*, en "Capítulo Criminológico", Maracaibo, 13, 1985 y en "Derecho Penal y Criminología", Bogotá, 1987, nº 31), pero parece seguir vinculando la limitación con la justificación del sistema penal, lo que le quita coherencia al planteamiento, según nuestra opinión. Algo análogo sucede con todos los planteos liberales de derecho penal, por mucho que sea menester reconocerles los importantes esfuerzos limitativos llevados a cabo.

sistemas penales— lo que podrían llevar a cabo sería una suerte de táctica de utilización del sistema en beneficio de las clases subalternas o carenciadas, como lo propone el “uso alternativo del derecho”, del que nos ocuparemos más adelante y que es prácticamente la única corriente que encara una respuesta en este plano.

Los autores que, fuera de esa corriente, mayor importancia asignan al problema, señalan que “el retardo de la ciencia jurídica frente a la ciencia social contemporánea es enorme” y que no es “recuperable”³¹.

En este sentido Baratta niega prácticamente la posibilidad de un nuevo modelo integrado de “ciencia penal”, “fundado sobre el carácter auxiliar de la ciencia social frente a la ciencia jurídica o, incluso, sobre el carácter científico de ambos discursos, comprendidos en su autonomía”. Atribuye este fenómeno a la circunstancia de que la superación de la crítica no proviene del interior, sino del exterior de la ciencia jurídica, por obra de una ciencia social con la cual la ciencia jurídica no ha logrado aún encontrar una nueva relación de colaboración. “Con mayor razón —continúa— la ciencia jurídica no sería capaz, una vez superada su propia ideología negativa, de construir desde su interior una ideología positiva, es decir, una estrategia de control de los comportamientos socialmente nocivos o problemáticos, alternativa al actual sistema represivo”.

La única manera que encuentra Baratta para construir un nuevo modelo integrado consiste en establecer una relación entre “ciencia” y “técnica”, en la cual “ciencia” sería la ciencia social y “técnica” el saber de los juristas y que, a la postre, mediante una relación dialéctica, convertiría al jurista en un “científico social”.

En esto parece resonar un cierto eco del viejo Liszt que, como destacaremos más adelante, en algún sentido no parece del todo desatinado, pero, aún sin entrar en la cuestión acerca de qué es una “ciencia” y qué una “técnica” (nosotros preferimos hablar de “saberes”), nos parece claro que Baratta está mirando aquí hacia un futuro en que un “derecho penal

³¹ Baratta, *Crim. crítica*, cit.

mínimo” —y su consiguiente sociedad— sean una realidad, como también a la función del jurista —al menos en parte— como legislador o proyectista de legislación.

Este nuevo modelo integrado no pareciera ser para él posible en forma actual, y tampoco nos indica cómo intentarlo en un futuro próximo o inmediato.

Dicho más brevemente: *queda un terrible hueco, que es la imposibilidad de colmar hoy, en los actuales sistemas penales, la distancia entre la ciencia social y el discurso jurídico.*

No se trata de un mero hueco teórico ni de un salto discursivo, sino de una carencia que deja anómicos a los operadores de las agencias judiciales de los actuales sistemas penales cuando se hacen cargo de las críticas deslegitimantes.

Esta carencia, que para las teorías político-criminales, en opinión de algunos autores, sería estructural, tiene por resultado que el discurso crítico, que se va extendiendo en el ámbito de las agencias académicas, se neutralice a sí mismo al cerrarse toda oportunidad de efecto práctico sobre la operatividad de las agencias jurídicas del sistema penal.

Esta neutralización del efecto modificador del discurso crítico sobre las agencias jurídicas del sistema penal, puede prolongarse más tiempo en los países centrales que en nuestro margen, en razón de los niveles de violencia relativamente bajos con que operan sus sistemas penales —en comparación con los de nuestro margen— y de la selección étnica que muchos de ellos practican. Con frecuencia también, la asociación de las propuestas político-criminales con modelos de sociedad suele generar la sensación de que su realización dependerá de cambios estructurales más amplios, que deben aguardarse o favorecerse desde el campo puramente político, como condicionantes previos. Es obvio que la carencia puede darse en ambas situaciones de poder mundial, pero que se hace mucho más notoria y urgida de respuesta en nuestro margen.

Como lo expondremos más adelante, creemos y trataremos de demostrar que estas limitaciones son superables y que es posible producir un nuevo modelo integrado de “saber penal”, partiendo de una deslegitimación —incluso admitiendo la alternativa abolicionista— del sistema penal. Esta construc-

ción es de imponderable urgencia en nuestro margen —y quizá en todo el “Tercer Mundo”— y no está necesariamente vinculada a un modelo de sociedad, al menos en los términos de la coloración pautada en los discursos críticos centrales.

V. EL PROGRAMA DE MINIMA INTERVENCION COMO PROPUESTA POLITICO-CRIMINAL FRENTE A LA DESLEGITIMACION

1. **Doble sentido de “deslegitimación”.** Las propuestas de un programa de mínima intervención penal, también llamado “derecho penal mínimo”, no son coincidentes en sus fundamentos.

Puede postularse una mínima intervención penal, con una considerable descriminalización, con reducción radical de la pena de prisión y con recuperación de todos los límites del llamado “derecho penal liberal”, sin ninguna pretensión teórica de largo alcance que legitime el resto del sistema penal, es decir, un programa mínimo y transitorio de carácter pragmático ³².

Otras propuestas, que son las verdaderamente teóricas o de “largo alcance”, corresponden a un derecho penal mínimo que, en un modelo de sociedad diferente, estaría legitimado.

Nos ocuparemos de estas últimas y, para no perdernos en un recorrido erudito que no hace a nuestro objetivo, nos centraremos en las propuestas de Ferrajoli y de Baratta ³³, aunque el segundo no responda del todo al carácter general señalado.

Para Ferrajoli es necesario distinguir entre los fines programáticos de la pena y la función que actualmente cumple la pena; en tanto que las funciones reales se verifican empíricamente, los primeros son cuestiones que deben debatirse en el plano axiológico, pero que no pueden deslegitimarse con datos empíricos. Para este autor, la deslegitimación del sis-

³² Aproximadamente es lo que se pretende en la larga propuesta de conclusiones del *Informe Final*, cit., del Inst. Int. de Ds. Hs.

³³ Ferrajoli, op. cit.; Baratta, op. cit. en “Cap. Crim.”; del mismo, *Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*, en “Doctrina Penal”, Bs. As., 1987, págs. 623 y sgts.

tema penal no es lo que hemos venido entendiendo hasta aquí, esto es, la *irracionalidad de nuestros sistemas penales vigentes y operantes*, sino que entiende por tal la *radical imposibilidad de legitimar cualquier sistema penal, incluso futuro y por mínimo que fuere*. Esta radicalidad, que parece identificarla como propia del abolicionismo, la rechaza afirmando que en una sociedad, incluso mucho más democratizada e igualitaria, sería necesario un derecho penal mínimo, como único medio para evitar males mayores (la venganza ilimitada).

2. El fundamento legitimante de un futuro derecho penal mínimo. Para Ferrajoli un derecho penal mínimo se legitima únicamente por razones utilitarias, que son la prevención de una reacción formal o informal más violenta contra el delito, es decir, que para ese derecho penal mínimo, el fin de la pena sería *la minimización de la reacción violenta contra el delito. Ese derecho penal se justificaría como un instrumento que impide la venganza*.

Considera que el derecho penal nace cuando la relación bilateral "víctima-ofensor" se sustituye por la relación trilateral que "ve como tercera posición o como imparcial a una autoridad judicial". No niega la función preventivo-general de las penas, sino que les asigna una doble función: prevención de los delitos y prevención de las reacciones desproporcionadas. La primera función indicaría el límite mínimo de la pena y la segunda su límite máximo. Entiende que con esta doble función un derecho penal mínimo constituiría siempre una defensa del débil contra el fuerte: de la víctima frente al delincuente, del delincuente frente a la venganza.

El derecho penal mínimo sería, pues, *la ley del más débil*. La pena se justificaría como *mal menor*, debiendo establecerse siempre sobre un cálculo de costos: el costo del derecho penal y el costo de la anarquía punitiva.

3. El programa de legislación penal mínima. En la línea del derecho penal mínimo, Baratta ha trazado los "requisitos mínimos de respeto a los Derechos Humanos en la ley penal", conforme a los cuales los Derechos Humanos cumplirían

una función negativa de límite y una función positiva de indicación de los posibles objetos de tutela penal.

Sus principios los clasifica en "intrasistemáticos" (los que dentro del sistema indican los requisitos para la introducción y mantenimiento de figuras delictivas en la ley) y "extrasistemáticos" (referidos a los criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y la construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y problemas sociales).

Los principios intrasistemáticos de Baratta hacen a garantías y límites de los que nos ocuparemos en la tercera parte. En cuanto a los extrasistemáticos, se trata de criterios que deben orientar la acción legislativa o bien la decisión política. Entre éstos, Baratta distingue dos clases de principios: unos hacen a la descriminalización, pero otros implican una verdadera "liberación de la imaginación sociológica y política frente a una cultura *de lo penal*, que ha colonizado ampliamente la manera de percibir y construir los conflictos y problemas sociales en nuestra sociedad".

La duda que nos deja este planteamiento de Baratta es que no sabemos qué quedaría sometido al sistema penal si se aplicase en toda su extensión el segundo orden de principios que propone, pues prácticamente, no hay materia que la imaginación sociológica no pueda sustraer al sistema penal y hallarle solución por otras vías, pero esto es un aspecto que ya pertenece a la discusión en torno del abolicionismo.

De cualquier manera, adelantamos que tenemos la impresión de que el minimismo de Baratta se acerca a una concepción de la contracción penal como momento de progreso social, pero no tiene la pretensión legitimante de un futuro modelo punitivo del tipo de la que hemos visto sostenida por Ferrajoli.

VI. EL ABOLICIONISMO PENAL

1. **Caracterización general del movimiento abolicionista.** Existen diferentes abolicionismos y, sin duda, puede hablarse de un abolicionismo anárquico, de antigua data, que no fue más que el resultado de una formidable confianza jusnatura-

lista, por paradójal que parezca: el racionalismo, el positivismo, el cristianismo, etc., han dado lugar a “jusnaturalismos” que, llevados hasta el extremo, terminan postulando la prescindencia del derecho positivo, en la confianza de que esas leyes “naturales” liberadas del poder estatal bastarían para que las relaciones y los conflictos sociales se regulen y resuelvan conforme a ellas. Así, Baldwin dio lugar a un anarquismo liberal, Kropotkin a otro positivista, Tolstoy a una versión cristiana, etc.³⁴.

El abolicionismo al que nos referimos aquí no es éste, sino el *abolicionismo radical del sistema penal*, o sea, *su radical reemplazo por otras instancias de solución de los conflictos* (a diferencia de los abolicionismos de la pena de muerte, de la de prisión, etc.) y que surge en las últimas dos décadas como resultado de la crítica sociológica al sistema penal.

Se trata de un movimiento cuyos autores más notorios son del norte de Europa —principalmente escandinavos y holandeses— y que en los últimos años ha generado una considerable literatura³⁵. Una de las características más comunes entre sus líderes es haber llevado adelante movimientos u organismos con participación de técnicos, presos, liberados, familiares y simpatizantes, es decir, con alguna experiencia práctica en el campo de la marginación penalizada³⁶.

³⁴ Un panorama general en George Woodcock, *L'anarchia. Storia delle idee e dei movimenti libertari*. Milano, 1973. Cabe observar, respecto de muchas teorías calificadas como utópicas, una diferencia sustancial con el abolicionismo contemporáneo: las antiguas teorías confiaban en una desaparición de los conflictos mismos; el nuevo abolicionismo no cree que desaparezcan los conflictos, sino que postula la abolición del sistema penal como solución falsa de los mismos.

³⁵ Hulsman-Bernat de Celis, op. cit.; Hulsman, *La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, en “Nuevo Foro Penal”, Medellín, enero-marzo de 1987, págs. 49 y sgts.; Nils Christie, *Los límites del dolor*, México, 1981; Thomas Mathiesen, *The Politics of Abolition*, Oslo, 1974; Elena Larrauri, *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*, en “Poder y control”, 3, 1987, págs. 95 y sgts.; es sumamente interesante la obra colectiva *The Criminal Justice System as a social problem: an abolitionist perspective*, cit.

³⁶ Rolf F. De Folter, op. cit.

Es la más original y radicalizada propuesta político-criminal de los últimos años, al punto que aun sus críticos más severos deben reconocerle méritos y valores positivos.

2. Las variables del abolicionismo. Entre los autores abolicionistas no existe una completa coincidencia de métodos, presupuestos filosóficos y tácticas para alcanzar los objetivos, sino que provienen de distintas vertientes del pensamiento. Se ha señalado la preferencia marxista de Thomas Mathiesen, la fenomenológica de Louk Hulsman, la estructuralista de Michel Foucault³⁷ y podríamos agregar la fenomenológico-historicista de Nils Christie.

a) Hulsman, después de una evolución radicalizante de su pensamiento, llegó a la conclusión de que el sistema penal es un problema en sí mismo y, ante su creciente inutilidad para resolver conflictos, resulta preferible abolirlo en su totalidad, como sistema represivo.

Entre otras, Hulsman afirma que hay tres razones fundamentales que abogan por su abolición: causa sufrimientos innecesarios que se reparten socialmente de modo injusto; no tiene efecto positivo sobre las personas involucradas en los conflictos; es sumamente difícil someterlo a control.

Su propuesta es directamente el reemplazo del sistema penal por instancias intermedias o individualizadas de solución de conflictos, que atiendan a las necesidades reales de las personas involucradas y no a un macro-nivel estatal. Para ello, propone un nuevo lenguaje, que suprima las categorías de "crimen" y "criminalidad", que como categorías son "reificadas" en el pensamiento occidental, cuando en realidad encubren una variedad inmensa de conflictos que, por supuesto, no desaparecerán con la supresión del sistema penal, pero que re-definidas en forma de "situaciones problemáticas", pueden encontrar efectivas soluciones, esto es, entre las partes involucradas, en un "cara a cara" conforme a modelos de solución de conflictos diferentes del punitivo (compensatorio, terapéutico, educativo, asistencial, etc.), todos los cuales tienen la ventaja de no ser necesariamente alternativos, en tanto que

³⁷ Idem, pág. 31.

el modelo punitivo siempre lo es (su aplicación excluye automáticamente a los restantes).

No cabe duda de que la propuesta de Hulsman (que puede sintetizarse con la consigna "ir al conflicto mismo") es, al menos en buena medida, tributaria de la fenomenología y de la etnometodología —aunque en ningún momento se lo manifieste expresamente— y reconoce una raíz cristiana anterior a la categorización escolástica. Igualmente, puede deducirse que su posición se vincula al "modelo verde" o, por lo menos, a la línea de pensamiento donde "lo pequeño es bello".

b) *Mathiesen* puede ser considerado el "estratega" del abolicionismo³⁸. Su táctica abolicionista se halla muy vinculada a un esquema relativamente simple del marxismo, lo que no resta interés a sus consideraciones tácticas.

Como *Mathiesen* vincula la existencia del sistema penal a la estructura productiva capitalista, parece no aspirar únicamente a la abolición del mismo, sino a la abolición de todas las estructuras represivas de la sociedad.

Se manifiesta abiertamente crítico de todas las construcciones teóricas que no se orientan o permiten una traducción más o menos inmediata en el plano práctico de una acción política "superadora de límites", en forma de algo "siempre inacabado".

Sus esfuerzos por conceptualizar lo "inacabado" y su permanente insistencia en ello le permiten trazar una táctica que no quede neutralizada o inmovilizada por una contra-estrategia de retrocesos parciales del poder, como pueden ser las descriminalizaciones, las penas alternativas a la prisión, etc. *Mathiesen* señala que el poder trata siempre de establecer lo que está "dentro" y lo que está "fuera", procurando enredar lo que está "fuera" y trabarlo para ponerlo "dentro", usando para ello tácticas de "retrocesos parciales".

A la opción creada por el poder entre lo de "dentro" y lo de "fuera". *Mathiesen* opone la alternativa de lo "inacabado", como un curso, un devenir siempre abierto.

³⁸ Al menos esa es la impresión que proporciona su obra de 1974.

Su táctica de praxis-teórica siempre implica una respuesta al funcionalismo: en tanto que éste describe bastante bien —y hasta con mayor detalle— la forma de enredar lo de “fuera” y meterlo “dentro”, haciendo de ello el principal objetivo del sistema, Mathiesen elabora la estrategia inversa: el camino abierto que le impida al poder “cerrarse”, “encejorando” lo de fuera, la táctica que neutralice la contra-táctica de la normalización mediante el “retroceso táctico” del poder, la que haga que todo retroceso sea eso y nada más, como retroceso del poder hacia la abolición del sistema penal.

En su *action research* Mathiesen señala que las condiciones que debe reunir un movimiento abolicionista para mantener su vitalidad como tal, son su permanente *relación de oposición* con el sistema y su *relación de competencia* con éste. La oposición requiere una diferencia considerable de puntos de vista respecto de las bases teóricas del sistema y la competencia una acción política práctica desde fuera del mismo.

c) El abolicionismo de *Nils Christie* tiene muchos puntos de contacto con el de Hulsman. Sin embargo, puede decirse que Christie está más inclinado a basar sus argumentaciones sobre la experiencia histórica e incluso sobre los reducidos modelos existentes de ensayos comunitarios nórdicos, como *Christiania* y *Tvind*.

Christie destaca expresamente la condición destructora de las relaciones comunitarias del sistema penal, su carácter disolvente de las relaciones de horizontalidad y los consiguientes peligros y daños de la verticalización corporativa.

En este sentido, niega enfáticamente la interpretación de Durkheim, cuando éste entiende que el proceso de modernización hace progresar a la sociedad, haciéndola pasar de la solidaridad mecánica a la orgánica y disminuyendo el componente punitivo. Christie manifiesta a este respecto que “Durkheim era un específico producto de la cultura urbana francesa. Está de acuerdo con la opinión de que cuando se ve un indio se los ha visto a todos, mientras es evidente que entre los pueblos civilizados, dos individuos son inmediatamente percibidos como diferentes entre sí. Este prejuicio le impide ver la suma de variables típicas de las sociedades numérica-

mente limitadas y los problemas de control de las más extensas" ³⁹.

Para Christie —y en esto creemos que tiene toda la razón— el mejor ejemplo de solidaridad orgánica lo proporcionan las sociedades limitadas, cuyos miembros no pueden ser sustituidos, a diferencia de los grandes grupos, donde se limitan las condiciones de solidaridad y donde los papeles obligatorios pueden ser sustituidos con facilidad, a través del mercado de trabajo, del cual los excluidos se vuelven candidatos ideales para el sistema punitivo

Las observaciones de Christie, pese a que no nos proporciona una táctica clara para el abolicionismo, son altamente reveladoras para nuestro margen y particularmente para la defensa de los vínculos horizontales o comunitarios de simpatía.

d) Si bien quizá no pueda ser considerado un abolicionista en el sentido de los autores que venimos exponiendo, Michel Foucault sin duda lo fue ⁴⁰.

Ya nos hemos ocupado de algunos de sus principales aportes y lo que nos resta observar aquí es que, quizá lo que resulta a nuestro juicio menos admisible de la tesis foucaultiana, desde el punto de vista de la tradición humanista, sea la consideración misma del sujeto cognoscente como un producto del poder (que no sólo generaría saber sino también subjetividad cognoscente), lo cual, si se lo extrema, lo lleva a una posición que secundariza y relativiza la cuestión antropológica. Es posible que, como alguien ha señalado, no haya sido ésta la intención de Foucault, sino que con ello se haya limitado casi a describir una forma de conocimiento de la sociedad industrial y no a hacer un tratamiento de la cuestión misma.

En directa referencia a las tesis coincidentes con el abolicionismo, Foucault señala acertadamente la forma en que el poder expropió los conflictos en el momento de la formación de los estados nacionales y niega el modelo de una parte que se sobrepone a las partes en litigio como instancia superior

³⁹ Christie, op. cit.

⁴⁰ De Folter, op. cit.

decisoria, lo que evidencia en su discusión con los maoístas⁴¹, cuando critica el concepto de “justicia popular” expuesto por éstos.

Si bien Foucault no ofrece consideraciones tácticas para avanzar hacia el abolicionismo, las permite entrever cuando aconseja la “técnica del judoca”, es decir, la debilidad que sufre el poder cuando descarga la violencia, que lo deja parado en un pie. Cabe observar que la utilización de la fuerza del adversario en lugar del empleo de la propia violencia, es un postulado básico de cualquier tesis de la “no violencia”⁴².

Dado que Foucault no admitió la idea de un “sistema de poder”, sino que considera que el “sistema” es una ilusión provocada por la alineación de micro-poderes, no podría aceptar la tesis de Mathiesen acerca de lo que queda “dentro” y “fuera”, y, debido a la particular manera en que estos micro-poderes se recomponen en una red complejísima, sería posible estar involucrado y, sin embargo, permanecer en oposición. No obstante, creemos que es posible interpretar la tesis de Mathiesen de un modo menos “sistémico” (o “contra-sistémico”) y compatibilizarla con los puntos de vista de Foucault: el requisito de “oposición” es claramente ideológico y la competencia no es otra cosa que mantener siempre viva la contradicción en la praxis; ambos pueden darse en coyunturas de oposición y competencia involucradas en el sistema penal mismo: renunciar a estas oportunidades tácticas sería ridículo.

3. La polémica en torno al abolicionismo. El abolicionismo, como era de esperar, ha dado lugar a una polémica considerable, que se halla abierta y en pleno desarrollo.

Sin duda que una de las respuestas más interesantes es la que proviene del “derecho penal mínimo” o “mínima intervención penal”. En tanto que el abolicionismo parece poner de relieve o cargar el acento en los costos del sistema penal, el derecho penal mínimo se inclina a hacerlo sobre los eventuales costos de una anarquía punitiva. En opinión de Ferrajoli, estos costos serían de dos clases: el peligro de *bellum*

⁴¹ *Microfísica*, cit.

⁴² Por ejemplo, Gene Sharp, *Poder, luta e defesa. Teoria e prática da ação não-violenta*, São Paulo, 1983.

omnium, con sus reacciones vindicativas incontroladas, y el de un disciplinamiento social que impida el delito en forma puramente física, a costa de la libertad de todos.

Ferrajoli destaca que el derecho penal deja la libertad de elegir entre el delito y otra conducta, en tanto que la intervención disciplinaria *ex-ante* impide esa libertad y lo hace a costa de la libertad de todos. De este modo, el modelo penal mínimo se constituiría en una alternativa progresista frente al abolicionismo, al que le imputa ser una "utopía regresiva" asentada sobre la ilusión de una "sociedad buena" o de un "estado bueno".

Para Ferrajoli el abolicionismo engendra el peligro de alternativas peores que el derecho penal: la *reacción vindicativa* descontrolada, sea en manos individuales o estatales; el *disciplinamiento social* mediante la *internalización de rígidos controles* que operen bajo formas de auto-censura o como expresiones de policía moral colectiva, o bien, en manos estatales, mediante *técnicas de vigilancia total* en forma policial o de control tecnológico.

Ferrajoli considera que hoy el derecho penal se ha contaminado con medidas policiales hasta el extremo de convertirse en un sistema de control con predominio informal: "quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal —dice—, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto". El derecho penal mínimo quedaría legitimado por la necesidad de defender las garantías de los "desviados" y de los "no desviados".

La justificación que Ferrajoli encuentra para su "derecho penal mínimo" nos parece que entra en contradicción —al menos parcialmente— con las mismas pautas que señala cuando afirma que no pueden rechazarse los "fines" de las penas que se establecen preceptivamente apelando a argumentos empíricos, puesto que la crítica a la que somete al abolicionismo se basa, justamente, en la experiencia empírica que ofrece la operatividad real de los sistemas penales vigentes.

Esta crítica parece pasar por alto que el abolicionismo, aunque no lo exprese claramente y aunque algunos de sus

partidarios lo nieguen, también está proponiendo un nuevo modelo de sociedad. En tal sentido, no vemos cuál es la razón por la cual no pueda concebirse una sociedad, por lejana que sea, en que los conflictos puedan resolverse —o no resolverse, si es que no hace falta— sin apelar a penas y a la instancia punitiva formalizada y sin que esto, necesariamente, deba traducirse en una mayor represión. El mismo Ferrajoli reconoce que las penas no resuelven los conflictos, por lo cual, en su propuesta mínima, el único criterio de subsistencia sería la utilidad para evitar una hipotética venganza.

El abolicionismo no pretende renunciar a la solución de los conflictos que sea necesario resolver, sino que casi todos sus autores parecen proponer una reconstrucción de vínculos solidarios de simpatía, horizontales o comunitarios, que permitan esas soluciones sin apelar al modelo punitivo formalizado abstractamente.

Christie es claro en este aspecto, particularmente cuando partiendo de las experiencias comunitarias danesas se percata de que si se establecen esos vínculos que nuestra civilización industrial o tecno-científica verticalizante destruye (algo parecido a lo que Freud llamaba “vínculo libidinal”), la pena produciría un dolor que se repartiría entre todos, por lo cual habría una tendencia a su rechazo. Hay experiencias latino-americanas impuestas por la necesidad y la marginación, en las que el sistema penal no opera y se gesta un sistema propio de solución de conflictos ⁴³.

Las críticas de Ferrajoli al abolicionismo parecen centrarse en ciertas simplificaciones del mismo, como puede ser la pretensión de suprimir al sistema penal dejando todos los conflictos sin solución y sin la cobertura ideológica de aparente solución que hoy les brinda el sistema penal, o bien, suprimir el derecho penal —como discurso jurídico— dejando intacto todo el ejercicio de poder de las agencias del sistema penal.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que los defensores del derecho penal mínimo también proponen un nuevo modelo

⁴³ Ver por ejemplo, Boaventura de Souza Santos, *Notas sobre a história jurídico-penal de Pasárgada*, en “O direito achado na rua”, cit., pág. 46.

de sociedad, porque es incuestionable que si el sistema penal no sólo procura represividad, sino —y principalmente— ejercer un poder positivo configurador (como lo demuestra Foucault), la contracción del sistema penal implica un cambio profundo en la red de poder social, lo que conlleva un modelo diferente de sociedad.

En la hipótesis de llegar a este modelo y al derecho penal mínimo propuesto, e incluso aceptando que ese derecho penal mínimo se mantenga para evitar la venganza y un control totalitario por parte de las agencias ejecutivas del sistema penal, en ese momento no podrá evitarse la pregunta acerca de la posibilidad de neutralizar esos peligros por medios menos violentos que la pena y que sirvan para resolver esos conflictos en forma efectiva y, por nuestra parte, no creemos que de antemano deba excluirse la posibilidad de que el modelo de sociedad que implícita o explícitamente corresponde a una mínima intervención penal, halle finalmente la forma de resolverlos suprimiendo incluso ese derecho penal mínimo. El derecho penal mínimo se plantearía, de este modo, como un momento del camino abolicionista.

Por otra parte, nos parece claro que nadie puede pretender abolir únicamente el “derecho penal”, sino el “sistema penal”, porque si desapareciese sólo el primero, que no es más que el discurso de justificación y la pautación de la agencia judicial, esto implicaría la sola cancelación del poder de los juristas y la liberación total de los conflictos al poder de las restantes agencias del sistema penal, lo que no sería más que una nueva ilusión, mucho más infantil aún: confundir el discurso racionalizador del ejercicio de poder del sistema penal con ese ejercicio de poder y suprimir el muy limitado ejercicio de poder de la única agencia que en los sistemas vigentes puede llegar a generar una contradicción limitadora y mínimamente garantizadora, sólo puede calificarse de suicidio político reaccionario y totalitario y en modo alguno es la propuesta abolicionista.

Es incuestionable, a nuestro juicio, que *el derecho penal mínimo es una propuesta que debe ser apoyada por todos los que deslegitiman el sistema penal, pero no como meta insuperable, sino como paso o tránsito hacia el abolicionismo, por*

lejano que hoy parezca, como un momento del "unfinished" de Mathiesen, y no como un objetivo "cerrado" o "acabado".

Nos parece que el sistema penal se halla deslegitimado tanto en términos empíricos como preceptivos, puesto que no vemos obstáculo a la concepción de una estructura social en que sea innecesario el sistema punitivo abstracto y formalizado, tal como lo demuestra la experiencia histórica y antropológica.

El argumento iluminista de la necesidad del sistema penal para evitar la venganza corresponde a un programa mínimo propuesto por el Iluminismo y nunca realizado. *En el plano real o social, la experiencia indicaría que ya parece estar bien demostrada la innecesariedad del ejercicio de poder del sistema penal para evitar la generalización de la venganza*, porque el sistema penal sólo opera en un reducidísimo número de casos y, por ende, la inmensa mayoría de supuestos impunes no generaliza venganzas ilimitadas. Además, en América Latina se han cometido crueles genocidios que han quedado prácticamente impunes, sin que haya habido episodios de venganza masiva.

La regla invariable de la general inoperancia del sistema penal frente a los conflictos más graves y masivos, sólo por excepción da lugar a venganzas; lo que sucede también a este respecto es que los aisladísimos casos que se presentan son altamente publicitados, con lo cual se instiga a la imitación y se inventa una realidad que contribuye a fortalecer la justificación del ejercicio de poder del sistema penal y a reforzarlo ⁴⁴.

Creemos que la propuesta por la que debe apoyarse un derecho penal mínimo no es el viejo argumento iluminista, sino otro: *el derecho penal, como programación de la operatividad de la agencia judicial, debe permanecer, e incluso ampliar su ámbito, en la medida en que la intervención de esa agencia resulte menos violenta que las otras formas o modelos efectivamente disponibles de decisión de los conflictos.*

⁴⁴ Es notoria la alarma que han causado algunos casos en Brasil; no obstante, no se repara con igual alarma en el elevadísimo número de ejecuciones para-policiales.

Esto es una ampliación del discurso jurídico-penal que importa una mínima intervención del sistema penal —que no es ninguna paradoja, si se tiene en cuenta que se trata de dos cosas bien diferentes—, pues sólo en la medida en que el conflicto va quedando fuera del poder verticalizador del sistema penal y sometido a una solución menos violenta (o liberado si no es necesaria una solución) será posible contraer el discurso jurídico-penal.

Esta es la verdadera pauta indicadora del *mínimo efectivamente posible* en cada circunstancia, pero de un mínimo impuesto por un poder, por un hecho de poder que no estará legitimado en modo alguno, sino que simplemente está presente y la deslegitimación discursiva no tiene ningún efecto mágico que lo suprima como hecho.

Los modelos alternativos de solución de conflictos no son patrimonio de los autores abolicionistas⁴⁵ y la descalificación del abolicionismo como “utópico” —que es la más común— resulta relativa frente a algunas experiencias recientes no suficientemente analizadas⁴⁶.

Por otra parte es evidente que “la política abolicionista requiere un modo de pensamiento estratégico, cuyo punto de partida es una situación concreta; por esta razón la acción abolicionista es siempre local”⁴⁷. Esta última característica es mucho más evidente en nuestro margen que en los países centrales, debido a las características genocidas de nuestros sistemas penales de “contención” y no de “disciplinamiento” (productivo y consumista).

Las tres razones que Hulsman señala para apuntalar la total deslegitimación del sistema penal son de una evidencia innegable ante los hechos de nuestro margen: muertes, privaciones de libertad y victimizaciones que recaen sobre los sectores mayoritarios y carenciados de nuestras poblaciones; total indiferencia del ejercicio de poder de las agencias respecto de

⁴⁵ Por ejemplo, Edward De Bono, *Conflictos. Una mejor manera de resolverlos*. Bs. As., 1986.

⁴⁶ Cfr. Sebastian Scherer, *I do not wish think with moderation. Some materials comments on a utopian perspective*, en “The Criminal Justice System...”, cit., 36, págs. 107 y sgts.

⁴⁷ Cfr. De Folter, op. cit., pág. 48.

las víctimas; completa pérdida de control sobre las agencias ejecutivas de los sistemas penales y creciente reducción de la intervención de las agencias judiciales; por último, frecuente y creciente comisión de gravísimos delitos por parte de los integrantes de las agencias penales.

En cuanto a la pretensión de sostener nuestros sistemas penales para resolver los conflictos que genera la polución, el "white collar", los crímenes económicos y de tránsito, al menos en la experiencia latinoamericana se pone de manifiesto su total incapacidad. Hasta ahora, respecto de los tres primeros —crímenes del poder— hay una general inoperancia y, en los pocos casos en que opera, suele instrumentárselo como medio de eliminación competitiva por el que se resta la cobertura de invulnerabilidad al menos poderoso.

Los supuestos que suelen mostrarse como ejemplos de efectividad frente a incalificables crímenes y aberraciones del poder, no pasan de ser una selección de algunos ejecutores materiales o de quienes pueden ser sacrificados mediante un retiro de cobertura, porque ya no le sirven a otro poder mayor con el que entraron en conflicto o quedó desfasada la anterior alineación de micro-poderes, pero con cuidadosa exclusión de los instigadores y cómplices invulnerables, que se vuelven rápidamente funcionales en el nuevo reordenamiento de esos micro-poderes.

Son múltiples los casos que demuestran acabadamente que en nuestro margen los poderosos sólo son vulnerables al sistema penal cuando colisionan con otro poder mayor que logra retirarles la cobertura de invulnerabilidad, en una pugna que se desarrolla en la cúpula hegemónica. Por ello, *desde la perspectiva de nuestro margen, no hay razón alguna para creer que sea menos utópico un modelo de sociedad en la que no haya invulnerabilidad penal para los poderosos, que un modelo de sociedad en que se haya abolido el sistema penal.*

En cuanto a los delitos de tránsito, al menos en nuestro margen no es posible depositar mucha confianza en un modelo decisorio que, hasta el momento, se jacta de proveer seguridad conforme a su discurso de justificación, pero permanece indiferente e inactivo frente a la muerte de un millón de personas por década.

4. **Las dudas-límite frente a las propuestas abolicionistas.** Hemos visto que uno de los peligros que percibe Ferrajoli en el abolicionismo es que por vía policial pueda dar paso a un control físico de conducta que destruya los espacios sociales de libertad. Pavarini, por su parte, se plantea la incapacidad del abolicionismo para dar respuesta a problemas tales como el terrorismo ⁴⁸.

En rigor, creemos que ambas objeciones pueden categorizarse más ampliamente: resulta claro que el avance tecnológico, al tiempo que crea medios físicos de control de conducta mucho más sofisticados y que no dejan prácticamente espacio alguno que no pueda ser invadido, también pone en manos de grupos cada vez más reducidos de personas y hasta de individuos aislados, instrumentos con formidable poder destructivo, lo que amplía la capacidad de grupos y personas para destruir masivamente bienes jurídicos.

Es indudable que el desarrollo vertiginoso de la energía nuclear ⁴⁹, la ingeniería genética y los medios de guerra química, al igual que la transmisión de noticias falsas y la posibilidad de alterar complejísimos mecanismos computarizados —entre otros muchos— generan el peligro de conductas que, incluso llevadas a cabo individualmente o por grupúsculos, son capaces de destruir miles de vidas humanas o de producir cataclismos análogos a los telúricos.

Es bastante claro que con estos pretextos puede gestarse un control social realmente totalitario usando la misma tecnología disponible y que, en general, halle suficiente consenso, en razón del grado de realidad de esos peligros y también de la más sofisticada invención de la realidad que la misma tecnología permite, si es que la existente no constituye amenaza para justificarlo por sí misma.

Esta perspectiva, que en algún momento fue prevista con la denominación de “estado nuclear” ⁵⁰, pero que no la genera

⁴⁸ Pavarini, Prólogo a Christie, cit.

⁴⁹ Robert Jungk, *Gli apprendisti stregoni. Storia degli scienziati atomici*, Torino, 1958.

⁵⁰ Robert Jungk, *El Estado nuclear. Sobre el progreso hacia la inhumanidad*, Barcelona, 1979.

sólo la energía nuclear, sino todo el descontrolado avance tecnológico competitivo, es sin duda un gravísimo peligro que no puede pasarse por alto en cualquier planteamiento de esta naturaleza.

La tecnología resuelve incontables problemas, pero al mismo tiempo produce otros, pues parece actuar con efecto multiplicador⁵¹ y una de las amenazas más serias es que su capacidad destructiva sirva para aniquilar o minimizar los espacios sociales.

Se trata de una tecnología de destrucción, que en cualquier momento puede descontrolarse culposamente o ser usada dolosamente por el terrorismo y que, sin duda, puede ser causa inmediata de un control social estatal tecno-policial no menos terrorista. De allí que las observaciones de Ferrojoli y de Pavarini sean coincidentes, al menos en buena medida, por ser susceptibles de englobarse ambas en esta perspectiva. El abolicionismo, según estos autores, no tendría respuesta para ella.

No obstante, creemos que la objeción resulta bastante infundada, porque tampoco el modelo penal mínimo tiene una respuesta clara.

En esta categoría no es admisible la afirmación de Ferrajoli en el sentido de que el derecho penal actúa *ex-post* y el delincuente, en definitiva, elige conforme a una libertad que en cierto sentido le proporciona el derecho penal, lo que parece traer ecos de Hart y del neo-contractualismo. Tratándose de una posibilidad de destrucción masiva de bienes jurídicos, es incuestionable que no puede dejarse "elegir" al autor, porque es indispensable llegar antes e impedir el hecho, entre otras razones porque la capacidad técnica destructiva es tan formidable que puede ser que luego no quede nadie para imponer la pena o incluso que la cuestión no tenga nada que ver con el modelo penal, por tratarse de una conducta suicida.

Es obvio que esta prevención previa, tan necesaria como peligrosa, no corresponde a un sistema penal como los actua-

⁵¹ Cfr. Aurelio Peccei, *Las ciencias sociales y el desarrollo humano*, en "Simposio de la UNESCO. Repercusiones sociales de la revolución científica y tecnológica", Madrid, 1962.

les y que, frente a ella, el modelo penal no cuenta casi para nada. Se trata de una prevención que, obviamente, debe tener lugar en órbita policial, *pues son medidas preventivas policiales y no penales*. Es una forma de policía de seguridad que frente a estos hechos debe operar de la misma forma que en incendios, epidemias, terremotos, inundaciones, etc.

Se trataría de desarrollar aquí un derecho de control de la actividad preventiva policial con estricta vigilancia judicial o bien, llevada a cabo directamente por agencias judiciales, nacionales o, mejor aún, internacionales, que limite la injerencia preventiva a lo estrictamente necesario en cada caso, impida que el poder que indudablemente tendrán esas agencias se desvíe, garantice el secreto o impida la desviación de la información recogida y de la no conducente con que tope, etc.

Es bastante obvio que este complejísimo problema no tiene nada que ver con el modelo penal de decisión de conflictos, sino que se trata de un problemático control judicial limitativo de las facultades preventivas policiales, que será igualmente necesario con la permanencia o con la desaparición del sistema penal. Por otra parte, debería pensarse en una agencia con características bien diferentes de las que integran los actuales sistemas penales y, desde este ángulo, la permanencia de las mismas sería un obstáculo que contribuiría a perpetuar y a incrementar hasta lo increíble su actual ejercicio deslegitimado de poder.

Es sumamente difícil llamar "derecho penal" a esta regulación limitadora de la acción preventiva de hechos con capacidad destructora masiva.

Incluso, impedido el hecho en su etapa preparatoria o de tentativa, el impedimento de su reiniciación o continuación también es difícil que pueda llamarse "pena", por mucho que lo lleve a cabo también una agencia judicial nacional o internacional.

Si en última instancia se decidiese llamar a esto "derecho penal", cabe reconocer que no se trataría de una cuestión de denominación sino que, cualquiera que ésta sea, las características del mismo nada tendrían que ver con los sistemas penales vigentes: no se trataría de un hecho del poder del

momento de la política ni de un hecho del poder del momento de la guerra, por mucho que sus consecuencias físicas pudiesen asemejarse al segundo. Se trataría de *un momento de poder para la supervivencia de la vida planetaria*, lo que le asignaría una fisonomía propia.

En este sentido, parecen acortarse las distancias entre el derecho penal mínimo y el abolicionismo penal y, en último análisis, tampoco el primero sería —al menos en este aspecto— relegitimante del modelo penal de decisión de conflictos. Desde nuestro margen, donde la distancia tecnológica con el poder central aumenta rápidamente⁵², la necesidad de una actividad preventiva “controlada” será ineludible a corto plazo y, reducidas las distancias entre las perspectivas minimizantes o de contracción del sistema penal y las abolicionistas, teniendo en cuenta que, en definitiva, ambas se reflejan en una disputa acerca de modelos de sociedad que para nosotros son más lejanos y que, de momento, dada nuestra posición marginal en la red planetaria de poder, carecemos de autonomía para realizar, no tiene mayor sentido perdernos en los detalles de este debate, que puede llegar a inmovilizarnos o a demorar una acción que éticamente no podemos postergar.

Perdernos en esta discusión entre posiciones cuyas distancias no son tan grandes, sería aún más absurdo que imaginar la hipótesis de que nuestros libertadores hubiesen postergado las guerras de independencia del continente hasta ponerse de acuerdo acerca de la posterior adopción de la forma republicana o monárquica constitucional de gobierno, unitaria o federal, con o sin autonomía municipal, etc.; es evidente que si se hubiesen comportado de modo tan absurdo, el juicio histórico acerca de ellos sería muy diferente.

VII. EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Con la denominación de “uso alternativo del derecho” se conoce un movimiento de jueces y juristas que despuntó en

⁵² V. Alcira Argumedo, *Un horizonte sin certezas. América Latina ante la Revolución Científico-Técnica*, Buenos Aires, 1987.

Italia hace dos décadas y que halló eco más recientemente en España y Alemania ⁵³.

Este movimiento es resultado de una crítica marxista bastante ortodoxa y tradicional del derecho, inclinada a negar la posibilidad de un derecho alternativo y que se traduce preferentemente en una práctica, destinada a utilizar el “derecho burgués” en un sentido completamente diferente al que quiso imprimirle el poder que lo creó.

La propuesta de un uso del derecho siempre en beneficio de la clase proletaria, es interesante en cuanto niega la neutralidad judicial, pero adolece de una serie de carencias, tales como no percibir los cambios que han tenido lugar en Europa, insistir en un concepto de proletariado cuya existencia es difícil de afirmar en la actual estratificación social europea y, en general, carece de una elaboración teórico-jurídica, la que por definición ni siquiera intenta, dado que se trata de una praxis jurídica que procura reintroducir la práctica jurídica en las contradicciones capitalistas, como forma de acelerar y aguardar un cambio revolucionario. Cualquier intento en sentido teórico implicaría un reforzamiento del derecho y del estado “burgueses”, por lo cual renuncia apriorísticamente al mismo.

Su transferencia a nuestro margen en tales términos resultaría imposible, por razones que pueden enumerarse según sus diferentes niveles.

En el plano práctico, recibiría un rechazo frontal, debido a la generalizada satanización del marxismo en Latinoamérica.

En el plano teórico, su carencia de teorización jurídica lo llevaría a traducirse en una práctica jurídica que no tiene ninguna perspectiva de receptación en nuestro margen.

En el plano político, su conceptualización marxista tan tradicional, que en Europa pasa por alto la actual situación —muy poco proletaria— del trabajador europeo incentivado al consumismo, también pasaría por alto aquí la dudosa existencia de un proletariado latinoamericano en los términos del mismo marxismo tradicional, donde la situación dependiente

⁵³ P. Barcellona - C. Cotturi, *El Estado y los juristas*, Barcelona. 1976; *L'uso alternativo del diritto*, a cura di..., Roma 1973.

y la carencia cada vez mayor de capital productivo producen un aumento de mayorías carenciadas que no pueden ser consideradas "proletarias" ni "ejército de reserva" para una producción industrial que permanentemente es menor, con la consiguiente reducción de los sectores laborales tradicionales, y cuyas perspectivas de "llamar a la reserva" son manifiestamente lejanas, si nos atenemos al negativo balance de nuestros términos de intercambio comercial y al creciente peso de las obligaciones y servicios de las siderales deudas externas.

El uso alternativo del derecho, en nuestro margen, además de su escasa viabilidad, tendría el inconveniente de las críticas al derecho que han abundado aquí desde el campo puramente político, pues su falta de teoría jurídica haría que no penetre al saber jurídico y, de este modo, el saber jurídico hasta ahora reiterado quedaría intacto⁵⁴, como quedó frente a las restantes críticas que se detuvieron en el nivel exclusivamente político.

Más que un *uso alternativo del derecho* que promueva una revolución social, nuestro margen necesita un *derecho alternativo* que promueva su aceleración histórica, pues, aún admitiendo la hipótesis de validez central de la propuesta, nuestras necesidades resultarían profundamente diferentes, por provenir de dos procesos sucesivos de actualización histórica incorporativa que transnacionalizaron el primitivo control social, injertándolo marginalmente en la red de poder planetario, y que implicaron una sucesión de genocidios y etnocidios.

VIII. REACCIONES MARGINALES

En América Latina no se han registrado respuestas frente a la deslegitimación del sistema penal, al menos en forma orgánica. No es posible considerar orgánicamente una serie de actitudes de "huída" ante el fenómeno, carentes de coherencia y que amontonan argumentos o ignoran o pretenden ignorar la deslegitimación.

⁵⁴ Cfr. García Méndez, op. cit.

A simple título ejemplificativo pueden mencionarse, sin que valga la pena considerarlos en particular, algunas manifestaciones discursivo-penales de la llamada "doctrina de la seguridad nacional", la apelación al positivismo legal, la invocación de valores por vía de un neo-escolasticismo poco ortodoxo, la evasión a través de los obstáculos epistemológicos al saber jurídico, un burdo retribucionismo poco explicado, el uso reiterativo de ideas peligrosistas frecuentemente amalgamadas —de modo inexplicable— con el "bien común" tomista, etc. Estas actitudes no son explicables a nivel de análisis teórico, donde resulta muy sencillo caer en la tentación de su reducción al absurdo. Nos referiremos brevemente a algunas de ellas en el capítulo siguiente, donde resultará más clara su naturaleza de mecanismos de huida o de racionalizaciones, incapaces de alcanzar coherencia discursiva, ante la magnitud de las contradicciones reales en que se desenvuelven las conductas de los operadores reales de las agencias del sistema penal.

Por el otro lado, han comenzado las tentativas de reacción positiva a través de un derecho penal "crítico"⁵⁵, que aún no ha sido desarrollado *in extenso*, pero que es un claro signo de la situación crítica que caracteriza al penalismo de la región en este momento.

⁵⁵ Es evidente que la criminología crítica latinoamericana, que precipitó la situación crítica a la que nos referimos, halló un número considerable de penalistas que fueron más sensibles al impacto deslegitimante. En esta línea se pueden mencionar, entre otros, a Juan Bustos Ramírez, Juan Fernández Carrasquilla, el lamentado Emiro Sandoval Huertas, Alfonso Zambrano Pasquel, Luis de la Barreda Solórzano, Esteban Righi y, en España, Francisco Muñoz Conde.

CAPÍTULO CUARTO

NECESIDAD Y POSIBILIDAD DE UNA RESPUESTA MARGINAL

I. LA NECESIDAD DE LA RESPUESTA MARGINAL PARA CONTENER EL GENOCIDIO. 1. La encrucijada de nuestro margen en el marco del poder mundial. 2. La operatividad real de los sistemas penales latinoamericanos: el genocidio en acto. 3. El poder configurador de los sistemas penales latinoamericanos. 4. Los aparatos de propaganda de los sistemas penales latinoamericanos (la fábrica de la realidad). 5. Las usinas ideológicas. 6. El condicionamiento, la estigmatización y la muerte: la criminalización. 7. Las jaulas o máquinas de deteriorar. 8. Las agencias ejecutivas como máquinas de policizar. 9. Las agencias judiciales como máquinas de burocratizar. 10. Deterioros y antagonismos como productos de la operatividad de los sistemas penales. 11. La destrucción de los vínculos comunitarios. — II. LA NECESIDAD DE UNA RESPUESTA MARGINAL COMO IMPERATIVO JUSHUMANISTA. — III. LA RESPUESTA MARGINAL COMO IMPERATIVO ETICO. — IV. LA NECESIDAD DE RESPUESTA ES UN PLANTEO OPTIMISTA. — V. LAS DIFICULTADES PARA UNA RESPUESTA MARGINAL. — VI. ALGUNAS BASES PARA LA SELECCION REALISTA Y MARGINAL DE ELEMENTOS TEORICOS. 1. El carácter realista de la respuesta. 2. ¿Qué es lo marginal? 3. La originalidad marginal-sincrética de América Latina. 4. Los peligros del “vértigo”: la antropología filosófica y los Derechos Humanos. 5. El realismo marginal en criminología y en derecho penal. 6. ¿Podría extenderse el análisis realista marginal a los planteos centrales? — VII. POSIBILIDAD DE RESPUESTA POLITICO-CRIMINAL DESDE EL REALISMO MARGINAL. 1. Tácticas y estrategias. 2. La intervención mínima como táctica. 3. “Reformismo” y “radicalismo”.

I. LA NECESIDAD DE LA RESPUESTA MARGINAL PARA CONTENER EL GENOCIDIO

1. **La encrucijada de nuestro margen en el marco del poder mundial.** Hace cinco siglos que nuestro territorio fue

sometido a un proceso de *actualización histórica incorporativa*, como resultado de las dos sucesivas revoluciones tecnológicas: la *mercantil* (siglo XVI) y la *industrial* (siglo XVIII). Las potencias ibéricas, como “imperios mercantiles salvacionistas”¹, llevaron a cabo nuestra incorporación a la civilización mercantil en la forma de colonialismo, y las potencias norteamericanas, como imperios industriales, practicaron el neo-colonialismo que aún perdura, aunque el centro se haya desplazado a América del Norte y sea ya factible reconocer que nos hallamos en otra revolución, que es la *tecnocientífica*.

El colonialismo y el neo-colonialismo fueron dos diferentes momentos de genocidio y etnocidio igualmente crueles.

La destrucción de las culturas originarias, la muerte de sus habitantes en magnitud tal que alarmó a los propios colonizadores y la esclavitud mediante el transporte de africanos, señalan las características más salientes del colonialismo, en tanto que el neo-colonialismo, practicado una vez consumada la independencia política, se destacó por cruentas luchas que terminaron por imponer el poder de minorías locales consulares de los intereses de las potencias industriales y que continuaron o consumaron la empresa genocida y etnocida del colonialismo, desencadenaron guerras de destrucción interminables como la del Paraguay, transportaron población marginada europea para reemplazar a la local despreciada como inferior e impulsaron una limitada secundarización de la economía, en la medida en que lo requería una mayor complementariedad con el centro.

Se trata de dos capítulos genocidas, practicados como consecuencia de una incorporación forzada que implantó un control social punitivo transculturado, funcional para sus objetivos colonialistas y neo-colonialistas. En ambos momentos, la ideología genocida se justificó con nuestra “incuestionable inferioridad”, dentro de un “marco teórico” teocrático en el colonialismo (inferioridad por no haber recibido el mensaje cristiano) y de un “marco científico” en el neo-colonialismo (inferioridad por no tener el mismo grado de “civilización” o por ser biológicamente inferiores).

¹ La terminología corresponde a Darcy Ribeiro, *O processo civilizatório*, cit.

Hoy nos encontramos en la tercera revolución tecnológica con consecuencias planetarias: *la revolución tecno-científica*.

Los países centrales pugnan por el dominio tecnológico en áreas tales como la teleinformática, la tecno-biología, la energía nuclear y la robótica.

Las consecuencias de esta revolución son aún imprevisibles.

Lo cierto es que Estados Unidos, Europa, la Unión Soviética y Japón se disputan esas tecnologías en miras a la obtención de resultados productivos inmediatos y, al no escatimar esfuerzos en ese sentido, la velocidad de renovación en esos campos es vertiginosa². Esta aceleración histórico-tecnológica produce ya efectos hasta ahora no conocidos en las relaciones de los países centrales. En tanto que algunos logran paliarlos —como Japón o Europa— los Estados Unidos, en la década de los años ochenta, han llevado a cabo una “tercerización” de su economía, que desplazó enormes masas humanas del sector secundario al de servicios, evitando la desocupación, pero provocando un grave descenso de ingresos medios y un aumento de la polarización de la riqueza³.

Al mismo tiempo, recortó el presupuesto de servicios sociales y desplazó fondos a la máquina represiva del estado, haciendo de ella una considerable fuente de trabajo en servicios, al alcanzar la prisionización límites increíbles: un preso cada trescientos habitantes, con la aclaración de que uno de cada veinte negros varones entre veinte y veintinueve años, está preso.

El impacto tecnológico produce o tiende a producir la reducción de las clases obreras centrales, en tanto que va surgiendo a nuestro margen en una situación desesperada. Los elementos que nos permitían reclamar cierto respeto en el intercambio eran, básicamente, la mano de obra barata y la disposición de materias primas y alimentos. La primera ya no interesa al poder central, en tanto que la segunda tiende

² Cfr. Bruce Naussbaum, *El mundo tras la era del petróleo*. E.S. A.S., 1985.

³ Cfr. Alcira Argumedo, *Un horizonte sin certezas*, cit.

a perder interés rápidamente como consecuencia de su reemplazo con nuevas tecnologías.

El deterioro de la posición latinoamericana en cuanto a términos de intercambio es notorio. A esto debe agregarse que el endeudamiento de los países del área lleva a límites en que cualquier beneficio de la balanza comercial es absorbido por el centro, sin que reste la menor posibilidad de acumulación de capital productivo y, pese a ello, no alcanza más que para pagar una parte de los intereses, en tanto que los restantes siguen acumulándose y la deuda aumentando, habiendo pasado de treinta mil millones de dólares en 1972 a cuatrocientos mil millones en 1988, lo que se produjo en la década anterior como consecuencia de la abundancia de medios de pago en los países centrales y a la concesión irresponsable de créditos cuyo pago se sabía imposible, destinados a armamentos, obras faraónicas o especulación financiera pura y simple, frecuentemente a dictaduras militares introducidas con beneplácito o apoyo directo de los mismos prestamistas. El servicio de esta deuda se va acercando a lo que en 1972 era el total de la deuda.

La brusca restricción de las importaciones a casi un cincuenta por ciento entre 1981 y 1983 solamente, provocó una recesión sólo comparable con la de 1930: aumento de la desocupación y del subempleo, deterioro de la renta *per capita* de cerca del diez por ciento a partir de 1980 y del salario próximo al 20 %, con clara disminución del porcentaje presupuestario destinado a salud y educación.

Esta situación crítica no surte los mismos efectos sobre la totalidad de la población de nuestro continente, sino que uno de los sectores más afectados es el de las clases marginales urbanas, causando allí un considerable aumento de pobreza absoluta ⁴; esa es la nueva marginación de la que se proveen para su reproducción de clientela los sistemas penales latinoamericanos, ya sea seleccionando prisonizados o fusilados sin proceso.

Tengamos en cuenta que la población actual de América Latina ronda los cuatrocientos millones de habitantes y se

⁴ Los datos económicos corresponden a Ricardo Lagos, *Efectos sociales de la crisis económica*, multicopiador, 14 de octubre de 1986 (CEPAL).

proyecta a 550 millones en el año 2000. Si bien, conforme a las proyecciones, el porcentaje de población menor de diez y siete años disminuirá del 45 % al 40 %, en términos absolutos se pasará de 180 a 220 millones de habitantes menores de 17 años⁵.

De mantenerse la tendencia a recortar porcentajes de gasto público en salud y educación, en el año 2000 nos hallaremos con una masa de 220 millones de habitantes menores de 17 años, con niveles de salud y educación inferiores a los actuales, es decir, en inferiores condiciones laborales y con una demanda laboral contraída notoriamente.

Estas cifras son ilustrativas y no requieren mayores comentarios, complementándose con un aumento del porcentaje de presos sin condena en toda la región, donde, como sabemos, la prisión preventiva es la verdadera pena, por efecto de la distorsión cronológica del sistema penal.

De no modificarse y revertirse la actual tendencia, en el año 2000 estaremos fuera de toda competencia internacional, con una población joven considerablemente deteriorada por efecto de carencias alimenticias y sanitarias elementales y con deficiente educación, con notoria marginación urbana en términos de pobreza absoluta, con una alta reducción de la clase obrera y con un sistema penal que echará mano de la represivización mediante el aumento de presos sin condena pero que, ante la imposibilidad de imitar a los Estados Unidos, haciendo de ello una fuente de economía terciaria, lo que nuestros presupuestos no tolerarían, no es difícil imaginar un control por el terror de estado mediante el aumento de los fusilamientos sin proceso y la tolerancia oficial de grupos de exterminio.

Esta perspectiva apocalíptica pondría a cargo del sistema penal una función que cada día vemos que va asumiendo con mayor beneplácito de sus agencias: la de contener a aproximadamente el 80 % de la población de la región (unos 440 millones de personas, es decir, el equivalente de la población actual). que serían los sumidos en la pobreza, en tanto que

⁵ Elías Carranza, *Sociología de la justicia de menores infractores*, San José, en prensa.

unos 110 millones serían el 20 % proconsular y de sus ejecutores, guardaespaldas y esbirros, cuyos intereses se complementarían ejerciendo la hegemonía terrorista.

Sin duda que esta visión corresponde a la de un proyecto genocida, que sería el proyecto de la tercera civilización planetaria o sea, la que generaría la revolución tecno-científica, si es que América Latina es sorprendida por ella en la forma de "actualización histórica incorporativa", o sea, si esa civilización hace que el poder central nos incorpore a un proyecto *tecno-colonialista* por falta de capacidad política nuestra para protagonizar una *aceleración histórica*.

En caso de no desarrollar la capacidad de "aceleración histórica" caeríamos inevitablemente en este proyecto de repúblicas "tecno-oligárquicas", que serían el equivalente tecno-colonialista de las "repúblicas oligárquicas" del neo-colonialismo.

Al colonialismo de la revolución mercantil (siglo XVI), siguió el de la revolución industrial (siglo XVIII) y seguiría el de la revolución tecno-científica (siglo XX); la proyección genocida de un tecno-colonialismo correspondiente a la última haría empalidecer la cruenta historia de sus precedentes, si tenemos en cuenta las posibilidades disponibles de manipulación genética humana y las que estarán disponibles en pocos años⁶ y la perspectiva de una población con su juventud deteriorada biológica y educativamente.

Frente a esta perspectiva, que es demasiado clara, es también meridianamente claro que quien quiere hacerse el tonto es porque busca cómo ubicarse en los cien millones de procónsules y esbirros de los proyectos tecno-apocalípticos.

No cabe duda que la situación es sumamente peligrosa, pero también *creemos que nuestro margen sorteará el peligro*, que nuestros pueblos sabrán unirse a tiempo, que podremos lograr una transferencia tecnológica conveniente y adoptar las medidas económicas de integración regional, desarrollar

⁶ Desde hace varios años las posibilidades de esta manipulación son motivo de seria preocupación, más que justificada, por parte de teóricos de los Derechos Humanos (V. Guido Gerin, Institut International d'Etudes des Droits de l'homme, *Modificazioni genetiche e Diritti dell'uomo. A cura di...* Padova, 1987.

nuestra capacidad de consumo y. en lugar de sufrir otra etapa de actualización colonial, protagonizar una de *aceleración histórica*, pese a no ignorar todos los sacrificios que esto nos demandará.

Una pieza clave para sortear el peligro de un tecno-colonialismo genocida es el manejo del sistema penal y su control, neutralizándolo como instrumento del mismo.

El mero bosquejo de este panorama, de la tarea que en la emergencia le incumbiría al sistema penal y de la necesidad de neutralizar su funcionalidad para el proyecto tecno-colonialista, basta para probar la extrema urgencia de una respuesta marginal en el marco de la crisis de legitimidad del ejercicio de poder de nuestros sistemas penales.

2. La operatividad real de los sistemas penales latino-americanos: el genocidio en acto. No debe pensarse que sólo es la proyección futura de nuestros sistemas penales en el marco de un genocidio tecno-colonialista lo que marca la necesidad y urgencia de una respuesta marginal a la deslegitimación del sistema penal, sino que *ya, ahora, nuestros sistemas penales están operando como un genocidio en acto.*

Además de la amenaza casi inmediata que estos sistemas penales implican en el cuadro de una tentativa de sometimiento tecno-colonialista, en estos momentos están ocultando con su inoperancia prácticamente todos los homicidios por negligencia e imprudencia que se cometen en la región (sólo en tránsito un millón de muertos cada diez años).

En igual sentido, es difícil pensar que prácticamente no haya condenas por homicidio o negligencia en la seguridad industrial, especialmente con el altísimo porcentaje de muertes entre obreros de la construcción en varios países, por ejemplo.

Las investigaciones empíricas nos muestran que cerca del 90 % de las causas por muertes y lesiones culposas termina con archivo de las actuaciones, es decir, sin sustentar el correspondiente proceso.

El aborto es prácticamente impune en la región, pese a la tipificación legal y a las frecuentes discusiones doctrinarias al respecto: no cabe duda que si la vida debe protegerse desde

la concepción —como lo señala el Tratado Interamericano de Derechos Humanos—, en este rubro debe contarse un número de vidas quizá equivalente a un elevado porcentaje de la población que logra salir del seno materno (hay cálculos aterradores, aunque todos sean discutibles: por cada tres o por cada cinco personas que nacen una es abortada).

Sin embargo, pese a esta inoperancia frente a muertes evitables en número muchas veces millonario, nuestros sistemas penales agregan más muertes, ejerciendo una violencia sin parangón.

Hay muertes en enfrentamientos armados (unos pocos reales y la mayoría simulados, o sea, fusilamientos sin proceso); hay muertes por grupos parapoliciales de exterminio en varias regiones; hay muertes por grupos policiales o parapoliciales que implican la eliminación de competidores en actividades ilícitas (disputas por monopolio de distribución de tóxicos, juego, prostitución, áreas de hurtos, robos domiciliarios, etc.); hay “muertes anunciadas” de testigos, jueces, fiscales, abogados, periodistas, etc.; hay muertes de torturados que no “aguantaron” y de otros en que a los torturadores “se les fue la mano”; hay muertes “ejemplarizantes”, en las que se exhibe el cadáver, a veces mutilado, o se envían partes del cadáver a los familiares, practicadas por grupos de exterminio pertenecientes al personal de las agencias de los sistemas penales; hay muertes por error o negligencia, de personas ajenas a cualquier conflicto; hay muertes del personal de las propias agencias del sistema penal; hay alta frecuencia de muertes en los grupos familiares de ese personal y cometidas con las mismas armas que proporciona la agencia; hay muertes por uso de armas a cuya tenencia y adquisición se instiga permanentemente a la población y en circunstancias que nada tienen que ver con los motivos de esa instigación pública; hay muertes como represalia por el incumplimiento de palabras dadas en actividades ilícitas cometidas por personal de esas agencias del sistema penal; hay muertes violentas en motines carcelarios, de presos y de personal penitenciario; hay muertes por violencia ejercida contra presos en las prisiones; hay muertes por violencia entre presos; hay muertes por enfermedades no tratadas en las prisiones; hay muertes por altísima tasa de suicidios entre los criminalizados y entre el personal de todas

las agencias del sistema penal (sean suicidios manifiestos o inconscientes); *hay muertes...*⁷.

Si no fuese suficiente con todas estas muertes, en los momentos en que en cualquiera de nuestros países se desata una abierta represión política, las agencias ejecutivas del sistema penal tienen a su cargo buena parte de la misma, protagonizando secuestros, desapariciones forzadas de personas, homicidios, etc., en número masivo.

Es bueno que haya un considerable número de agencias internacionales que se ocupen de esas situaciones, pero las muertes cotidianas del sistema penal no preocupan a las agencias internacionales, sino sólo muy recientemente.

La violencia cotidiana del sistema penal cae sobre los sectores más vulnerables de la población y, particularmente, sobre los habitantes de las "villas miserias", "favelas", "pueblos jóvenes", etc. No creemos que sea menester abundar mucho más en esto para percatarnos que estamos frente a un *genocidio en acto*.

El genocidio colonialista y neo-colonialista no ha terminado en nuestro margen: lo siguen llevando a cabo nuestros sistemas penales y si no los detenemos a tiempo serán los encargados del genocidio tecno-colonialista.

En algunos países esto queda mucho más claro, cuando el genocidio cobra un sentido incuestionablemente étnico, como la contribución del sistema penal a la extinción del indio o el neto predominio de negros, mulatos y mestizos entre los presos y muertos.

3. El poder configurador de los sistemas penales latino-americanos. Hemos visto que el verdadero ejercicio de poder de un sistema penal no es el negativo o represivo, sino el positivo o configurador.

Este ejercicio de poder en nuestro margen es enorme. Las agencias no judiciales de nuestros sistemas penales se hallan militarizadas y la burocratización de las agencias judiciales permite que operen con entera discrecionalidad.

⁷ Este es, en general, el objeto de estudio de la segunda etapa de la investigación en curso del Inst. Int. de Derechos Humanos sobre los sistemas penales.

Por regla general, las agencias judiciales prefieren no tener conflictos con las no judiciales, dado que las reconocen más poderosas. Además, esos conflictos implican, por regla general, enfrentamientos con otros sectores —particularmente con el político— que las agencias judiciales prefieren evitar.

En consecuencia, las agencias no judiciales de los sistemas penales latinoamericanos tienen poderes para imponer penas, violar domicilios y secretos de comunicaciones, requerir documentación identificatoria a los habitantes, expedir esa documentación (y marcarla cuando les conviene o negarla), privar de libertad a cualquier persona sin cargo ni sospecha alguna, realizar actos instructorios, ocuparse de todo lo que la burocracia judicial le deja por menor esfuerzo, hacer “redadas”, clausurar locales públicos, censurar espectáculos, fichar a la población, etc. *No hay control militarizado más poderoso y formidable que el ejercido por estas agencias, al margen de cualquier control de la agencia judicial e incluso con su beneplácito*⁸.

En cuanto las agencias no judiciales ven que su poder va menguando o perciben esta amenaza al mismo, por alguna reforma o tentativa de reforma legal o jurisprudencial, inmediatamente el aparato de propaganda del sistema penal —los medios masivos— desatan una campaña de “ley y orden”, cuyo objetivo no es otro que el de atemorizar a la población y provocar un reclamo público que ponga sitio a las agencias política o judicial y detenga la amenaza para su poder (entiéndase siempre por tal la capacidad para obtener ingresos ilícitos).

La agencia no judicial contribuye a esto con una suerte de “trabajo a reglamento” en cuanto a la protección de la propiedad y con un mayor número de muertos por su violencia, cuyos cadáveres muestra a través de los medios masivos, como prueba de su eficacia (estas muertes generan una espiral violenta, cuando el infractor sabe que ser sorprendido

⁸ Es común que en los países periféricos los efectivos policiales superen a los militares. En Africa suelen tener mucho más peso político (cfr. Marshall B. Clinard Daniel J. Abbott, *Crime in developing countries. A comparative perspective*, New York, 1973, pág. 217).

por las agencias ejecutivas no significa la pérdida de la libertad, sino de la vida).

La burocracia judicial suele responder plegándose a la campaña, imponiendo penas "ejemplarizantes", usando expresiones moralizadoras en las sentencias que dan a publicidad e incluso procurando notoriedad pública con declaraciones autoritarias que frecuentemente contradicen las más elementales reglas del discurso jurídico convencional, a lo que contribuye su bajo nivel técnico e informativo.

Las agencias aprovechan estas oportunidades para requerir más vehículos, medios, personal y armas, todo lo cual suele ser concedido por las amedrentadas agencias políticas, que se ven amenazadas en su clientela electoral por la campaña de ley y orden, a la que no saben cómo responder; casi todos los políticos latinoamericanos han estado presos, exiliados o han sido torturados, pero sin embargo no demuestran la menor comprensión del poder y del peligro que representan estas agencias y de la urgente necesidad de controlarlo. Prefieren evadirse del problema mediante la falsa ilusión de la posibilidad de manejar ese poder y de ponerlo a su servicio; esta ilusión perdura hasta que otra alternativa les devuelve el carácter de víctimas de ese poder.

En otros casos se deciden a enfrentarlo sin medir adecuadamente sus fuerzas y se precipitan produciendo reacciones defensivas del poder de los sistemas penales que luego no saben cómo enfrentar. Estas tentativas carentes de táctica suelen ser políticamente suicidas y su lamentable resultado final puede ser una mayor represivización y la generalización de una sensación de impotencia, en tanto que el poder de las agencias no judiciales sale reforzado y la actitud burocrática judicial premiada.

4. Los aparatos de propaganda de los sistemas penales latinoamericanos (la fábrica de la realidad). Los medios masivos de comunicación social —y especialmente la televisión— son hoy elementos indispensables para el ejercicio de poder de todo el sistema penal.

Sin los medios masivos, la experiencia directa de la realidad social permitiría que la población se percatase de la fala-

cia de los discursos justificadores y, al mismo tiempo, no se podrían inducir los miedos en el sentido que se desea ni reproducir los hechos conflictivos que interesa reproducir en cada coyuntura, es decir, en el momento que lo estima favorable el poder de las agencias del sistema penal.

Los medios masivos son los grandes creadores de la ilusión de los sistemas penales, en cualquiera de sus niveles. pero, fundamentalmente en dos, que deben ser cuidadosamente distinguidos: a) el transnacionalizado y b) el que responde a las coyunturas nacionales.

a) *A nivel transnacional*, los medios masivos se ocupan de la temprana introyección del modelo penal como pretendido modelo de solución de los conflictos. Esto se lleva a cabo mediante la "comunicación de entretenimientos", es decir. justamente mediante la que parece más inofensiva.

Recordemos que los niños suelen pasar más horas frente al televisor que frente a la maestra. Las series policiales son las mismas en todo el continente; más del 60 % del material televisado en nuestro margen es importado⁹ y buena parte del resto no hace más que imitar malamente lo importado. El material transnacionalizado (las series policiales) crean demandas de rol dirigidas a los miembros de las agencias penales nacionales, que nada tienen que ver con los requerimientos nacionales (los funcionarios deben comportarse como los personajes de las series)¹⁰. Las series se ocupan de glorificar al violento, al astuto y al que aniquila al "malo". La "solución" del conflicto mediante la supresión del "malo" es el modelo que se hace introyectar en planos psíquicos muy profundos, pues son receptados en etapas muy tempranas de la vida psíquica de las personas.

El sentimiento de falta de seguridad que experimenta la población por la simple duda acerca de la ineficacia tutelar de todo este aparato es enorme, puesto que conmueve un plano muy profundo de su equipo psicológico.

⁹ Cfr. Alcira Argumedo, op. cit.

¹⁰ Es significativo —y no sólo anecdótico— recordar que recientemente un importante cuerpo policial de la región promocionaba el reclutamiento de personal mediante anuncios con las figuras de los personajes de las series policiales más difundidas.

La gran falacia de la civilización industrial (“Desde las alturas bajará un héroe a protegerte y a resolver tu conflicto, eliminando a tu contra-parte mala”) es creada y sostenida en forma de mitología negativa por los medios masivos de comunicación social y la tecnología de la manipulación que los mismos han adquirido es cada día mayor. El desprecio que muestran las “series” de los últimos años por la vida humana, la dignidad de las personas y las garantías individuales no es un simple producto de la casualidad, sino una programada propaganda en favor del reforzamiento del poder, del control social verticalizado-militarizado de toda la sociedad.

b) Al *nivel de las coyunturas nacionales* los medios masivos de comunicación son los encargados de generar la ilusión de eficacia del sistema, haciendo que se perciba sólo como peligro la amenaza de muerte violenta por ladrones o de violación por pandillas integradas por jóvenes expulsados de la producción industrial por la recesión.

En lo más concreto, son los que desatan las campañas de “ley y orden” cuando el poder de las agencias está amenazado. Estas campañas tienen lugar mediante “*invención de la realidad*” (distorsión por el aumento de espacio publicitario dedicado a hechos de sangre; invención directa de hechos que no se produjeron), “*profecías que se autorealizan*” (instigación pública a cometer delitos mediante meta-mensajes de “slogans” tales como “la impunidad es absoluta”, “los menores pueden hacer cualquier cosa”, “los presos entran por una puerta y salen por la otra”, etc.; publicación de nuevos métodos para cometer delitos, de facilidades, etc.), *producción de indignación moral* (instigación a la violencia colectiva, a la auto-defensa, glorificación de “justicieros”, presentación de grupos de exterminio como “justicieros”, etc.).

Estas campañas tienen lugar siempre que las agencias se sienten amenazadas en su ejercicio de poder, como vimos, pero también cuando se halla próximo un golpe de estado; en este último caso la campaña no sólo es de indignación moral frente a hechos violentos, sino que se extiende a una supuesta degradación de las costumbres, particularmente en el área sexual.

Virtualmente el barómetro de los golpes de estado pasa por esta publicidad, no siendo difícil predecirlos a través de este género de campañas.

Cabe observar que en nuestro margen, a diferencia de los países centrales, donde el problema no se plantea, las campañas de "ley y orden" sólo pueden tener lugar con gobiernos constitucionales, puesto que en las dictaduras militares la censura periódica las impide (y a veces la autocensura impuesta por los propios medios masivos).

Esto tiene el doble efecto de sitiar al sector político progresista para impedir que debilite la máquina represiva que a corto plazo se le aplicará al mismo y de generar una sensación de "orden y seguridad" en las dictaduras (mediante la desaparición de noticias) y de "desorden e inseguridad" en los regímenes más o menos democráticos.

En los gobiernos autoritarios constitucionales pasa algo análogo o son ellos mismos los que instrumentan las campañas para reforzar su represión con máscara democrática, de acuerdo con las agencias del sistema y el aparato de propaganda masiva.

Otra importante función a nivel nacional, aunque con cierta cooperación transnacional, es la fabricación de los "estereotipos del criminal". El sistema penal opera siempre selectivamente y selecciona conforme a estereotipos que fabrican los medios masivos. Estos estereotipos permiten que se catalogue como criminales a quienes dan en la imagen que corresponde a su descripción y no a otros (delincuencia de cuello blanco, dorada, de tránsito, etc.).

A los estereotipados es a quienes encontramos prisionizados. Prácticamente, observando los rasgos comunes de los prisionizados describimos los estereotipos con que los selecciona el sistema penal, con que éste sale a buscarlos y, además, como a cada estereotipo se le requieren roles, las personas así seleccionadas terminan respondiendo a los roles que se le requieren y asumiéndolos.

Lombroso, con su "criminal nato" (aunque así lo bautizó Ferri) nos legó la mejor descripción de los estereotipos de

su tiempo, que siempre vincula a la idea de lo feo, es decir, a una suerte de disvalor estético.

En América Latina el estereotipo siempre se nutre con los caracteres de hombres jóvenes de las clases más carenciadas, salvo en los momentos de violencia política o abierto terrorismo de estado, en que el estereotipo se desvía hacia varones jóvenes de las clases medias (el "joven subversivo" al que se le opone el "joven deportista").

La capacidad reproductora de violencia de los medios masivos es enorme: cuando se requiere una criminalidad más cruel para poder excitar mejor la indignación moral, basta que la televisión publicite exageradamente varios casos de violencia o crueldad gratuita para que inmediatamente los requerimientos de rol vinculados al estereotipo asuman contenidos de mayor crueldad y, consiguientemente, ajusten a ellos su conducta quienes asumen el rol correspondiente al estereotipo.

Entre otras cosas, los medios masivos son en nuestro margen el mejor instrumento para incentivar el consumo de tóxicos. Así, la publicidad de algunos casos de intoxicación con inhalables —frecuentemente con detalladas explicaciones de sus técnicas de uso y con pretexto preventivo— no han hecho otra cosa que generalizar su uso, causando numerosísimas muertes de niños y adolescentes. La asociación "droga-placer-sexo-prohibición" en discursos supuestamente preventivos, oculta un meta-mensaje de instigación al consumo de tóxicos. Esto es tan claro que resulta extraño que prácticamente no haya medio masivo en el que claramente se hable del peligro de impotencia y de la incapacidad para el placer que genera la intoxicación crónica.

El mero enunciado de las principales funciones que cumplen los medios masivos como aparato de propaganda del sistema penal y su dedicación casi exclusiva a la misma, pone de manifiesto el altísimo grado de empeño de la civilización industrial y de los albores de la civilización tecno-científica por preservar la ilusión y fabricar la realidad del sistema penal y, por ende, resulta indicativo de la función clave que éste cumple en el sostenimiento de su poder planetario.

De cualquier manera, debe quedar muy claro que nos hemos limitado a un mero enunciado incompleto, pues la cuestión va mucho más lejos y, en definitiva, se vincula a la estructura comunicacional de la sociedad tecno-científica, que cambia la comunicación "entre personas" por la comunicación "a través de los medios", en la cual éstos no se limitan a proporcionar una falsa imagen de la realidad sino a producir realidad, conforme a reglas que son viejas conocidas en los conceptos sociológicos, tales como el "teorema de Thomas"; la "profecía que se auto-realiza" de Merton, todo lo relacionado con el "chivo expiatorio" aplicado a ciertos grupos sociales, etc.

Este conjunto contribuye a conservar un sistema simbólico "cerrado"¹¹, cuya consecuencia más notoria es la reproducción y el fortalecimiento de la verticalización corporativa de la sociedad, que en nuestro margen sería el fortalecimiento de los vínculos neo-colonialistas en la versión aún más genocida con que nos amenaza hoy el tecno-colonialismo.

5. **Las usinas ideológicas.** La reproducción ideológica de los discursos de los sistemas penales tiene lugar en las universidades. Sin duda se trata de otro segmento que es pieza clave del sistema penal, aunque en nuestro margen no tiene la misma importancia que en los países centrales. En América Latina no existe un esfuerzo de racionalización legitimante original del sistema penal, sino que directamente se copian las elaboradas para los sistemas centrales y se combinan en forma bastante antojadiza.

De cualquier manera cabe observar la formación de algunas agencias regionales supra-nacionales, generadoras de una burocracia transnacional que a veces pugna por ocupar más espacio reproductor del que realmente dispone, pero que en general se contenta con cumplir la invariable regla burocrática de justificarse generando su propia clientela de viajeros oficiales. Hasta el presente carecen de incidencia práctica en la reproducción ideológica y en modo alguno han logrado

¹¹ Es sumamente claro el análisis que a este respecto hace Barratta con motivo de la "droga" (*Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*, multicop., Rio de Janeiro, 1988).

desplazar a otras organizaciones internacionales que, con muchos menores recursos, obtienen mayor reconocimiento.

Es difícil que alcancen objetivos diferentes de los burocráticamente propuestos, pues la dinámica ideológica de la región responde a sus propias reglas, frecuentemente vinculada a dinámicas coyunturales y locales sumamente complejas.

En cuanto a la formación y entrenamiento de los operadores de las agencias judiciales, no puede negarse una considerable masificación de la enseñanza, una reducción de la bibliografía, una incapacidad entrenada para vincular fenómenos y, en general, una degradación tecnocrática del derecho que escasamente supera el nivel exegético de preparación de empleados con título. Las excepciones que pueden mostrarse no hacen más que confirmar la tendencia general.

El descuido salarial del sector docente y de investigación es una prueba de la tendencia que señalamos; las dificultades económicas acentúan esta tendencia con la reducción de los presupuestos universitarios.

Como vimos, se acentúa en la región un desplazamiento de recursos presupuestarios hacia el sector "seguridad", en detrimento del sector salud y del sector educación, lo que también tiene su efecto en este ámbito.

6. El condicionamiento, la estigmatización y la muerte: la criminalización: Nuestros sistemas penales reproducen su clientela mediante un proceso de selección y condicionamiento criminalizante. Este proceso de condicionamiento para el delito se orienta por estereotipos que son proporcionados por los medios masivos.

Hay estereotipos "míticos" —que no pueden realizarse (el del violento consumidor de heroína con síndrome de abstinencia en América Latina, por ejemplo)— y estereotipos "realizables" (verdaderas "profecías que se autorealizan"). Ambos son creados por los medios masivos, pero a los segundos se les asignan como requerimientos de rol comportamientos más o menos violentos o crueles.

Las agencias del sistema penal seleccionan conforme a esos estereotipos y les asignan y exigen esos comportamientos, les tratan como si se comportasen de esa manera y los miran

e instigan a todos a mirarlos del mismo modo, hasta que se obtiene finalmente la respuesta adecuada al rol asignado.

Como es natural, no todas las personas responden a esta matricería humana de la misma manera. El estereotipo se nutre con los caracteres generales de los sectores mayoritarios más desposeídos, pero la selección es, en principio, más o menos arbitraria, aunque se prepara tempranamente en la vida del sujeto y los más sensibles a los requerimientos de rol formulados por las agencias de los sistemas penales son los más inmaduros, en el sentido de una menor independencia del sujeto en cuanto a su adecuada distinción respecto de los objetos externos; la mayor sensibilidad a los requerimientos de rol está en relación directa con la posibilidad de invasión que el sujeto ofrezca.

Cuando la persona asume el papel que las agencias penales le requieren, se convierte en un importante contribuyente al sostenimiento del sistema penal. Sin la contradicción que implica este comportamiento condicionado, el sistema penal no sería una ilusión, sino una alucinación, lo que, obviamente, es mucho más difícil provocar.

La *carga estigmática* que conlleva todo contacto con el sistema penal en las personas carenciadas y en algunas otras —no en todas, por cierto— hace que algunos círculos ajenos al sistema penal se comporten como continuación del mismo, lo que también se condiciona en estos círculos al prohibirles la coalición con estigmatizados, so pena de considerarlos *contaminados*.

Cabe consignar que la carga estigmática no la provoca la condena formal, sino el simple contacto con el sistema penal. Los medios masivos contribuyen a ello en alta medida, al difundir fotografías y adelantarse a las sentencias con calificaciones de “hampones”, “malvivientes”, “chacales”, etc.

Este fenómeno no es privativo del sistema penal, pero asume en éste particulares características: una persona comienza a ser tratada “como si fuese”, aunque no haya realizado ningún comportamiento que implique infracción; al generalizarse el trato conforme al “como si fuese” y sostenerse en el tiempo casi sin excepción, la persona se comporta final-

mente conforme al rol asignado, o sea, "como si fuese", con lo cual termina "siendo".

Es necesario advertir que en el sistema penal no se trata meramente de un trato externo, sino que abarca un serio "tratamiento" que está perfectamente legalizado a través de los registros de reincidencia, de la posibilidad de impedir o dificultar cualquier ejercicio laboral honesto por parte de las agencias del sistema penal que se ocupan de publicitar el "status" del criminalizado, de privar de libertad periódicamente a la persona convirtiéndola en un "sospechoso profesional", de someterlo a proceso por los antecedentes, de tomar los antecedentes como pruebas de cargo, incluso por parte de los jueces, etc., y que se integra en un proceso complejo de deterioro cuya parte más importante la tiene a cargo la prisión o "jaula".

7. Las jaulas o máquinas de deteriorar. No cabe duda que el maltrato, la tortura, los vejámenes y las amenazas, que son usuales en la práctica de las agencias policiales, resultan altamente deteriorantes como condicionamiento criminalizante. No obstante, la parte más importante del deterioro condicionante la tiene a cargo la "institución total" que conocemos con el nombre de "prisión" (perteneciente a la categoría de lo que Foucault ha llamado "instituciones de secuestro")¹².

La prisión o "jaula" es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: *genera una patología cuya característica más saliente es la regresión*¹³, lo que no es difícil de explicar. El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, vestirse, etc.).

¹² *Microfísica.*

¹³ Cfr. Mariano F. Castex - Ana M. Cabanillas, *Apuntes para una psico-sociología carcelaria*, multicop., Buenos Aires, 1986; Stanley Cohen - Laurie Taylor, *Psychological Survival. The experience of Long-Term Imprisonment*, Middlesex, 1972; Gustav Nass, *Die Kriminellen. Seele, Umwelt, Schuld und Schicksal*, München, 1966.

Por otra parte, se le lesiona la autoestima en todas las formas imaginables: pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisas degradantes, etc. A ello se agregan las deficientes condiciones de casi todas las prisiones: superpoblación, alimentación paupérrima, falta de higiene y asistencia sanitaria, etc., sin contar con las discriminaciones en razón de la capacidad de pago de alojamientos y comodidades.

El efecto de la prisión, al que se denomina *prisonización*, sin duda que es deteriorante y sumerge a la persona en una "cultura de jaula", que nada tiene que ver con la de la vida del adulto en libertad.

Esta "inmersión cultural" no puede interpretarse como una tentativa de reeducación ni nada que se le parezca o se aproxime a lo que postula la llamada "ideología del tratamiento"; sus formas de realización son tan opuestas a este discurso, que el menos advertido se percata inmediatamente del carácter encubridor del mismo. La mera circunstancia de que el 70 % de los presos de la región no estén condenados está señalando la palmaria confesión de la falsedad del discurso resocializador.

Pero la prisión no deteriora por deteriorar, sino que lo hace para condicionar: "invade" al sujeto con sus requerimientos de rol, que también le son formulados por las otras agencias del sistema —y que la prisión sólo extrema—, pues se trata de una continuidad deteriorante llevada a cabo por todas las agencias —incluyendo la judicial— que implica un verdadero "lavado de cerebro", del que incluso forman parte los otros prisioneros que interaccionan con el sometimiento al tratamiento criminalizante. Sin embargo, y pese a que la prisión siempre es deteriorante, es posible observar que no en todos los casos el resultado es eficaz como reproductor de clientela. En efecto: ya vimos que hay grados de sensibilidad a los requerimientos de rol que dependen de la madurez del sujeto. Si éste no puede distinguir muy nítidamente los límites de su mundo exterior, será rápidamente invadido.

En un pequeño número de casos, esta invasión tendrá un efecto desestructurante y el deterioro del sujeto será hacia la psicosis o el suicidio; en un número mucho mayor se dete-

riorará asumiendo el rol conforme a los requerimientos; en otro pequeño número de casos se resistirá y su deterioro no evolucionará en ninguno de ambos sentidos. No falta un reducido número de supuestos en que el sujeto, aún en la prisión, no “se ve” como “criminal” y, por ende, los requerimientos de rol son diferentes.

Todas estas variables son las que se han receptado en las complejísimas “clasificaciones de delincuentes” de la criminología etiológica en su versión clínico-criminológica, confundiendo con “causas del delito” lo que no era más que una clasificación o tipología de los diferentes modos de deterioro provocados por la prisonización¹⁴.

La prisión no secuestra mujeres ni viejos, salvo en una proporción muy reducida.

Las mujeres no necesitan ser controladas por medios institucionales porque son contenidas mediante instancias informales, pese a que se nota aumento de población penal femenina con motivo de hechos vinculados a cocaína.

A los ancianos se los deteriora por otros medios que los llevan a la enfermedad, la muerte o el suicidio, lo que descarga las obligaciones —cuando existen— de los maltrechos sistemas previsionales de la región con alivio de sus operadores.

Cabe recordar que en América Latina, al menos sectorialmente, se ha logrado superar el tradicional record índice de suicidios de Suecia¹⁵.

8. Las agencias ejecutivas como máquinas de policizar. Llamamos “agencias ejecutivas” del sistema penal a sus segmentos institucionalizados no judiciales, entre los cuales se destacan, por el papel protagónico central que desempeñan

¹⁴ Manifestaciones de esta curiosa “inversión” etiológica son las clasificaciones de Benigno Di Tullio, *Tratado de Antropología Criminal*, Buenos Aires, 1950; Louis Vervaeck, *Introduction au cours d'Anthropologie Criminelle*, Bruxelles, 1924; Franz Alexander - Hugo Staub, *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, Madrid, 1935. Una interesante crítica a esta última clasificación en Rüdiger Herren, *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973.

¹⁵ La Argentina parece haber pasado los cinco mil suicidios en el último año.

debido a su altísimo poder configurador, las agencias policiales, en tanto que las penitenciarias tienen muy poco poder configurador.

En Latinoamérica la regla es que ambas se hallen militarizadas, pese a que sus funciones son de naturaleza indiscutiblemente civil, al menos formalmente. El servicio policial de investigación criminal es claramente un servicio civil, como también lo sería la pretendida técnica del tratamiento penitenciario; no obstante, ambos servicios suelen estar militarizados, organizados con reglamentos disciplinarios de ese carácter, prácticas de saludos, uniformes, insignias, grados, etc.

Existen algunas agencias ejecutivas no militarizadas, como bancos centrales, direcciones aduaneras, administraciones de fronteras, de migraciones, etc., pero siempre ejercen sus funciones al amparo de la fuerza militarizada de las otras agencias ejecutivas.

Las agencias militarizadas se integran por lo general con personas que son reclutadas de los segmentos carenciados de la población, es decir, de los mismos en que se produce la victimización y la criminalización. Este personal sufre una serie de graves violaciones a sus Derechos Humanos que, por lo común, es pasada completamente por alto en los discursos penales y criminológicos. Se ha reparado bastante en los últimos años en el proceso de criminalización, pero se ha reparado muy poco en el proceso de policización, que es igualmente deteriorante y recae también sobre los segmentos carenciados de la población.

El policizado es seleccionado de la misma faja etaria masculina que los criminalizados y también conforme a un estereotipo; se le introduce en una práctica corrupta, debido al poder incontrolado de la agencia de la que pasa a ser parte; se le entrena en un *discurso externo moralizante* y en una *práctica interna corrupta*.

La escisión entre el discurso externo y la práctica interna es claramente percibida por la población, que se comporta respecto del policizado con alta desconfianza y de conformidad con el *estereotipo popular* que señala al policizado como el sujeto "vivo", "zorro" y "corrupto". Al lado de este "estereotipo popular" del policizado, tienen lugar requerimientos

de rol o papel que se le dirigen y que se nutren de la propaganda masiva transnacionalizada: violencia justiciera, solución de los conflictos sin necesidad de intervención judicial y ejecutivamente, machismo, seguridad, indiferencia frente a la muerte ajena, valor en límites suicidas, etc.

Los *requerimientos de rol* transnacionalizados que se le dirigen al policizado son los que corresponden a lo que en las concepciones más tradicionales se llama "psicópata".

En síntesis: al policizado se lo ve como un corrupto y se pretende que se comporte como un psicópata, conforme al estereotipo y a los requerimientos de rol, respectivamente, que aquí, a diferencia de lo que sucede en el estereotipo del delincuente, se escinden, por efecto de una compleja manipulación de la opinión pública, en tanto que la cúpula agencial reitera discursos moralizantes.

A esto debe agregarse que las clases medias latinoamericanas perciben al policizado como un emergente de las clases carenciadas y frecuentemente abrigan prejuicios raciales a su respecto. Todos los prejuicios racistas de nuestras clases medias van a dar también en el policizado y alimentan una mal contenida actitud de desprecio hacia el mismo. Este antagonismo social es también instrumentado cuando se trata de reprimir o suprimir manifestaciones disidentes o contestatarias de las clases medias de nuestro margen.

Cabe observar que los sectores más progresistas de nuestras clases medias no escapan a los prejuicios a que venimos refiriéndonos, aunque atenúen sus ribetes racistas.

En este panorama, no es extraño que el policizado pueda ser caracterizado como una persona en situación *anómica*, en el más prístino sentido de la expresión, y no por cambios sociales coyunturales o estructurales —como en la originaria versión durkheimniana de la anomia— sino como resultado de un entrenamiento que lo sumerge en la anomia. El hombre pierde las pautas de sus grupos originarios de pertenencia, estos grupos lo ven "raro" y lo tratan con cierta desconfianza; los grupos medios no lo aceptan y en general lo desprecian; las cúpulas los amenazan con sanciones laborales graves si no se someten a las prácticas corruptas, pero les imparten discurs-

sos moralizantes; al mismo tiempo la conducta "ideal" que se les reprocha no asumir (y que corresponde a la del "héroe" producido por la ficción transnacionalizada) es la de un psicópata.

El policizado sufre una grave pérdida de identidad —como no puede ser de otro modo— y, por ende, es parejo su grado de deterioro, porque nadie puede estar en condiciones intelectuales ni emocionales de obrar racionalmente en semejante anomia.

Pero la anomia y el deterioro se profundizan aún más si tenemos en cuenta el miedo que necesariamente acompaña su comportamiento. Los mayores riesgos físicos en las agencias del sistema penal los sufren los policizados.

Los reglamentos y las prácticas de las agencias les obligan a correr riesgos, muchas veces completamente inútiles (llevar armas en todo momento, vestir uniforme fuera de servicio, llevar los cabellos cortados militarmente, intervenir en cualquier hecho aunque la situación sea suicida, etc.).

Si en un hecho el hombre se ve en la necesidad de dar muerte a otro, la agencia no le presta ninguna asistencia psicológica posterior. Tampoco hay una razonable preocupación por apuntalar la integridad psíquica del policizado si debe intervenir en otros hechos traumáticos (recoger suicidas, cadáveres destrozados, etc.); se presume que el sujeto debe estar psicológicamente preparado para todo esto, porque lo contrario es impropio del "macho" que el policizado debe ser.

Esto significa que la falta de miedo —que obviamente no es lo mismo que la valentía, sino una característica psicopática, producto de un *acting-out* que incapacita para la previsión— y la insensibilidad al horror, se le demandan en forma que nadie puede responder positivamente y se le combinan con su identidad sexual. Si no responde conforme a los requerimientos psicopáticos, es dado de baja mediante un simple procedimiento administrativo. Recuérdese que el personal de estas agencias no tiene derecho de sindicalización, pues el orden militarizado lo impide.

Cuando el policizado resulta muerto por uno de los peligros que no siempre en forma necesaria le hacen correr los

reglamentos militarizados, un cuidadoso ritual de muerte se pone en funcionamiento y adquiere gran publicidad; la agencia consolida su poder promoviendo la indignación moral entre sus miembros y también el miedo. De esta manera quedan aún más anómicos, deben cerrar filas y afianzar el vínculo grupal agencial, en forma corporativa, de conformidad con el discurso de la cúpula de la agencia y, simultáneamente, volverse más vulnerables a las pautas de la misma, que resulta el único asidero para fabricar una identidad artificial en reemplazo de la que le deterioró el proceso de policización.

A estos medios se añade el eventual temor de que la agencia misma, en algún momento en que la coyuntura lo requiera frente a la presión de la opinión de algunos medios masivos o de la agencia política, se ocupe de seleccionar a alguno de sus integrantes y de criminalizarlo, para salvar su imagen de "organismo" capaz de "auto-depurarse".

En síntesis, podríamos definir a la *policización* como el *proceso de deterioro al que se somete a las personas de los sectores carenciados de la población que se incorporan a las agencias militarizadas del sistema penal, consistente en deteriorarles su identidad originaria y reemplazarla por una identidad artificial, funcional al ejercicio de poder de la agencia.*

9. Las agencias judiciales como máquinas de burocratizar. La selección reclutadora de los agentes y operadores de las agencias judiciales tiene lugar, por regla general, entre los sectores medios y medios-bajos de la población, aunque eventualmente puede operarse alguna excepcional selección entre personas de clase media alta.

El proceso de entrenamiento al que se lo somete es igualmente deteriorante de la identidad y se lleva a cabo mediante una paciente internalización de signos de falso poder (solemnidades, tratamientos monárquicos, placas especiales o automóviles con insignias, saludos militarizados del personal de tropa de las otras agencias, etc.).

La introyección de estos signos de falso poder puede tener lugar tempranamente en la propia universidad, pero lo más

común que es el entrenamiento comience en la jerarquía inferior de la propia agencia.

Según la forma en que se estructura la agencia, los "cadetes" judiciales se entrenan como jueces de menor cuantía o municipales o como empleados administrativos; lo cierto es que al alcanzar una categoría equiparable a la de oficial de las agencias militarizadas, el sujeto debe haber internalizado ya las pautas de la agencia y responder a los requerimientos de rol que se le formulan desde una adecuada manipulación de la opinión pública: asepsia ideológica, cierta neutralidad valorativa, sobriedad en todo, suficiencia y seguridad de respuesta y, en general, un cierto modelo de "ejecutivo senior" con discurso moralizante y paternalista o una imagen de quien, a su debida edad, responderá a ese modelo.

La manipulación de la imagen pública del juez pretende despersonalizarlo y reforzar su función supuestamente "paternal", en forma que opaque y oculte su carácter de operador de una agencia penal con limitadísimo poder dentro del sistema penal; esta imagen es introyectada por el propio operador, porque ha sido entrenado en ella, de modo que le alimenta su omnipotencia —signo de inmadurez, propio de la adolescencia— y le impide percibir las limitaciones de su poder; la puesta en duda del mismo es sufrida como una lesión a su "narcisismo entrenado", que es el resultado deteriorante de su personalidad.

En determinado momento, el operador de la agencia judicial se percibe a sí mismo en función de su cargo y jerarquía y construye una identidad asentada sobre estas bases. Rechaza los relámpagos de conciencia acerca de las limitaciones de su poder, por el sufrimiento que le provocan (lesionan su narcisismo y omnipotencia, su auto-estima; obsérvese que se trata de caracteres regresivos, igual que los que condicionan los procesos de criminalización y policización); no le resta otro recurso que evitar conflictos con las otras agencias para preservar su identidad falsa o artificial (producto del entrenamiento regresivo propio de la agencia) y también para conservar su función: el único camino es la *burocratización*, o sea, las respuestas estereotipadas, la conformidad con las pautas "de siempre", la "ineficacia entrenada" mediante la

elevación de los medios a la categoría de fines, etc., es decir, todo lo que es bien conocido y descripto como "comportamiento obsesivo"¹⁶ (aunque la definición es demasiado psicologista y no siempre coincide con la realidad de la burocratización judicial).

Sin duda que este comportamiento debilita el poder de la propia agencia judicial, pero justamente este debilitamiento es perfectamente funcional al ejercicio de poder configurador positivo de las restantes agencias del sistema penal. Nada mejor pueden desear éstas que una agencia judicial que reiterare un discurso que las justifique a todas, compuesta por omnipotentes que creen que ejercen un poder que en realidad están ejerciendo ellas y cuyos operadores traten de evitar cualquier conflicto con ellas, inventándose trabajo sin molestarlas mucho. Sin duda que esta realidad no responde a un esquema simplista de división de poderes del estado, pero parece resultar funcional a todas las agencias.

El juez parece una persona que se encuentra más amenazada en su identidad que en su estabilidad laboral entendida como fuente de ingresos o salarial, porque suele tener un rol mucho más internalizado que el del propio policizado, dado que su lado "paternalista" parece hundir las raíces en estratos más profundos del inconsciente.

Si el deterioro que el sistema penal produce en los policizados ha sido poco estudiado, la burocratización como forma de deterioro de los operadores de las agencias judiciales de los sistemas penales directamente nunca se ha estudiado y, por ende, la situación violatoria de Derechos Humanos que implica no tiene tratamiento, porque los mismos afectados no la perciben.

Muy pocas veces es adecuadamente observada la situación de extrema vulnerabilidad en que se coloca a estas personas y las tentativas de explicitarla se estigmatizan como una suerte de "desacato" que "destruiría las bases republicanas" (o cualquier otra expresión de obturación autoritaria del discurso). *Menos aún se tiene en cuenta que muchas "teorías jurídicas", desde otro ángulo, no son más que racionalizacio-*

¹⁶ Cfr. Merton, op. cit.

nes o mecanismos de huida, sólo explicables a la luz de este fenómeno, no únicamente a nivel consciente, por cierto.

10. Deterioros y antagonismos como productos de la operatividad de los sistemas penales. Contemplando la policización, la burocratización y la criminalización, el sistema penal es un complejo aparato de deterioro regresivo humano que condiciona falsas identidades y roles negativos.

Por supuesto que la interacción condicionante de todos estos roles es mucho más compleja que lo que puede reflejar nuestra brevísima referencia aquí y presenta grados y matices diferentes, con variables locales y coyunturales, pero lo resumido es suficiente para colocarnos en la pista de los mecanismos a través de los cuales los sistemas penales violan los Derechos Humanos no sólo de los criminalizados sino de sus propios operadores: deteriora regresivamente incluso a quienes los manejan (o creen manejarlos).

Uno de los medios más eficaces para garantizar el deterioro regresivo de sus operadores es la inestabilidad laboral de todos los trabajadores de los sistemas penales: ninguno de ellos puede ejercer legalmente los derechos laborales que les son reconocidos a todos los restantes trabajadores; no pueden requerir aumentos salariales, sindicalizarse ni declararse en huelga o tomar otras medidas de fuerza laboral. Las agencias militarizadas lo impiden por su régimen; las judiciales por constituir un "poder del estado".

El complicado juego de identidades artificiales creadas por el mismo ejercicio de poder del sistema penal, introduce antagonismos entre los operadores de las diferentes agencias del mismo. Estos antagonismos provocan la recíproca imputación de lo que se consideran fallas coyunturales del sistema penal que, en realidad, son caracteres estructurales de los mismos.

Estas recíprocas imputaciones provocan una "compartimentalización" de las agencias del sistema penal, dado que cada una debe defender su propio ejercicio de poder frente a las otras. Al amurallarse para defender su poder, cada una de ellas lo ejerce con absoluta indiferencia —y hasta desconocimiento e ignorancia— respecto de las restantes y, mucho

más aún, respecto del resultado final de la operatividad del conjunto, acerca del cual no tienen ni siquiera la posibilidad de informarse.

De allí que no sea correcto referirse a un "sistema penal" cuando en realidad se trata de un conjunto heterogéneo de agencias compartimentalizadas¹⁷, por lo cual nosotros usamos la expresión sólo por su consagración técnica.

Dado que lo hacemos sólo por su general admisión técnica, es conveniente aclarar que, en realidad, por "sistema penal", entendemos simplemente *la suma de los ejercicios de poder de todas las agencias que operan independientemente* y en modo alguno lo que la voz "sistema" quiere señalar en el terreno de la biología o en otros análogos.

11. La destrucción de los vínculos comunitarios. Es bastante claro que, con lo que hemos sintetizado hasta aquí acerca de la forma en que realmente opera el sistema penal, la descripción ponga de manifiesto la urgente necesidad de una respuesta latinoamericana frente a la crisis de legitimidad que esta descripción importa.

Sin embargo, es también necesario precisar aún más la razón por la cual esta operatividad real crea la necesidad de la respuesta. En efecto: pese a que el sistema penal es plurifuncional (y toda reducción unilateral del mismo es un error gravísimo, que debe evitarse por sus consecuencias prácticas letales), entre estas funciones *emerge, como la más notoria, la creación y profundización de antagonismos y contradicciones sociales y consiguiente debilitamiento y destrucción de vínculos comunitarios, horizontales o de simpatía.*

No en vano se permite y fomenta que el sistema penal genere estos antagonismos mediante el deterioro regresivo de identidades y la creación de roles artificiales que ocupen el espacio deteriorado, sean de "delincuentes" o de "policías" o de "jueces", o los antagonismos entre distintos grupos de carenciados, en el interior de esos mismos grupos, entre esos

¹⁷ Sobre esta característica estructural de los sistemas penales, Hulsman-Bernart de Celis, op. cit.; State of New York. Commission of Investigation, *The new York prisoner release*, N. York, 1985, pág. 13.

grupos y los sectores medios, que provoquen con ello el constante reclamo de mayor violencia represiva y el aumento del número de deteriorados, sino que *todo esto lleva, en nuestro margen, a erigir al sistema penal en el mayor obstáculo a la paz social y, fundamentalmente, a la coalición civil frente al ejercicio arbitrario del poder.*

El sistema penal es un poder local funcional a una red inmensa de poder planetario que, al apoyarlo —por su funcionalidad— también lo transnacionaliza; no olvidemos la formidable contribución que le presta el poder de la comunicación masiva transnacional. Este poder planetario tiene sobradas razones para evitar la coalición civil en nuestro margen y la apertura de vías de comunicación sólidas intra e inter-clasistas entre nosotros.

Cuanto más y más graves sean nuestros antagonismos internos, mayor será el condicionamiento verticalizante transnacionalizado y menos serán los *loci* de poder que puedan oponer alguna resistencia al proyecto tecno-colonialista. *Es obvio que una sociedad verticalizada es una sociedad ideal para mantenerla dependiente e impedirle cualquier tentativa de aceleración histórica, en tanto que una sociedad que equilibre relaciones de verticalidad (de autoridad) con relaciones de horizontalidad (de simpatía o comunitaria) es más resistente a la dominación neo- y tecno-colonial.*

Cuando domina el verticalismo social, basta dar un manotazo a la cúpula para mantener el control; la comunidad es todo lo contrario: es la posibilidad de resistencia anti-colonialista, porque quien se apodera del poder verticalizado, sólo dispone de uno de los *loci* de poder. El poder central siempre quiere que en el margen haya una sola cabeza. La pluralidad comunitaria es estigmatizada como “primitiva”, “arcaica”, “desordenada”, “insubordinada” o “subversiva”¹⁸.

Esta es una de las razones más importantes para exigirnos una respuesta urgente al problema de la deslegitimación del sistema penal, porque nos revela que en el fondo hay una

¹⁸ Son obvios en este sentido los esfuerzos por destruir los vínculos solidarios y comunitarios en cualquier dictadura.

cuestión de *defensa nacional*¹⁹. Aunque nuestros políticos —sitiados por las agencias de propaganda del sistema penal— no lo hayan comprendido *nuestros sistemas penales son los instrumentos de dominación neo-colonial* y amenazan con convertirse en los instrumentos de dominación tecno-colonial más eficaces que se hayan inventado.

En lugar de ejércitos invasores, es mucho más simple enviar series televisivas y tecnología discursiva, para lograr que nuestros sectores más carenciados y golpeados por la crisis de nuestros sistemas productivos, se dividan y no logren coaligarse, con gran beneplácito de los sectores medios, que también se preservan de cualquier tentación de disidencia contestataria, aunque con singular ingenuidad se aplique la misma receta en los Estados Unidos (no así en Canadá, Europa y Japón) y se llegue a los inconcebibles niveles de prizonización a que ya hemos hecho referencia (un preso cada trescientos habitantes), con los resultados que cabía esperar: el ascenso del índice de homicidios²⁰.

No es casual que el poder mundial haya tenido siempre agentes proconsulares destructores de vínculos comunitarios en nuestra periferia, como las dictaduras “tecnoburocráticas” de “seguridad nacional”, cualitativamente más destructivas de la comunidad que las clásicas dictaduras latinoamericanas y, en tiempos recientes, algunos brotes de demagogia represiva que, a caballo de campañas de ley y orden, han captado votos de sus propias víctimas para sus fines de sometimiento total a los imperativos tecno-colonialistas centrales.

¹⁹ Resulta claro que la doctrina de la “seguridad nacional” y la “defensa nacional” se vuelven conceptos casi incompatibles. No puede ser de otro modo desde que en esta doctrina conspirativa, en la cual se insiste hasta el presente en las conferencias militares, se pretende que forman parte del Movimiento Comunista Internacional todas las personas o instituciones que formulan cualquier crítica social o denuncian situaciones de injusticia a nivel nacional o internacional; conforme a esta tesis conspirativa insensata, la alternativa parece ser apoyar al *statu quo* sin la menor objeción o pasar a integrar las filas del MCI; de este modo, como todos se convierten en enemigos porque todos son miembros del nebuloso MCI, la “doctrina” puede cumplir una función política discursiva, pero no sirve para instrumentar nada inteligente en materia de defensa.

²⁰ La crítica demócrata en Elliott Currie, *Confronting crime. An American Challenge*, New York, 1985.

No obstante, esta demagogia en América Latina no puede tener más que éxitos esporádicos, locales y con mal fin, como lo demuestran algunas experiencias electorales recientes.

II. LA NECESIDAD DE UNA RESPUESTA MARGINAL COMO IMPERATIVO JUSHUMANISTA

La necesidad de respuesta no sólo nos viene impuesta por la amenaza de un genocidio practicado por el tecnocolonialismo y de otro ya en curso, sino que, a nivel de Derechos Humanos, la deslegitimación del sistema penal no sólo nos muestra que nuestros sistemas penales marginales violan los Derechos Humanos, sino que, como tales violaciones no provienen de defectos coyunturales de nuestros sistemas penales periféricos, sino que son producto de características estructurales de los sistemas penales mismos, en definitiva, *el ejercicio de poder de los sistemas penales resulta incompatible con la ideología de los Derechos Humanos.*

Afirmar que la ideología justificadora de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los Derechos Humanos puede parecer un contrasentido, puesto que todos los instrumentos de Derechos Humanos parecen reconocer la legitimidad del sistema penal, ocupándose con cierto detalle de sus límites y garantías. No obstante, un análisis más cercano y detenido de la cuestión y, particularmente, su genealogía ideológica, nos permitirá ver que esto no pasa de ser una simple apariencia.

Para percibir el fenómeno en toda su dimensión es necesario detenerse un momento en la naturaleza de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos, tal como se consagran en los instrumentos internacionales, no son una mera "ideología instrumental", sino un cierto grado de conciencia más o menos universal, que constituye una *ideología programática para toda la humanidad*, pero un programa es una anticipación y, por ende, no significa que esté realizado, sino que *debe realizarse*, como transformación social y, por supuesto, también individual.

Es casi tan sencillo repetir que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" como difícil vivenciarlo. Para vivenciarlo se requiere hacer algo que casi todos consideran histriónico y susceptible de producir disrupciones: ponerse de cabeza, dado que es necesario ver el mundo al revés.

Vivenciar realmente el artículo primero de la Declaración Universal es una verdadera hazaña moral. La vivencia preceptiva sólo ha sido el raro privilegio de unos pocos númenes morales de la Humanidad y basta comparar el comportamiento de éstos con nuestras actitudes fuertemente condicionadas por el poder y su saber derivado, para percatarnos que nada quedaría de nuestros sistemas penales si fuesen operados por esos númenes morales, como también que tampoco quedaría nada de éstos si viviesen hoy físicamente y se pusiesen al alcance de nuestros sistemas penales.

No cuesta mucho imaginar a Cristo o a Buda condenados por "vagancia", y, en el peor de los casos, "desaparecidos" por atentar contra la "seguridad nacional", ni a San Francisco institucionalizado en un manicomio, sometido a técnicos que controlarían su "delirio místico" con choques eléctricos y con "chaleco químico".

Cabe pues, preguntarse qué clase de insensatez histórica es pretender que alguna vez hubo un sistema penal que expropió el derecho de la víctima para realizar el principio de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Sin duda se trata de una insensatez histórica que sólo resulta comparable con la que pretende que mañana habrá un sistema penal que, con la estructura de cualquiera de los que existen, se motivará en este principio, cuando sabemos que es de la esencia de cualquier sistema penal su operatividad selectiva.

Los Derechos Humanos, sin embargo, no son una utopía (en sentido negativo), sino un *programa de transformación de la Humanidad de largo alcance*. Considerarlos de otro modo es una tentativa de banalizarlos. Su positivización en instrumentos normativos internacionales sirve para demostrarnos que el mundo está "al revés". La pretensión de que los mismos están "realizados" no pasa de ser una tentativa de poner

los Derechos Humanos "al revés" y, por ende, de neutralizar su potencial transformador.

En tanto que los Derechos Humanos señalan un programa realizador de igualdad de derechos de largo alcance, los sistemas penales son instrumentos de consagración o cristalización de la desigualdad de derechos en todas las sociedades. No en vano la temática de los instrumentos de Derechos Humanos referida a los sistemas penales siempre es limitadora, señalizadora de fronteras más o menos estrictas a su ejercicio de poder; resulta claro que se enfrentan con un hecho que quieren acotar o contener.

La ideología de los Derechos Humanos reconoce múltiples raíces y orígenes²¹ siendo absurdo que tal o cual jusnaturalismo reclame para sí el patrimonio de los mismos. Sin duda que es fruto de muy diferentes momentos históricos, pero su configuración o formulación contemporánea proviene del siglo XVIII, de un momento de conciencia humanista impulsado e instrumentado por la clase de los propietarios de las máquinas que pugnaban por un poder que era detentado despóticamente por quienes se decían titulares del mismo por "derecho divino".

Su formulación más próxima, por ende, proviene de una *lucha*, de la bandera enarbolada por uno de los bandos en lucha en la génesis de la civilización a que dio lugar la revolución industrial. Esa formulación fue, pues, una ideología instrumental que se asentó sobre la ficción contractualista. El llamado "derecho penal garantizador o limitador", dentro de ese contexto fue un freno puesto a un hecho de poder que se había originado en la lucha a que había dado lugar la anterior revolución tecnológica, esto es, la revolución mercantil, que comenzó con la "expropiación del conflicto" (del derecho de la víctima) en los siglos XII y XIII.

La ficción del contrato social procuró contener este poder del soberano, pero su desarrollo coherente, en definitiva, acababa desmontando el poder ejercido por el sistema penal, como lo demuestra el hecho de que Marat, sobre la base de

²¹ V. por ejemplo las múltiples citas de Jeanne Hersch, *El derecho de ser hombre*, Madrid, 1984.

la misma ficción, haya desembocado en una visión socialista que deslegitimaba a todo el sistema penal de su tiempo y que Feuerbach haya deducido la posibilidad de una resistencia revolucionaria. El mismo Rousseau, a quien se cita generalmente como garante de esta ficción, deducía de ella un "estado social" y no un "estado liberal económico" asentado sobre conceptos quirritarios de propiedad, como generalmente se pretende²².

Como es obvio, nada de esto podía ser tolerado por la misma clase que lo había enarbolado como bandera, cuando ésta alcanzó la hegemonía social y desplazó a la antigua aristocracia.

En definitiva, *nunca hubo un sistema penal histórico que operase conforme a los postulados racionalistas de Kant o de Feuerbach, de Carmignani o de Carrara, todos los cuales, en una línea de tradición humanista, proveyeron argumentos útiles en la práctica inmediata para contener —limitar— el ejercicio arbitrario de poder de los sistemas penales*. Jamás podrán modelarse sistemas penales conforme a estas ideas y tampoco fue posible en su tiempo, porque la nueva división internacional del trabajo —generada por la revolución industrial— había llevado a las clases hegemónicas europeas a una competencia despiadada por la hegemonía europea y mundial, que provocó una nueva etapa genocida en nuestro margen y en el africano e, incluso, en la propia Europa.

Esta etapa genocida se cumplió conservando del contractualismo sólo lo que era ideológicamente funcional a la misma y desembarazándose del resto, para más tarde archivar directamente todo el contractualismo y retomar el organicismo, como "organicismo-industrialista", con argumentos "científicos". La civilización industrial se extendió a América del Norte eliminando a todos los habitantes originarios de la

²² "Bajo los malos gobiernos, esta igualdad es exclusivamente aparente e ilusoria: sólo sirve para mantener al pobre en su miseria y al rico en su usurpación. De hecho, las leyes son siempre útiles para los que poseen algo y perjudiciales para los que nada tienen. De donde se sigue que el estado social no es ventajoso a los hombres sino en tanto que poseen todos algo y ninguno de ellos tiene demasiado" (J. J. Rousseau, nota 6, Cap. I, *Del Contrato Social*, Madrid, 1975).

región, transportando población europea y africana, manteniendo a la última en esclavitud hasta la guerra de Secesión en 1863.

Los discursos penales liberales, que provenían o se entroncaban con el contractualismo que generó la formulación moderna de los Derechos Humanos fueron en la práctica un instrumento de mínima intervención penal, que no pudo llevarse a cabo por imperio de la dinámica competitiva de la lucha hegemónica generada por la revolución industrial. El control policial verticalizado-militarizado se puso al servicio de esas luchas y el derecho penal "liberal" quedó aplastado por las versiones organicistas de la nueva clase hegemónica.

Recién cuando en la Segunda Guerra Mundial se cometió el genocidio nazista, enarbolando como ideología el organicismo, se tomaron las ideas humanistas hasta entonces cuidadosamente archivadas. Con ellas se enfrentó primero al nazismo y luego al stalinismo. Se convirtió nuevamente en una ideología de lucha que ahora pretende también archivarse por parte de quienes la usaron instrumentalmente hace cuatro décadas, porque ya no es funcional a los intereses de la división internacional del trabajo a que da lugar la revolución tecno-científica. El "Nuevo Orden Económico Internacional" se considera "viejo" e impracticable por parte de las "nuevas" derechas centrales.

En cuanto a la ideología penal, así como el organicismo teocrático caracterizó la civilización mercantil y su colonialismo esclavista y el organicismo "científico" fue propio de la civilización industrial y de su neo-colonialismo, el organicismo sistémico parece ser el signo de la civilización tecno-científica y de su tecno-colonialismo.

La actual configuración del sistema penal proviene de los albores de la revolución mercantil, de la formación de los estados nacionales. lo que da lugar a la desaparición de los viejos mecanismos de solución de conflictos entre partes enfrentadas, produciéndose la expropiación de los conflictos (de los derechos de la víctima), asumiendo el lugar de "única víctima" el "soberano" y convirtiendo a todo el sistema penal en un ejercicio de poder verticalizante y centralizador.

Lejos de limitar su poder con la revolución industrial, tal como lo postulaba el contractualismo, se lo aumentó notablemente mediante la generalización de las agencias policiales en los siglos XVIII y XIX, que desde entonces son las que ejercen su más importante poder: el positivo y configurador.

La curiosa paradoja de esta combinación es que ese poder es reclamado por sus propias víctimas, pues les impide tomar conciencia del fenómeno, dividiéndolas con gravísimos antagonismos e inventándole y creándole amenazas mediante la manipulación de la comunicación social y seleccionando en doble sentido entre las víctimas a los victimarios, en forma tal que, visto desde la perspectiva de los Derechos Humanos, ya no es dable determinar quién es quién.

La configuración actual del sistema penal proviene del siglo XII y se refuerza en el siglo XIX, en tanto que la formulación moderna de los Derechos Humanos proviene de la tentativa de limitar este poder en el siglo XVIII. Es obvio que esta diacronía genealógica está mostrando la contradicción entre la ideología de los Derechos Humanos y el reforzamiento del sistema penal.

Por otra parte, el principio conforme al cual todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, es propio de los númenes morales de lo que suele llamarse "el saber milenario", esto es, el que pertenece a los momentos de más alta moralidad de las culturas que fueron arrasadas por el poder planetario de las civilizaciones mercantil e industrial, asentadas en su superioridad tecnológica.

La diacronía genética es aún mucho más manifiesta si pensamos en qué medida se contradicen la afirmación de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos —propia de un programa no realizado de transformación de la Humanidad— con un instrumento de poder selectivo que desde el siglo XII sirve para verticalizar militarmente a las sociedades.

La necesidad y urgencia de una respuesta desde la deslegitimación del sistema penal se nos impone, pues, también desde la perspectiva de la programación transformadora que implican los Derechos Humanos, particularmente desde nues-

tra ubicación en el mapa de poder planetario en que el camino progresivo hacia su realización se percibe muy claramente como abruptamente interrumpido y en que el ejercicio de poder del sistema penal resulta ser la pieza clave de ese brutal desbaratamiento.

III. LA RESPUESTA MARGINAL COMO IMPERATIVO ETICO

Quien participa como operador en alguna agencia del sistema penal en nuestro margen, pero particularmente quien lo hace en las agencias reproductoras de ideología, esto es, en las universidades, al reproducir el discurso de justificación que estas agencias proporcionan al sistema penal, dada la manifiesta violencia con que operan estos sistemas y la que atraviesa todo el contexto social en que tiene lugar ese ejercicio, no puede menos que detectar la necesidad de enfrentar la deslegitimación, vivenciando esa necesidad como una *urgencia de carácter ético*, una *imposición o imperativo de conciencia*. A esta afirmación puede responderse muy defensivamente, con la esquizofrenización argumental que produce el temor, argumentando que este imperativo ético no tiene fundamento objetivo, que se trata de una mera cuestión de valoración "subjetiva".

¿Es verdad esta respuesta o en realidad hay un fundamento objetivo en que asentar ese imperativo? Nosotros creemos que sin duda ese fundamento objetivo existe y que es nada menos que *el milagro*, usando la palabra en su sentido más original y etimológico, esto es, *la maravilla*.

Desde nuestro margen, desempeñar esa función operativa es una circunstancia que debe ser entendida como *milagrosa*. En efecto: ese hecho importa una formidable constelación de casualidades, tan numerosa, que constituye un milagro raramente privilegiante. Ser juez o catedrático en América Latina significa haber sorteado previamente muchísimos riesgos: haber nacido (es decir, no haber sido abortado), haber sido alimentado adecuadamente, haber superado o eludido las enfermedades infantiles con secuelas incapacitantes, haber logrado alfabetizarse y, más aún, haber accedido a los niveles medio y superior de la enseñanza, haber eludido las amenazas a la

vida adulta que representan los fenómenos naturales catastróficos, la violencia política y no política, no haber “desaparecido”, etc., y otro sinnúmero de factores cuyo conjunto compone ese *milagro* que lo coloca en una situación tan *extremadamente privilegiada*.

Desde este milagro privilegiante basta mirar alrededor para percatarse que fueron muchos, muchísimos más, quienes frustraron su esperanza de vida o quienes, sin frustrarla, de ningún modo pudieron llegar a esa situación de privilegio.

Esta visión, que muestra descarnadamente el desprecio por la vida humana que practica el ejercicio de poder en el que se enmarca como operador, crea un imperativo de conciencia ineludible, un compromiso con todos los que no pudieron ser beneficiarios del milagro y ni siquiera de una mínima parte del mismo, con quienes no pudieron o no supieron sortear los peligros que hacen que *estar vivo sea un milagro* en América Latina y que alcanzar el acceso a cierto grado de saber sea aún más milagroso.

Ante esta constatación, un operador consciente no puede menos que vivenciar que ese milagro puede dejar de serlo al segundo siguiente, que más allá de la muerte como límite metafísico, *en nuestro margen hay una aceleración de la misma que está mucho más acá de este límite universal* y que este fenómeno, desde su posición milagrosa, le compromete con la vida para proveer una respuesta a la violencia que haga menos milagrosa su vida y menos privilegiada su posición ²³.

Si “todos los seres humanos. . . dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, la más elemental y mínima interiorización de este precepto genera el imperativo de vivenciar cualquier privilegio como una oportunidad fraterna y no como una mera ocasión de goce hedonista.

²³ Este “milagro” fue entendido como “culpa” en el manejo dialéctico de la culpa de una considerable corriente de la literatura alemana. Sin duda que la arbitrariedad selectiva genera una “deuda” en tal sentido, un imperativo ético (Karl-Joseph Kuschel, *Wie schuldlos in einer Zeit des Verbrechens?*, en “Orientierung”, 18-50, 30/9/86, pág. 195).

Sea cual fuere el enunciado que se prefiera para cualquier mínima objetivación de requerimiento ético (evangélico, kantiano o jushumanista), lo cierto es que la circunstancia actual de nuestro margen latinoamericano hace que la respuesta al desafío de la deslegitimación del sistema penal, *en caso de no considerarse suficientes las anteriores razones dadas, también se imponga como imperativo ético.*

IV. LA NECESIDAD DE RESPUESTA ES UN PLANTEO OPTIMISTA

Responder a la deslegitimación del sistema penal significa hallar *una respuesta que contribuya a disminuir la violencia en curso, que quiebre la curva ascendente de la misma.*

Todo lo que hemos dicho acerca de la urgente necesidad de una respuesta puede aún parecer a muchos una simple valoración no susceptible de ser "verificada".

Con todo, creemos que pese a cualquier consideración epistemológica o lógica en que pudiéramos enredarnos, hay demasiados motivos para creer que el camino verdadero no puede pasar por la destrucción de millones de vidas humanas en ejercicio de un poder mundial que en muy pocos años²⁴ ha provocado el peligro cierto de aniquilar la vida planetaria, haciendo retroceder la evolución en millones de años²⁵.

Suele afirmarse que el mal absoluto no existe, pero debe admitirse, al menos, que esta perspectiva apocalíptica coincide en muy alta medida con lo que humanamente podemos imaginar como máximo extremo del mal²⁶.

La imputación más usual a cualquier crítica desmistificadora del ejercicio de poder del sistema penal en América Latina es su pretendido *pesimismo*. En el sentido en que se formula esta imputación, por "pesimismo" debe entenderse percibir las cosas desde la perspectiva más desfavorable; su

²⁴ V. por ejemplo, Jeremy Rifkin, *Dichiarazioni di un eretico. Il dilemma del nucleare e dell'ingegneria genetica*, Milano, 1988.

²⁵ Cfr. P. R. Ehrlich - C. Sagan - D. Kennedy - W. Orr Roberts, *O inverno nuclear*, Rio de Janeiro, 1985.

²⁶ Cfr. Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, 1982.

antónimo —“optimismo”— sería percibir las desde el ángulo más favorable.

En realidad, no podemos rechazar frontalmente esta afirmación, pero es necesario precisarla y asumir la parte de verdad que le corresponde y que, por regla general, no suele ser precisamente la que motiva la imputación.

Se trata de una cuestión de percepción del sistema penal. Por nuestra parte, es claro que asumimos expresamente una valoración en nuestra percepción: *percibimos al sistema penal en términos de su altísimo costo de vidas humanas*. Desde este ángulo, la percepción resulta muy desfavorable y, por ende, puede ser calificada de “pesimista”.

No cabe duda que puede ser percibido desde otro ángulo desde el cual la visión no sea tan desfavorable o incluso resulte favorable u “optimista”. Esto sucede cuando se lo percibe desde la óptica del “sistema”, o sea, desde el punto de vista del funcionalismo sistémico, por ejemplo. Pero este “optimismo” tiene un precio que no estamos dispuestos a pagar: la mediatización del hombre, su desplazamiento del centro de interés del discurso penal, la consiguiente amoralidad del discurso y, por último, su cancelación del concepto de “hombre” como “persona”, al reducirlo a un “sub-sistema”; todo esto sin contar con que en nuestro margen esa óptica impide la percepción y relevamiento de la realidad genocida de nuestros sistemas penales, pasa por alto millones de muertos, oculta la amenaza de un genocidio mayor por la vía del tecno-colonialismo y, en una dimensión planetaria, hace caso omiso de las advertencias de Einstein, de Heidegger²⁷ y de muchos otros sobre la amenaza nuclear, de los llamados de atención de científicos y pensadores acerca de la manipulación genética y otras análogas, pretendiendo ignorar que en pocas décadas se ha producido un cambio cualitativo en el poder mundial, que ha adquirido la capacidad real y efectiva de destrucción de la vida planetaria por la fisión nuclear o por el lanzamiento de animales nuevos al medio ambiente, sin poder calcular sus efectos ecológicos, tecnología que coloca en

²⁷ M. Heidegger, *Umanesimo e scienza nell'era atomica*, Brescia, 1984.

manos de los centros de poder del hemisferio norte el potencial genético a manipular²⁸.

No se trata ya de una imaginación acalorada, sino de enterarse, simplemente, que la Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido en 1987 el derecho a patentar animales inventados y que ya se han combinado genes de crecimiento humano en cerdos para aumentar su tamaño y genes de oveja en cabras.

La comprobación de que las radicaciones provocan mutaciones genéticas incentivó el estudio de los genes hasta obtener la técnica que permite cortar y soldar las cadenas de ADN de diferentes especies, dando lugar a los virus recombinantes.

Es así como la biogenética y la ingeniería genética fueron un subproducto de la fisión nuclear y hoy el hombre comienza a disponer de la posibilidad de manipular el curso de la evolución biológica en un brevísimo período de tiempo, alterar los finísimos equilibrios ecológicos montados a través de millones de años y realizar experimentos inimaginables hasta hace pocos lustros, con material genético humano, todo lo cual se defiende con el argumento de que la vida es una cuestión química y que la propia tecnología puede neutralizar sus peligros, lo que, sin duda, es "optimista", pero más que "optimista", es *irresponsable y superficial*.

Está claro que *de este optimismo alienado no participamos*, porque preferimos enfrentar la realidad con la clara conciencia de sus peligros. De allí que tomemos cualquier hecho de poder y, especialmente, el hecho de poder del sistema penal, desde esta perspectiva, esto es, desde la realidad de su destructividad en acto y en potencia.

Desde la perspectiva por la que optamos surge *una cuestión ética: se puede elegir la vida* —y desvalorar su aniquilamiento— o se puede *elegir la valoración del sistema* (con el consiguiente negativismo o indiferencia por el aniquilamiento de la vida humana y no humana), pero también se puede *elegir no pensar* y, en semejante *alienación cobarde* caer en el despreciable *optimismo irresponsable*.

²⁸ Cfr. Rifkin, op. cit.

Creemos que la decisión éticamente correcta es la que *elige la valoración de la vida, pese al coraje de pensar*. Tener el valor de pensar y, pese a ello, elegir y apostar a la vida, es la *actitud de optimismo consciente que asumimos*. Rechazar el optimismo *alienado* (por elección de la "no vida" en el mito del "sistema" o de cualquier otra insensatez o por la elección del no pensar) y *asumir un optimismo consciente, nada tiene de "pesimismo"*, sólo que implica la propuesta de una tarea "pesada", que para nada es lo mismo.

"Ver" un peligro, enfrentarse al mismo y luchar con la convicción de que luchando podremos encontrar una salida que lo neutralice, una alternativa, no es en modo alguno "pesimista", aunque es, por supuesto, notoriamente diferente a ignorar el peligro o a confiar gratuitamente en que otros harán "algo" que lo neutralice. Todos estamos en el *navío espacial tierra*²⁹ y éste lleva pasajeros de primera, de segunda, de tercera y otros que van en la bodega, mezclados con la carga.

El *optimismo alienado* es el de aquellos pasajeros de primera que han decidido permanecer en la sala de juegos, porque confían en que otros harán algo para salvar el navío, dado que todos estamos a bordo, pero que al mismo tiempo son capaces de tirar por la borda a quienes intenten salvar el navío, si en ese intento les privan de algunos minutos de energía eléctrica para sus juegos o pretenden obligarles a que no usen alguno de sus *flipers*.

La *imputación de pesimismo* puede tener, sin embargo, contenidos más concretos, de los que corresponde que nos ocupemos brevemente en forma más particularizada.

a) *Pesimismo respecto del futuro del sistema penal*. En este sentido, la ilusión de que en un nebuloso futuro la realidad operativa del sistema penal se adecuará y cumplirá lo programado jurídicamente, creemos que queda destruida.

La tarea que tenemos por delante los operadores y juristas es mucho más ardua que la imaginada conforme a esa

²⁹ La expresión pertenece a Kenneth E. Boulding, *The Economics for the Coming Spaceship Earth*, en "The Environmental Handbook", edit. por Garret de Bell, New York, 1970.

ilusión; pero esto no es “pesimismo” del discurso deslegitimante del ejercicio de poder del sistema penal, sino que se trata de un efecto depresivo que genera la deslegitimación en el que estaba convencido de esa ilusión y de su fácil perspectiva, cuando de pronto se encuentra frente a una tarea mucho más pesada y difícil que la propuesta conforme a la tranquila certeza que siempre le había proporcionado la ilusión del discurso tradicional, de los medios masivos y de los aparatos de reproducción ideológica del sistema penal.

No se trata de pesimismo de quien se hace cargo de la deslegitimación, sino del “desgano” producido por la sorpresa en quien de pronto se halla con la necesidad de emprender una tarea para la cual no había sido entrenado y que ni imaginaba que tendría a su cargo.

No puede confundirse el desasosiego del receptor del discurso deslegitimante, cuando se le muestra una realidad que no había percibido y se le enfrenta a una tarea para la cual no está entrenado, con “pesimismo” del discurso, porque esa confusión no sería más que otro mecanismo de huída.

b) *Pesimismo respecto del futuro de la violencia.* Es posible caer en una visión apocalíptica, conforme a la cual la situación no tendría salida alguna. Nuestra posición no tiene nada que ver con la *traurige Linke*: ni con actitudes más irracionales de resignación impotente o de indiferencia total o de fatalismo poblado de cataclismos totales.

Toda nuestra presente propuesta es una prueba del rechazo de este “pesimismo”: *creemos que es posible reducir los niveles de violencia, salvar muchas vidas humanas, evitar mucho dolor inútil, y, finalmente, hacer desaparecer un día al sistema penal y reemplazarlo por mecanismos reales y efectivos de solución de conflictos.*

No nos cabe duda que para neutralizar nuestras afirmaciones no faltarán voces que se acobarden y nos califiquen de “pesimistas” y a ratos de “utópicos”, mientras siguen practicando con sus *flippers* en la sala de juegos.

La incompatibilidad entre “pesimista” y “utópico” es tan palmaria que queda suficientemente en claro que el “pesimismo” no es una nota de nuestra posición, sino una dispo-

sición de quien es urgido a dar una respuesta en el sentido reductor de la violencia.

Las razones que nos mueven a ser optimistas en cuanto a las posibilidades reductoras de violencia son varias.

En principio, creemos que el hombre no es racional, pero puede (y debe) llegar a serlo³⁰.

Además, si bien el avance de la civilización industrial ha sido una cadena de indiscutible violencia genocida a nivel planetario, nos negamos a ver en ello una ley universal conforme a la cual una supuesta marcha hacia el "progreso" se jalona en forma "natural" y necesaria con cataclismos, catástrofes, destrucciones y aniquilamiento de los "débiles" e "inferiores", como lo postulaba la ideología racista del evolucionismo spenceriano, ni una necesidad ineludible para salvar a una raza superior de la decadencia, como lo postulaba el involucionismo racista del fracasado diplomático y novelista Gobineau.

Por último, creemos que hay motivos para suponer que el hombre es capaz de reaccionar de modo racional frente al espectáculo de la destrucción inútil de millones de vidas humanas y que, en última instancia, la especie humana no es suicida, como no lo es ninguna otra.

V. LAS DIFICULTADES PARA UNA RESPUESTA MARGINAL

Si bien la necesidad y urgencia de la respuesta no depende de consideraciones meramente "opinables", como puede verse, lo cierto es que, por hallarnos en un margen del poder mundial, no resulta sencillo estructurar una respuesta.

Es evidente que en nuestro margen no disponemos de "élites del pensamiento" pagadas para elaborar este género de respuestas teóricas. Desde el punto de vista del nivel de elaboración y de la completividad lógica de las respuestas centrales, nuestras respuestas marginales siempre aparecerán como defectuosas. Prácticamente, resulta titánica la tentativa de crear algo semejante a un marco teórico que nos permita

³⁰ Martin Buber, *¿Qué es el hombre?*

acercarnos a nuestra realidad; dependemos de marcos teóricos centrales y de sus elementos. Esto nos impone valernos de esos elementos, seleccionándolos y combinándolos conforme a algún criterio que, en nuestro caso, nos permita “ver” los componentes teóricos necesarios —o útiles— para jerarquizar y defender la *vida humana* y la *dignidad del hombre*.

Sobre esta premisa selectiva —que llamamos “realismo marginal”— es claro que obtendremos una referencia teórica *sincrética*, lo que no nos preocupa, porque creemos que justamente es lo inevitable —y lo deseable— en cualquier tentativa teórica que pretenda ser realista y llevarse a cabo desde nuestro margen.

VI. ALGUNAS BASES PARA LA SELECCION REALISTA Y MARGINAL DE ELEMENTOS TEORICOS

1. **El carácter realista de la respuesta.** Es difícil precisar el concepto de “realismo”, puesto que prácticamente todas las posiciones filosóficas pretenden ser “realistas” en cierto sentido, incluso las más idealistas, para las cuales lo “real” son las ideas.

Por nuestra parte, más allá de la discusión filosófica pura, adoptamos la expresión “realismo” como síntesis de varios conceptos.

a) En primer lugar, nuestra posición acepta el realismo filosófico en el sentido de que el “material del mundo” es algo que existe fuera e independientemente de nosotros y frente a lo cual el “acto de conocimiento” no cumple ninguna función “creativa”, limitándose a asignarle un sentido (un “para qué”).

b) En segundo lugar, por “realismo”, coincidiendo con varias de las cosmovisiones que convergen en el complejo cultural latinoamericano, asignamos al *mal* una realidad y no una simple “falta de bien” o “imperfección” respecto de un modelo ideal o menos absoluto.

El mal, en la forma de muerte violenta, inflicción de dolor, miseria y, en general, carencia grosera, es una realidad social y humana y nadie podría llegar a convencer a un

latinoamericano de las mayorías carenciadas de nuestro margen, que es una simple "falta de bien".

c) En tercer lugar, usamos "realismo" para señalar la necesidad de acercarnos a los fenómenos del sistema penal evitando la reificación de las categorías generalizantes que las agencias hacen (como "crimen", "droga", etc.), con lo que pierden su utilidad como instrumentos del pensamiento y pasan a ser "realidades inventadas" que lo obstaculizan.

d) En cuarto lugar, usamos "realismo" para señalar la necesidad de renunciar —al menos de momento— a cualquier modelo ideal y a la discusión a su respecto, en función de la urgencia que se impone para poner en marcha impostergablemente una *praxis* reductora de la violencia.

e) Por último, usamos "realismo" para señalar que tomamos como dato primordial la vida humana y la necesidad de preservarla. Nuestros cálculos de conveniencia y necesidad, nuestras estrategias y tácticas, se asientan en el reconocimiento de la vida humana y de su aniquilación en número masivo, como dato primario de nuestra realidad marginal.

Además de estos elementos que sintetizamos con la expresión *realismo*, tenemos en cuenta otros que, si bien no son tan privilegiados en nuestro desarrollo, por cierto que no los podemos pasar por alto para comprender un poco mejor el sentido de nuestra propuesta.

a) Al insistir en el carácter *sincrético* de nuestro marco teórico, es menester admitir que en cierta medida nos inspira la propuesta *holística*, aunque ello no implica una aceptación acrítica de algunas de sus versiones que, por demasiado "occidentalizadas", caen en las redes de una lógica que quiere denunciar y se aproximan demasiado al organicismo³¹. Si eludimos estos riesgos, es altamente atractiva la gran dosis de modestia que le impone al saber humano.

La visión newtoniana del mundo se ha revelado incapaz de explicar lo "muy pequeño" y lo "muy grande", en forma tal que la física moderna ha dado rienda suelta a su imagi-

³¹ Es la objeción de Silvana Castignone, *I diritti degli animali*. Bologna, 1988, pág. 9.

nación cosmológica³²; los límites del saber en este ámbito parecen reabrir el camino de los mitos³³ y la visión del mundo como un proceso cósmico, donde hay movimiento, pero en cierto momento parecen desaparecer los objetos que se mueven, donde hay actividad sin actores, donde no hay bailarines, sino sólo danza³⁴, resulta inevitablemente ligada a la necesidad de una gran prudencia en el entendimiento del hombre como protagonista y parte de este proceso que, en definitiva, nos lleva a una relativización y provisoriedad de nuestro saber, muy difícil de aceptar en la sociedad industrial o tecnocientífica, pero bastante común en todas las raíces culturales que convergen en nuestro continente.

La "verdad", como coincidencia con la realidad, es algo que se nos plantea como seriamente problemático, desde que la contradicción resulta ser dato invariable de la realidad como constante devenir y a la que debe admitirse como tal, puesto que la verdad es la realidad misma y a ella sólo podemos acercarnos en forma más o menos elíptica³⁵, por la necesidad de admitir su contradicción, del mismo modo en que, desde el fondo de la tradición filosófica lo postularon Heráclito³⁶ y Lao Zi³⁷, es decir, en el sentido originario de la conservación de la contradicción y no en la versión compatibilizada con el modo del saber cartesiano-newtoniano que quiso darle Hegel al pretender convertir a Heráclito en inventor de su dialéctica³⁸.

³² Es casi alucinante el debate sobre las analogías de las cosmologías orientales y las de la física moderna, aunque se reclame por la falta de mayor profundidad en los trabajos (así, por ejemplo, Ursula King, *Cosmología e hinduismo*, en "Concilium", 186, 1983, pág. 421.

³³ V. por ej.: Michael Talbot, *Misticismo y física moderna*, Barcelona, 1986; Fritjof Capra, *El Tao de la física*, Madrid, 1984.

³⁴ Cfr. Capra, *O ponto de mutação*, cit.

³⁵ Capra, *Verso una nuova saggezza*, cit., pág. 66.

³⁶ V. Karl Jaspers, *I grandi filosofi*, Milano, 1973, pág. 720; Abbagnano, op. cit., T. I, p. 19; Werner Jäger, *Paideia*, México, 1971, pág. 175; Theodor Gomperz, *Pensadores griegos*, Asunción, 1951, I, pág. 90.

³⁷ Lao Zi [*El Libro del Tao*], trad. de Juan Ignacio Preciado, edic. bilingüe, Madrid, 1983.

³⁸ G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, México, 1977, I, pág. 258.

b) Particularizando en el plano del discurso jurídico-penal, con "realismo" también queremos significar la renuncia a las "ficciones" y a las "metáforas", tal como lo hemos señalado. No admitimos que, para sustentar un discurso, se "invente" lo que falta o se "transporte" lo que sabemos que no corresponde al discurso. Si al discurso le falta algo, será porque no se adapta a la realidad y, por ende, deberá ser desechado.

En este sentido, hemos rechazado las metáforas contractualista y organicista, como también la famosa "guerra de todos contra todos", pudiendo agregarse otras, no menos artificiales y peligrosas, como el contractualismo entre los débiles de Nietzsche³⁹ —del que ni siquiera parece salvarse Freud⁴⁰— o las ilusiones sistémicas respecto de lo que no son más que mutables coaliciones de poderes parciales.

En este último sentido, al rechazar toda idea de "sistema" en forma de "aparato perfectamente montado e inteligentemente dirigido", dejamos de lado las concepciones *conspirativas*, del signo que sean: una clara concepción conspirativa es la llamada "doctrina de la seguridad nacional", pero también lo son otras versiones simplistas de la "lucha de clases" y del marxismo dogmático, que interpreta hasta las más mínimas manifestaciones de ejercicio de poder como llevadas a cabo por una intencionalidad superiormente dirigida por una suerte de "macro-computer" capaz de planificarlo todo. Estas tesis *conspirativas* tienen un alto componente paranoico y, por ende, distorsionante.

Una última advertencia debemos formular en cuanto al empleo de las "metáforas". Se nos ocurre admisible el uso de la "metáfora" como forma de aproximarse elípticamente a una realidad siempre contradictoria, pero en ese caso el empleo de la metáfora asume la forma de un conocimiento o saber pletórico de modestia, de humildad frente a una realidad que no puede arañar de otra manera, lo que difiere noto-

³⁹ Friedrich Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (en "Werke", Erlangen, T. IV, págs. 281 y sgts.).

⁴⁰ Sigmund Freud, *Totem und Tabu (Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilder und der Neurotiker)* en "Kulturtheoretische Schriften", Tübingen, págs. 287 y sgts.).

riamente del empleo artificial de la metáfora para reemplazar elementos faltantes en un discurso que pretende haber alcanzado la "verdad", que pierde de vista el sentido explicativo de la metáfora para tomarla como parte de la realidad que no alcanza y que inmediatamente deduce consecuencias prácticas con una seguridad de respuesta que es la propia del saber de la civilización industrial, fortalecido en el momento de la revolución tecno-industrial de nuestros días.

2. **¿Qué es lo marginal?** La expresión "marginal" también la empleamos como sintética de varias notas que deseamos destacar en la base de nuestra tentativa de respuesta.

a) Lo *marginal* denota en primer lugar que estamos ubicados en la periferia del poder planetario, en cuyo vértice se encuentran los llamados "países centrales"; en este sentido, "marginal" equivale a "periférico", pero preferimos emplear ese adjetivo por ser más expresivo.

b) Por la misma razón, con "marginal" estamos señalando la necesidad de adoptar una perspectiva de nuestros hechos de poder en el marco de la *relación de dependencia* con el poder central, sin pretender identificarlos con los procesos originarios de ese poder, pese a algunas analogías que, superficialmente consideradas, suelen llevar a una errónea identificación.

c) Lo "marginal" también señala aquí a la gran mayoría de la población latinoamericana marginada del poder, pero objeto de la violencia del sistema penal.

Como ya lo señalamos, la marginalidad de las grandes mayorías latinoamericanas no puede confundirse con los grandes fenómenos centrales del siglo XIX, en que los campesinos que se concentraban en las ciudades europeas cumplían la función de "ejército de reserva" respecto de las capas sociales más entrenadas para la producción industrial, mientras con la plusvalía excedente se acumulaba más capital productivo que iba permitiendo la incorporación de las capas menos productivas al sistema de producción.

Esta descripción no corresponde para nada a nuestro fenómeno periférico actual, en el cual se ha detenido la inversión productiva y, por consiguiente, la clase —sector o seg-

mento— obrero-industrial tiende a reducirse, los sindicatos pierden representatividad como resultado de la reducción de los sectores que representan, y la llamada “informalidad”, como forma de supervivencia, tiende a generalizarse y se reafirma un neto predominio de la economía “subterránea”, al punto de hacer parcialmente incalculable el panorama económico continental si sólo se lo reduce a los datos económicos oficiales ⁴¹.

Esta marginación urbana creciente e incontenible no es lo que el marxismo tradicional llama “clase obrera” ni es un “subproletariado” de cultura campesina, sino una clase marginada de cultura industrial, que genera sus propias relaciones de supervivencia ⁴², prescindiendo de las pautas estatales.

Es absurdo reducir este fenómeno a esquemas que le son totalmente extraños ⁴³, como lo hacen quienes formulan análisis marxistas simplistas, quienes reivindican el neo-spencerianismo y, menos aún, quienes pretenden tomarlo como prueba reivindicatoria de la “economía libre de mercado” ⁴⁴.

d) Por último, “marginal” no sólo señala para nosotros la compleja concepción del sector urbano más golpeado por los albores del tecno-colonialismo, sino que también indica una situación generalizada en el plano cultural y a la que nos referimos a continuación: el colonialismo, el neo-colonialismo y el tecno-colonialismo en ciernes, han ido dando lugar a una configuración de toda la población latinoamericana que se ha gestado bajo el signo de la “marginación”.

3. La originalidad marginal-sincrética de América Latina. En el último sentido que sintetizamos, en la expresión “marginal” se encierra una nota de originalidad que sólo es comprensible en clave histórica.

⁴¹ Cabe imaginar la importancia que ha adquirido la economía subterránea en nuestro margen, si se piensa que algunos países reconocen como primer rubro de exportación la cocaína.

⁴² Ver Larisa Adler de Lomnitz, *Cómo sobreviven los marginados*, México, 1980.

⁴³ Cfr. Janice E. Perlman, *O mito da marginalidade. Favelas e política no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 1977.

⁴⁴ Esta última interpretación es la de Hernando de Soto. *El otro sendero. La revolución informal*, Bogotá, 1987.

La gestación de la configuración humana de América Latina en los quinientos años que lleva de dependencia, puede describirse como un inmenso proceso de marginación. La colonización ibérica provocó la gran marginación de los indios y generó el mestizaje, pero los propios colonizadores eran marginados⁴⁵. España, que acababa su guerra contra los árabes, envió a sus recién reconquistados meridionales, que en buena medida eran producto de la cultura musulmana. Portugal, que carecía de suficiente población para la empresa, recogió a cuanto europeo se ofrecía y, de este modo, llegaron numerosísimos judíos, algunos de los cuales pasaron a Lima⁴⁶. El tráfico esclavista en inmensa escala trajo a nuestro margen la cultura africana⁴⁷.

Bajo la dependencia del neo-colonialismo industrial, los programas de transporte de población —particularmente para el “cono sur”— trajeron población excedente de campesinos europeos que se concentraban urbanamente y no podían ser satisfactoriamente incorporados a la producción industrial europea, convirtiéndose en “población peligrosa” de los países del sur de Europa⁴⁸.

Los chinos habían sido vendidos como esclavos en el Pacífico —en Perú especialmente— cuando ya los ingleses patrullaban los mares⁴⁹, convertidos en campeones de la lucha contra el tráfico negrero, que antes había sido uno de sus comercios favoritos y más rentables. Nuevas oleadas migratorias tuvieron lugar con motivo de la Segunda Guerra Mundial

⁴⁵ Hasta tal punto es ello cierto que no faltan autores latinoamericanos que acudiendo al biologismo reduccionista pretenden que la actual violencia en la región es producto de la elevada psicopatía que existía entre los marginados colonizadores (así, Francisco J. Herrera Luque, *Los viajeros de Indias. Ensayo de interpretación de la sociología venezolana*, Caracas, 1961).

⁴⁶ Antonio Domínguez Ortiz, *Los judeoconversos en España y América*, Madrid, 1971.

⁴⁷ V. (autores varios), *Introducción a la cultura africana en América Latina*, UNESCO, París, 1979; (autores varios), *La trata negrera del siglo XV al XIX*, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1981; Moreno Fragnals (Comp) *Africa en América Latina*, México, 1977.

⁴⁸ Por ej., Fernando Devoto - Gianfranco Rosoli, *La inmigración italiana en la Argentina*, Buenos Aires, 1985.

⁴⁹ W. Stewart, *La servidumbre china en el Perú*, Lima, 1976.

y de las persecuciones de minorías europeas, como también a causa de la llamada "Guerra Civil Española" y sus secuelas.

En rigor, no ha habido grupo étnico-cultural en el planeta que, perseguido o marginado, no haya tenido un desprendimiento más o menos significativo que se sumase a la marginación originaria colonial, curiosamente protagonizada también por los marginados de la primera metrópoli colonial.

En Europa hubo distintas valoraciones acerca de nuestro margen, cuyo descubrimiento europeo generó una verdadera euforia idealizante al comienzo, pero que, con el avance de la civilización industrial y la consolidación del neo-colonialismo, fue dando paso a una versión "científica" de inferioridad, incluso con raíces geológicas y zoológicas, fácilmente trasladadas a lo humano⁵⁰.

Esta versión desembocó en el racismo neo-colonialista del paradigma lombrosiano, derivado del spencerianismo, como ideología de las potencias neo-colonialistas del norte y centro de Europa, que en el siglo XVIII y XIX desplazaron a las ibéricas, incapaces de industrializarse. La inferioridad de nuestro margen la sintetizó claramente Hegel en versión germana del etnocentrismo colonialista, cuando en su interpretación de la historia, fue dejando de lado, a medida que asciende el *Geist*, a todas las culturas convergentes en nuestro margen⁵¹.

Puede afirmarse que la civilización industrial fue avanzando depredatoriamente sobre el planeta con increíble violencia y que la práctica de esa violencia marginó brutalmente a los indios, a los negros, a los musulmanes, a los orientales, a los judíos, a otras minorías, a sus propias culturas campesinas centrales, siendo nuestro margen latinoamericano un fenómeno que planetariamente no tiene similitud, porque todos esos marginados hemos venido a concentrarnos en un territorio muy extenso, protagonizando un proceso interactivo que ya abarca a cuatrocientos millones de personas (sin

⁵⁰ Es sumamente ilustrativo el detalladísimo y documentado trabajo de Antonello Gerbi, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica, 1750-1900*, México, 1982.

⁵¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980.

contar con la parte del fenómeno que tiene lugar dentro de los Estados Unidos) y, en condiciones que hacen que casi todos nos comuniquemos en una misma lengua o en variables limitadas y comprensibles entre sí del mismo tronco lingüístico.

En estos cinco siglos, pese a la magnitud de los genocidios y etnocidios, estas manifestaciones perduran y continúan interaccionando en forma *sincrética*⁵², de modo que, en Latinoamérica, este sentido de "marginalidad" implica necesariamente "sincretismo" en forma tal que casi puede afirmarse que desde esta óptica, América Latina *es, en sustancia, un formidable proceso de interacción de la marginación planetaria, signado por el sincretismo.*

La civilización mercantil, al subdesarrollar a Latinoamérica y a África para producir la revolución industrial (puesto que sin los medios de pago y la materia prima americana y africana no la hubiese podido hacer⁵³, ha originado en su trastienda un proceso originalísimo de sincretismo cultural que, económicamente estrangulado, está produciendo pautas propias de subsistencia mediante la sincretización en curso de todos los aportes de sus raíces.

Mientras la civilización industrial, hoy se va diluyendo como civilización a causa de una descontrolada inercia tecnológica incapaz de programar racionalmente y de proporcionar una imagen cósmica y antropológica, pareciera que nuestro margen se está convirtiendo en receptáculo y protagonista de las historias que ella interrumpió con singular violencia, cuando se proclamó dueña de la historia.

⁵² Sobre la supervivencia cultural, pese a los sucesivos genocidios, la literatura es inmensa. No obstante, basta como ejemplo la mención de los trabajos de: Mario Chiappe, Moisés Lemlij y Luis Millones, *Alucinógenos y Chamanismo en el Perú Contemporáneo*. Lima, 1985; Alvaro Estrada, *Vida de María Sabina, la maga de los hongos*. México, 1977; R. Gordon Wasson, *El hongo maravilloso: Teonanácatl. Micolatría en Mesoamérica*, México, 1983; Manuel M. Marzal, *El sincretismo iberoamericano. Un estudio comparativo sobre los Quechuas (Cusco), los Mayas (Chiapas) y los Africanos (Bahía)*, Lima 1985; Douglas Sharon, *El Chamán de los Cuatro Vientos*, México, 1980; etc.

⁵³ Walter Rodney, *De cómo Europa subdesarrolló a África*. México, 1982.

Ante esta incuestionable nota de sincretismo de nuestro margen, cualquier tentativa de aproximación a la realidad de sus fenómenos no puede eludir un paralelo sincretismo teórico, porque nada social y que comprometa a nuestras mayorías populares deja de ser sincrético. Nada puede comprenderse acerca de nuestro margen si no se lo asume y, por ende, si no se asume nuestra marginación de la historia etnocentrista de la civilización industrial.

4. Los peligros del “vértigo”: la antropología filosófica y los Derechos Humanos. Cuando se trata de generar un saber que se encuentra fuera o contra el “saber-poder” de las agencias conectadas a una red de poder planetario, se corre el riesgo cierto de caer en un “vértigo”, que es producto de “pensar a la intemperie”⁵⁴, esto es, de generar un saber no consagrado, descalificado por el poder de las agencias, un “saber-contra-poder” rechazado y marginal, *underground*, jaqueado desde las grandes usinas reproductoras de las ideologías de los sistemas verticalizantes de la sociedad.

Al “pensar a la intemperie” se tiene la sensación de que faltan puntos de apoyo a los que asirse para mantener cierto equilibrio tranquilizante. El “pensar a la intemperie” es una actitud que sólo se admite si ese pensar tolera la transitoriedad y el permanente devenir de todo y desde ese devenir se lo acepta, en forma “holística”, como pensamiento que permite acceder a un conocimiento siempre provisional.

De cualquier manera, esta actitud, que en nuestro margen implica asumir lo que se presenta como un saber desde lo “sucio y desordenado” de nuestras mayorías, que se opone a lo “limpio y ordenado” de las minorías de la cultura urbana⁵⁵, representativas del saber de las agencias del sistema, en que la verticalización se muestra como lo indicado para “ordenar y limpiar”, en tanto que la horizontalización de las relaciones sociales “desordena y ensucia”, resulta difícil mantenerse en equilibrio dentro de ella.

La civilización industrial —y más aún la actual tecnocivilización— se presentan con una estética de armonía cro-

⁵⁴ La expresión está tomada de Buber, op. cit.

⁵⁵ Rodolfo Kusch, *América profunda*, Bs. As., 1986.

mática urbana, enfrentada a la desarmonía de sus marginados, que son más o menos feos y sucios, casi como el estereotipo del criminal atávico lombrosiano. Nuestro margen mismo es pintado como atávico —conforme a la tradición del paradigma lombrosiano o neo-colonialista racista— y de ese modo se estigmatiza cualquier “pensar a la intemperie” en el margen, siendo los mismos intelectuales del margen los primeros en denunciarlo, como modo de no contaminarse y seguir obteniendo la aprobación de los controles de calidad de las agencias centrales. Por ello que, la difícil situación que genera este “pensar a la intemperie” marginal, con frecuencia produce un “vértigo” que puede llevar a los autores de esfuerzos de esta naturaleza a asirse a posiciones completamente antagónicas y negadoras de las propias bases de su pensamiento más productivo.

Si el “pensar a la intemperie” en el centro ha generado fenómenos de esta naturaleza —piénsese, por ejemplo, en el primer impulso de entusiasmo por el fascismo de Berdiaev y en el mucho más dramático nazismo de Heidegger⁵⁶—, es de imaginar cuanto mayor es el riesgo en el margen, pudiéndose recordar, como ejemplo demostrativo, la involución ideológica de Vasconcelos.

Creemos que la única garantía de que no se pierda en el vértigo un pensamiento realista marginal es que se asiente firmemente en la priorización de la persona y, como dato óntico elemental de ésta, en la vida humana (por ende, en el prioritario disvalor de la destrucción de la vida humana).

La base antropológica de este saber es indispensable para eludir el peligro del vértigo, razón por la cual, a este respecto, no podemos aceptar el desplazamiento de la antropología fundamental que tiene lugar en Foucault, quien parece reducir al hombre mismo, como sujeto cognoscente, a una creación del poder.

De cualquier modo, esta base fundamental (esta antropología elementalísima) sería una primera plataforma o asi-

⁵⁶ Recientemente ha provocado un inusitado revuelo —no del todo justificado— en la intelectualidad europea el libro de Víctor Fariás, *Heidegger e il nazismo*, Torino, 1988.

dero filosófico desde el cual lanzarse a pensar a la "intemperie" y del cual tomarse en los momentos de tempestad susceptibles de generar vértigo, pero que halla hoy una *reafirmación positivizada en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como anhelo de la comunidad internacional.*

5. El realismo marginal en criminología y en derecho penal. El realismo marginal desde el que pretendemos ensayar una respuesta, puede abarcar tanto la dimensión criminológica, como la político-criminal o la jurídico-penal.

En lo *criminológico* nos permitiría acercarnos a los mecanismos y efectos de la realidad operativa de nuestros sistemas penales con una clara y confesa intencionalidad, que sería la de buscar el saber necesario para disminuir sus niveles de violencia en forma inmediata y para suprimirlos en forma mediata o como objetivo o estrategia "utópica" (en el sentido positivo de lo "no realizado" y no en el negativo de lo "no realizable").

No creemos en la separación de la criminología y la política criminal, porque todo saber criminológico está previamente delimitado por una intencionalidad política (o "político-criminal" si se prefiere). La criminología no es, a nuestro juicio, "una" ciencia, sino el saber —proveniente de múltiples ramas— necesario para instrumentar una decisión política, cual es la de salvar vidas humanas y disminuir la violencia política en nuestro margen y, algún día, llegar a la supresión de los sistemas penales y a su reemplazo por formas efectivas de solución de los conflictos, si es que necesitan ser resueltos, puesto que no todos los conflictos necesitan resolverse ni existe sociedad que tenga capacidad para resolverlos todos⁵⁷.

La *dimensión jurídico-penal del realismo marginal* parece ser más complicada, porque el discurso jurídico-penal queda deslegitimado con la deslegitimación del sistema penal mismo. Sin embargo, esto no impide la construcción de un nuevo discurso jurídico-penal, que acepte la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal y que se limite a pautar las decisiones de las agencias judiciales con el mismo objetivo político de reducir la violencia, tomando en cuenta la infor-

⁵⁷ Cfr. Mathiesen, op. cit.

mación criminológica acerca de la operatividad real de los sistemas penales. El punto de partida para la nueva construcción sería proporcionado por las estructuras lógico-reales, que permiten trascender los límites de la aplicación que de ellas hiciera Welzel y descubrir un *concepto óntico de pena*.

En los dos capítulos siguientes nos ocuparemos de esta parte del programa que trazamos en este ensayo, siendo nuestro propósito aquí limitarnos a adelantar brevemente que el realismo marginal que proponemos pretende brindar una aproximación a la realidad objetiva del sistema penal que, a través de las estructuras lógico-reales, pueda servir también de base a un nuevo discurso jurídico-penal que pauté las decisiones de las agencias judiciales como parte de una táctica orientada hacia la misma estrategia que delimita el campo del saber criminológico.

En este sentido, *el realismo marginal, en lugar de eliminar la etización del derecho, etizaría por igual a la criminología y al derecho penal, en base a una decisión ético-política priorizadora de la vida humana como valor y de la muerte como disvalor.*

6. ¿Podría extenderse el análisis realista marginal a los planteos centrales? Con el realismo marginal, tratamos de aproximarnos a una realidad de poder y extraer las reglas para disminuir su violencia y, por supuesto, no podemos menos que hacerlo teniendo en cuenta el marco social en que tiene lugar esa realidad.

Sin embargo, no podemos dejar de observar que, si bien los sistemas penales cumplen funciones parcialmente diferentes en el centro y en la periferia, hay aspectos que son estructurales a ambas formas de ejercicio del poder (la selectividad, la compartimentalización de las agencias, la criminalización, los estereotipos, etc.), aunque en sus modalidades operativas concretas difieren (mucha mayor violencia operativa en el margen), como lógico resultado, reiteramos, de que un control social orientado a *la contención de grupos extranjeros y al condicionamiento para el consumo de lo que no es necesario para vivir*, inevitablemente debe operar de un modo diferente al de un control social orientado a *la contención de quienes quieren consumir lo que necesitan para vivir.*

Pero además de estos caracteres estructurales comunes y de las necesarias diferencias operativas, no es posible olvidar que ambos son manifestaciones de un mismo alineamiento de agencias que se traduce en un único ejercicio de poder planetario, es decir, que ambos son parte de una "red de poderes" que sostiene una injusticia social transnacionalizada en función de la división internacional del trabajo, que para nada tiene en cuenta la *dimensión ética de la interdependencia de los pueblos* y que se acentúa en perjuicio del "sur subdesarrollado"⁵⁸. En definitiva, pues, el "norte" participa de la misma red de poder que el "sur". sólo que el primero ocupa el centro y el segundo el margen.

Las teorías centrales referidas al sistema penal y sus construcciones jurídicas, desde esta perspectiva, también son "provincianas", de modo que una visión del mismo complejo de poderes desde una óptica diferente (marginal), creemos que puede enriquecer su propio conocimiento acerca de un hecho de poder que casi siempre han observado desde una "única cara de la luna". No nos cabe duda que una perspectiva marginal estaría en condiciones de sumar una nueva visión angular que permita acercarse más al hecho de poder a nivel planetario.

Es muy posible que esta explicación guarde cierta similitud con la leyenda budista de los ciegos a los que se les preguntaba qué era un elefante y cada uno de ellos respondía según la parte del paquidermo que tocaba⁵⁹. Un realismo marginal no implica un aislamiento teórico, sino una nueva perspectiva teórica ensayada desde *otro punto del poder*, una *crítica* y una *respuesta* desde *otro momento del poder*, teniendo siempre presente que la red de poder es la misma.

En síntesis, un realismo marginal puede:

⁵⁸ Estos son hoy conceptos acerca de los cuales no hay mayor discusión en casi todos los campos, incluso en el eclesiástico. V. por ejemplo, *Solicitud rei socialis*, *Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II al cumplirse el vigésimo aniversario de la Populorum Progressio*, Bs. As., 1988.

⁵⁹ V. Udana. *La Palabra de Buda*, trad. de Carmen Dragonetti, Barcelona, 1982.

a) *revelar más nítidamente los caracteres estructurales de todo sistema penal, dado que en nuestro margen son más evidentes, en razón de su mayor nivel de violencia;*

b) *mostrar más claramente cómo opera la red de poder planetario al señalar las particularidades de su ejercicio de poder en el margen.*

VII. POSIBILIDAD DE RESPUESTA POLITICO-CRIMINAL DESDE EL REALISMO MARGINAL

1. **Tácticas y estrategia.** Tal como la entendemos, la criminología lleva ínsitos objetivos político-criminales. No obstante, no podemos ignorar que la realización de los mismos *depende de la decisión mucho más amplia de protagonizar una aceleración histórica* y no una nueva actualización que nos someta al tecno-colonialismo, como una nueva etapa de dependencia genocida (sería la tercera en cinco siglos).

Por sobre las desarmonías y mal entendidos que puedan demorar esa empresa, las circunstancias políticas nos impulsan hacia ese camino de política general en la región. Marchando de conformidad con un programa político más amplio, una criminología enmarcada en el realismo marginal permitiría señalar sucesivos objetivos estratégicos, tendientes a reducir el ejercicio de poder del sistema penal y a reemplazarlo por formas efectivas de solución de conflictos.

Sin duda, el objetivo más inmediato debe ser la reducción del número de muertes y la generación de espacios de libertad social que permitan la reconstrucción de vínculos comunitarios pese a la concentración urbana. Ambos objetivos están íntimamente vinculados, pues si no se logra descender el nivel de violencia del sistema penal (neutralizando de este modo la acción del principal instrumento de disolución comunitaria) no puede reconstruirse la comunidad.

Las tácticas para lograrlo son relativamente sencillas, a condición de que las agencias políticas no pierdan el rumbo. En primer lugar, es necesario introducir *un discurso diferente y no violento* en las usinas reproductoras de la ideología del sistema penal (en las universidades y centros de nivel ter-

ciario). Por otra parte, cabe tener en cuenta que *es clave la neutralización del aparato de propaganda violenta del sistema penal, o sea, la introducción de mensajes diferentes en los medios masivos*. Esto se puede obtener mediante la producción local de material para comunicación de entretenimientos con requerimientos de roles menos violentos, no psicóticos ni paternalistas, para los operadores de los sistemas penales, pudiendo protegerse este material como se lo hace con cualquier otro producto de la industria nacional (créditos, prohibición de emitir más de cierto porcentaje de series importadas, etc.).

En segundo lugar, las noticias pueden ser sometidas a un control técnico, que evite su difusión televisada en forma que provoque o implique meta-mensajes reproductores o instigadores públicos de violencia, de delito, de uso de armas, de conductas suicidas o de consumo de tóxicos.

No nos cabe duda de que este control técnico sería atacado como lesivo de la libertad de expresión. Sin embargo, la libertad de expresión consiste en la libre circulación de las ideas y amplio derecho a la información, pero las ideas pueden circular libérrimamente sin que eso sea incompatible con la protección de la producción nacional, la creación de fuentes de trabajo y el ahorro de divisas, y el amplio derecho a la información no se limita cuando no se impide la circulación de las noticias, sino que se prohíbe inventar hechos violentos que no ocurrieron, mostrar por televisión cadáveres destrozados, explotar el dolor ajeno sorprendiendo declaraciones a las víctimas desoladas y desconcertadas, violar la privacidad de víctimas humildes y otros recursos análogos, como incitación a la rencilla entre vecinos de barriadas populares, inventar pseudo-especialistas en materias que desconocen totalmente, presentar a profesionales desconocidos como catedráticos, etc., es decir, la propalación de mensajes irresponsables que constituyen una deslealtad comercial con el simple objeto de obtener *rating*, en una competencia viciada que se vuelve normal en la región. Hemos llegado a grados tan aberrantes al respecto que quien logra filmar un homicidio o un suicidio salta a la fama, lo cual no parece tener mucho que ver con el derecho a dar o recibir información.

El argumento frecuentemente usado por los operadores y manipuladores de los medios masivos, conforme al cual el *rating* sube porque el público quiere consumir las notas y mensajes violentos, no resiste el menor análisis: no es posible tolerar la televisación de todo lo que suba el *rating* y de hecho no se lo tolera. Si alguna actriz famosa autorizase la televisación de su matrimonio, con la noche de bodas completa, el *rating* sería altísimo, pero nadie sostiene que la intolerancia de ese espectáculo afecta la libertad de información.

No se trata a este respecto de ninguna cuestión de moral trasnochada, porque si un adulto quiere presenciar la noche de bodas completa de la actriz y ésta cobra entrada por permitírsele, por aberrante que pueda parecernos, no hay ningún problema en que lo haga, pero lo que no se tolera es que se nos imponga el espectáculo como parte de un servicio de noticias en que la degradación de la información obligaría a los competidores a descender al mismo nivel de aberración, con el agravante de que es bien conocido el efecto reproductor de violencia de esos mensajes (la producción de "epidemias de suicidios", generalización de la tenencia de armas, homicidios intra-familiares, homicidios por error, etc.).

En cuanto a las campañas de "ley y orden", la única respuesta es la contra-campaña, usando los mismos medios, rectificando las noticias, demostrando la falsedad de la invención y la dimensión del fenómeno que se quiere mostrar como emergente cuando generalmente es usual, etc.

En la medida en que no se encare una política criteriosa respecto del aparato de propaganda del sistema penal, no habrá forma de disminuir la violencia ni de modificar el sistema penal ahorrando vidas humanas.

2. La intervención mínima como táctica. Es obvio que la disminución de la intervención penal por la vía de la des-criminalización, la "divertion" y el principio de oportunidad procesal es uno de los caminos que posibilitan la disminución de la violencia del sistema penal, *pero siempre que la renuncia a la intervención del sistema penal no sea un recurso formal para restar materia a la agencia judicial y aumentar el poder de las otras agencias.* Debe tratarse de la renuncia a

la intervención punitiva en la forma de *real renuncia al modelo punitivo ónticamente considerado*.

Aunque precisaremos el concepto más adelante, digamos que la tendencia a la mínima intervención del sistema penal, como táctica de progresiva disminución de la intervención penal, sólo es admisible en la medida en que los conflictos se sustraigan a la programación decisoria por el modelo punitivo para proporcionarle otra solución por la vía de un modelo diferente de solución de conflictos (reparador, conciliatorio, etc.) o para dejarlo librado a instancias informales, *pero jamás en el caso en que únicamente se suprima la intervención de la agencia judicial o las garantías del derecho y del proceso penales y en la realidad se siga aplicando un modelo punitivo con una pena en sentido óntico*. Este fenómeno, que en nuestro margen tiene lugar con las contravenciones, con los menores, con los enfermos mentales, etc., no es una intervención mínima, una decriminalización ni una renuncia al sistema penal, sino un recurso perverso para aumentar el poder represivo y configurador del sistema penal.

Una premisa elementalísima de cualquier política criminal destinada a reducir la violencia del sistema penal es que las agencias judiciales no toleren que se les sustraiga materia penal con cualquier pretexto, para que quede librada a otras agencias punitivas, sino que, por el contrario, deben recuperar la materia penal que se les ha sustraído con discursos perversos.

3. **“Reformismo” y “radicalismo”**. En los últimos años se ha descalificado como “reformista” toda propuesta que no alcance los niveles de transformación sostenidos por quien aplica peyorativamente el vocablo.

Al “reformismo” se le opone el “radicalismo”, a las propuestas “reformistas” las propuestas “radicales”, pero los límites entre unas y otras no quedan claros.

Es claro que, en un extremo hay propuestas que parecen pertenecer al “despotismo ilustrado”, a un “cambiar todo para que no cambie nada”, en tanto que en el otro extremo aparecen posiciones que llevan la crítica a una transformación total de la sociedad en función de modelos diferentes.

Al menos, en el expresado sentido, entendemos que la posición que postulamos no puede ser calificada como “reformismo” peyorativo, pues partimos de la admisión de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal, de la incompatibilidad del discurso de justificación del sistema penal con los Derechos Humanos, de su instrumentación neo y tecno-colonialista y de su caracterización como elemento de disolución comunitaria. Reconocemos también la legitimidad de los discursos que postulan la abolición total o casi total del sistema penal. En modo alguno creemos que pueda imputarse “reformismo” peyorativo a nuestra propuesta, por la simple razón de que postule una acción inmediata en el campo del discurso jurídico; rechazamos frontalmente cualquier imputación en este sentido, porque justamente lo que proponemos es salir de la impotencia crítica.

TERCERA PARTE:

**LA CONSTRUCCION DEL DISCURSO
JURIDICO-PENAL DESDE EL REALISMO MARGINAL**

CAPÍTULO QUINTO:

UN MODELO CONSTRUCTIVO PARA EL DISCURSO JURIDICO-PENAL NO LEGITIMANTE: EL DERECHO PENAL HUMANITARIO DEL MOMENTO DE LA POLITICA

I. BASES PARA SU ESTRUCTURACION. 1. Clasificación de los elementos del discurso legitimante. 2. ¿Puede construirse un discurso jurídico-penal limitado a la función pautadora decisoria, que sea racional y no legitimante? — II. PAUTAS GENERALES PARA UN EJERCICIO DE PODER LEGITIMO FRENTE A UN HECHO DE PODER DESLEGITIMADO. 1. ¿Puede haber un discurso jurídico-penal racional frente a un sistema penal deslegitimado? 2. El derecho penal y el derecho humanitario como recíprocas prolongaciones. — III. LINEAMIENTOS DEL DISCURSO DE PAUTACION DECISORIA. 1. Reconstrucción del concepto de "pena". 2. Establecimiento del horizonte de proyección del discurso jurídico-penal. 3. Concepto del derecho penal así delimitado. 4. Una nueva etización del derecho penal. 5. El discurso jurídico-penal re-etizado como discurso de contradicción. — IV. LAS GARANTIAS PENALES EN UN DISCURSO JURIDICO-PENAL RACIONAL. 1. La deslegitimación de la guerra y del sistema penal. 2. Particularidades diferenciales de los campos penal y jshumantario. 3. La función de la agencia judicial. 4. Un nuevo sentido para las garantías penales. 5. Las garantías como límites máximos de irracionalidad. 6. El discurso jurídico-penal y el "standard" obtenido por la agencia judicial. 7. Mención y perspectivas de los principales principios penales limitadores inacabados. — V. PRINCIPIOS PARA LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA POR CARENCIA DE ELEMENTALISIMOS REQUISITOS FORMALES. 1. Principio de reserva de ley o de exigencia del máximo de legalidad en sentido estricto. 2. Principio de máxima taxatividad. 3. Principio de irretroactividad. 4. Principio de máximo de subordinación a la ley penal sustantiva. 5. Principio de representación popular. — VI. PRINCIPIOS PARA LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA POR EXCLUSION DE SUPUESTOS DE DISFUNCIONALIDAD GROSERA PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 1. Principio de limitación máxima de la respuesta contingente. 2. Principio de lesi-

vidad. 3. Principio de mínima proporcionalidad. 4. Principio de respeto mínimo a la humanidad. 5. Principio de idoneidad relativa. 6. Principio limitador de la lesividad a la víctima. 7. Principio de trascendencia mínima de la intervención punitiva. — VII. PRINCIPIOS PARA LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA POR EXCLUSION DE CUALQUIER PRETENSION DE IMPUTACION PERSONAL EN RAZON DE SU NOTORIA IRRACIONALIDAD.

I. BASES PARA SU ESTRUCTURACION

1. **Clasificación de los elementos del discurso legitimante.** a) El ejercicio de poder verticalizante —propio de la sociedad industrial— se racionaliza mediante el discurso justificador del derecho penal, o sea que éste cumple una *función legitimante de todo el sistema penal* (y no sólo de la agencia judicial). La transculturación neo-colonialista, propia de la característica modernizadora incorporativa de la civilización industrial, nos trajo ese discurso jurídico-penal a la periferia, donde hasta hoy continuamos empleando los mismos discursos legitimantes, pese al diferente ejercicio de poder de los sistemas penales marginales.

El primer grupo de elementos discursivos del derecho penal legitimante son, precisamente, los *componentes legitimantes del discurso*.

b) Pero el discurso jurídico-penal no se agota en su función legitimante: también cumple una *función pautadora de reglas generales para decisiones de la agencia judicial*. Toda construcción dogmática tiende a la pautación de reglas para hacer previsible y racional el ejercicio del poder de los juristas, es decir, para decidir de modo no contradictorio en los conflictos que las agencias ejecutivas del sistema penal seleccionan y someten a la decisión de la agencia judicial.

Como el discurso jurídico-penal pretende cumplir ambas funciones (la legitimante y la pautadora), es posible distinguir en él componentes *legitimantes* y *pautadores*, pero sin perder de vista que ambos están íntimamente vinculados, pues la función legitimante subordina a la pautadora hasta el punto de que la segunda queda completamente inmersa en la primera.

Los componentes legitimantes deben comenzar por asignarle una *función a la pena*, que pretende ser *racional* y estar sometida a la *legalidad*. Según sea la función que se asigne a la pena, se procede a derivar deductivamente de ella toda una construcción teórica que abarca los componentes pautadores, con lo cual cada teoría de la pena se convierte en una teoría del derecho penal¹. De este modo, cada justificación o legitimación de la pena es una teoría del derecho penal, que abarca la totalidad de la función pautadora y la subsume, dado que ésta se limita a derivarse *deductivamente* como proyecto o planificación del ejercicio de poder de la agencia judicial.

De allí que la intervención en los pocos casos que la agencia judicial debe decidir —por selección de las agencias no judiciales— se pauten conforme a categorías abstractas que impiden los contactos con la realidad conflictiva social en la que debe decidir. El conflicto social —y cada delito es un conflicto social— se pierde, como ya por definición está perdida una “parte” del conflicto (con la supresión de la víctima como protagonista) en una pautación decisoria que sólo puede manejarse con abstracciones deductivamente encadenadas a las necesidades de la función legitimante (o justificante) del sistema penal.

Resulta, pues, imposible construir un discurso en que las pautaciones decisorias (esto es, la función de proyectar jurisprudencia, o sea, de planificar el ejercicio del poder de los juristas), resulten racionales, dado que estas pautaciones no pueden tomar en consideración (incorporar al discurso) los datos de la realidad social, puesto que están obligadas a permanecer deductivamente vinculadas (en posición deductivamente servil) a los componentes justificantes, que son falsos, porque deben acudir a falsedades para pretender legitimar lo que no es legítimo, o sea, todo el ejercicio de poder del sistema penal. *El discurso jurídico-penal legitimante del sistema penal nunca puede cumplir la función de pautar la mejor decisión frente al conflicto, sino sólo la deductivamente más adecuada a la premisa legitimante del ejercicio de poder*

¹ Cfr. Eberhard Schmidt, *La ley y los jueces*, en Radbruch-Schmidt-Welzel, “Derecho injusto y derecho nulo”, Madrid, 1971, pág. 28.

del sistema penal que previamente se ha escogido con alguna de las "teorías de la pena".

El *servilismo deductivo de los elementos pautadores respecto de los elementos legitimantes* se pone claramente de manifiesto cuando se contempla el ideal de cualquier construcción dogmática: tratan de plantearse todas las hipótesis conflictivas y de pautar sus decisiones, sin tomar en cuenta si tales hipótesis alguna vez se presentan o si no son alcanzadas por el poder del sistema penal, no se resuelven, se resuelven por vías informales o las resuelven otras agencias.

La explicación última de esta característica estructural de los discursos jurídico-penales de justificación radica en que el "modelo penal", desde la expropiación irreversible del derecho de la víctima y de la consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que representa los intereses del "soberano" o por el mismo juez, es decir, desde los siglos XII o XIII, no es un modelo de solución de conflictos. La agencia judicial puede *decidir* en los conflictos que por selección de las otras agencias le llegan, pero no puede *solucionar* esos conflictos (salvo por azar). De allí la funcionalidad de un discurso legitimante que le brinde un aparato de *pautas decisorias* que, a través de la racionalización justificadora, asuman la apariencia de *pautas de soluciones*.

c) Un tercer grupo de elementos del discurso dogmático-penal legitimante está compuesto por *elementos negativos* que lo recortan.

Todo saber se expresa conforme a un discurso que señala sus límites y se manifiesta en un sistema de comprensión del contenido así delimitado; ese es el "horizonte de proyección"² de un saber u "ontología regional" (delimitación de un campo del ser).

Por regla general, como *el ser* no admite estas divisiones, sino que las impone la limitación de la posibilidad de conocimiento humano, los horizontes de proyección estallan y generan nuevos horizontes o "revoluciones epistemológicas". El discurso jurídico-penal es sumamente cauto, tan prudente a

² Cfr. Wilhelm Szilasi, *¿Qué es la ciencia?*. México, 1970.

este respecto, que se halla precedido de una serie de *recortes* que evitan cuidadosamente el estallido de su horizonte de proyección.

El *ámbito de "lo penal"* lo delimita la *pena* y el concepto de "pena" se define por un acto de bautismo legislativo, o sea, que es la agencia legislativa (o política) la que decide el horizonte de proyección del saber penal. Un hecho de poder de la agencia legislativa decide, pues, lo que queda dentro y lo que queda fuera del saber penal, del discurso jurídico-penal.

Por supuesto que lo que queda fuera del discurso, porque a la consecuencia jurídica que priva de derechos se decide no llamarle "pena", queda fuera del conocimiento —y del ejercicio de poder— de la agencia judicial penal, o sea, excluida del poder de los juristas (generalmente se incorpora al discurso administrativo y pasa al ejercicio de poder de las agencias no judiciales). El discurso jurídico-penal se esfuerza por racionalizar estos "recortes" en forma tal que le permitan conservar su horizonte de proyección y no entrar en conflicto con el ejercicio de poder de las agencias no judiciales.

La función de los *elementos negativos* del discurso jurídico-penal es altamente legitimante del sistema penal, porque *reduce el ejercicio de poder de la agencia judicial* en forma aparentemente racional, con lo cual, al mismo tiempo, *legitima el ejercicio de poder de las restantes agencias y mantiene estagnizado el saber penal*, al congelar su horizonte de proyección.

Son elementos altamente funcionales a las agencias judiciales burocratizadas, dado que les ahorran esfuerzos y les evitan conflictos. De esta manera, el ámbito de "lo penal" (horizonte de proyección del saber jurídico-penal) se halla a merced de los condicionamientos "epistemológicos" generados por el poder de las agencias.

Hay *elementos negativos más o menos estructurales*, o sea, más o menos necesarios para preservar el poder verticalizador militarizado de las agencias no judiciales, y *elementos negativos coyunturales*, que son los que facilitan o amplían ese ejercicio de poder, según la presión que ejerzan las agencias

no judiciales, la decisión de las agencias políticas o la debilidad o vocación burocrática de la agencia judicial.

La clara función que cumplen estos elementos negativos permite comprender que el discurso político-penal convencional procura la legitimación por una doble vía: por la *positiva*, al tratar de dotar a la pena de una función racional y deducir de ella un sistema de pautas decisorias con apariencia de soluciones; por la *negativa*, al reconocer como racionales los límites que le impone el conjunto de agencias restantes y legitimar por esta vía su ejercicio de poder.

2. ¿Puede construirse un discurso jurídico-penal limitado a la función pautadora decisoria, que sea racional y no legitimante? El más elemental sentido de realidad impone una *rectificación radical* del discurso jurídico-penal.

Como primera tarea, se reconoce la urgencia de *determinar el ámbito del saber penal en base a datos ciertos, que lo sustraigan al arbitrio del ejercicio de poder de las agencias legislativas.*

Además, si se reconoce la deslegitimación del sistema penal, resulta primario *eliminar el discurso de justificación de la base de cualquier construcción dogmática y sostenerla también sobre datos de realidad.* El discurso jurídico-penal así elaborado, se reduciría a la *construcción pautadora de decisiones de la agencia judicial basada en tales datos.* Sería una *planificación del reducido ejercicio de poder de la agencia judicial en forma racional, o sea, un conjunto de pautas decisorias conforme a una estrategia configuradora de una táctica para el ejercicio racional del poder de la agencia judicial (del poder de los juristas).*

Esta es la tarea que se nos impone. El interrogante será si estamos en condiciones de construir este discurso sin caer en un reduccionismo sociológico o en un mero arbitrio del poder, es decir, si podemos generar una verdadera *construcción pautadora.*

Nuestra respuesta es afirmativa, siempre que por "construcción" entendamos una *ideología coherente, un conjunto de límites y pautas que puedan comprenderse en forma no contradictoria y una vía de acceso a la realidad como control*

permanente del acierto decisivo. Si por “construcción” entendemos un modelo “cerrado”, detallado, preciosista, inmodificable o poco menos y capaz de responder a todos los interrogantes “ya y ahora”, obviamente que esa “construcción” sólo la puede llevar a cabo un idealismo que estará más cerca de lograrlo cuanto más solipsista se manifieste.

Una construcción realista siempre tiene la cuota de incerteza que le da su conexión con el mundo, donde todo es inacabado y en permanente devenir. La construcción idealista siempre tendrá la ventaja de una mayor capacidad de respuesta segura, pero cuyo nivel de seguridad se implementará en razón directa al grado de delirio bien sistematizado que alcance a desarrollar.

Por otra parte, entendemos que es posible esta construcción sin apelar a elementos normativos “meta-jurídicos” en el sentido de una supralegalidad o de un jusnaturalismo. Se trata de construir un discurso jurídico-penal que realice los objetivos que señalamos *al interpretar la ley* con elementos positivizados, como son *la Constitución, los Tratados Internacionales y la ley* (en sentido estricto o formal).

3. La incorporación no reduccionista de los datos ónticos. Las discusiones jusfilosóficas han girado siempre sobre la relación “hecho-valor”, por lo cual, pretender sintetizarlas resulta imposible. Muy simplistamente, sin embargo, puede afirmarse que las diferentes posiciones son susceptibles de una clasificación primaria, en la que pueden distinguirse teorías *realistas* e *idealistas*. Si bien la clasificación puede aparecer como insuficiente debido a algunas posiciones personales de difícil o dudosa ubicación en la misma, cumple una función orientadora.

El círculo de las teorías “realistas” lo integrarían las versiones que se inclinan por el criterio de que el valor jurídico (o el disvalor) no altera la estructura del objeto valorado, que es anterior e independiente del mismo, en tanto que en las teorías “idealistas”, el valor cumplirá una cierta función “creadora” respecto del objeto que toca.

El idealismo tiende a generar un “mundo del jurista”, que le otorga una mayor seguridad, puesto que sustrae al

mismo del permanente devenir y de lo inacabado propio del mundo real, aislándolo de los debates acerca del mismo. El realismo es un camino que proporciona respuestas menos absolutas, más contingentes y casi siempre provisorias.

El jurista parece inclinarse casi siempre por el primer camino, que le permite construcciones teóricas cuya "estética jurídica" comparte los valores de la arquitectura autoritaria, que no por azar domina con su monumentalismo frontalista en casi todos los "palacios de justicia" de occidente. El realismo carece de esa "seguridad", pero tiene la ventaja de valorar un mundo no articulado a la medida de las necesidades del valor (o, lo que es lo mismo, del sujeto valorante).

Cabe advertir, por cierto, que hay grados de realismo y de idealismo, en cuyos extremos pueden ubicarse los reduccionismos (sociologismo, economicismo, historicismo, biologismo, etc.) y los solipsismos.

La gama considerable de neo-kantismos filosóficos permitió su paso al derecho penal en distintas versiones, que representaron diferentes medidas de idealismo, posibilitantes del desarrollo del positivismo jurídico y de la admisión de la omnipotencia legislativa.

El advenimiento del nazismo, del fascismo y del stalinismo en Europa, dio lugar en Alemania Federal a un movimiento jusfilosófico de post-guerra que, para eludir la omnipotencia legislativa, propugnaba una vuelta a la "naturaleza de las cosas". Se trató casi de una actitud generalizadora de rechazo al positivismo jurídico a ultranza, pero en modo alguno de una corriente unitaria, pues abarcó desde posiciones harto prudentes hasta nuevas versiones de varios jusnaturalismos de los siglos anteriores. Uno de los primeros impulsos en el sentido señalado, como es bien sabido, lo dio Gustav Radbruch³.

³ Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, 1945; *Gerechtigkeit und Gnade*, 1949; *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946, todos en *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970; en castellano, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, trad. de Ernesto Garzón Valdez. Córdoba, 1963.

Entre las múltiples tendencias que albergó esa actitud generalizada ⁴, hubo una que, por su prudencia, fue considerada como un “programa mínimo” dentro del panorama total del pensamiento de la “naturaleza de las cosas” ⁵ y que tuvo singular fortuna en el campo del saber jurídico-penal: la *teoría de las estructuras lógico-reales (sachlogischen Strukturen)* ⁶.

La teoría de las estructuras lógico reales fue llevada al discurso jurídico-penal, pero limitando su aplicación a la teoría del delito, donde produjo considerables cambios y generó una larga polémica que trascendió ampliamente las fronteras alemanas.

No es necesario que reiteremos aquí la misma, puesto que es conocida en nuestro margen desde hace casi tres décadas. El artífice alemán de ella fue, obviamente, Hans Welzel. No obstante, el pensamiento jurídico-penal alemán post-welzeliano incorporó, como componente que parece ya casi irreversible, la estructura compleja del tipo penal (ubicación de dolo y culpa como estructuras típicas), pero abandonó el fundamento welzeliano de las estructuras lógico-reales, que prácticamente no se mencionan en la doctrina actual. El movimiento de “vuelta al realismo” en el discurso jurídico-penal, que tanto ímpetu tuviese hasta la década de los años sesenta, se opacó y llegó casi a desaparecer en los últimos veinte años.

Este fenómeno es susceptible de diferentes lecturas y, de hecho, ellas han tenido lugar. Se ha afirmado que la teoría se “agotó” y que fue descartada por infecunda; se ha sostenido también que toda referencia al “ontologismo” es reaccionaria

⁴ Un amplio panorama en Luis Recaséns Siches, *Experiencia jurídica. naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, 1971.

⁵ Así, Alessandro Baratta, *Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimi dieci anni*, en “Anuario Bibliografico di Filosofia del Diritto”, Milano, 1968, pág. 227; del mismo, una versión de las distintas corrientes, muy bien sintetizada, en: *Natur der Sache und Naturrecht*, en “Die ontologische Begründung des Rechts”, Darmstadt, 1965; *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en “Fest. f. Erik Wolf”, pág. 137; *Rechtspositivismus und Gesetzpositivismus*, en ARSP, 1968, LIV/3, pág. 325; *La teoria della natura del fatto alla luce della “nuova retorica”* en “Annali della Facoltà Giuridica, Università degli Studi di Camerino”, Milano, 1968, pág. 39.

⁶ Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975.

y autoritaria; se la criticó como “jusnaturalismo” metafísico; no faltó la observación de que, en definitiva, es una antropología filosófica. Por regla general, se la mete en el mismo saco con todas las restantes corrientes del heterogéneo conjunto de la *Natur der Sache* (que son irreducibles a una única formulación en razón de la ya señalada disparidad) y se la archiva en el gran fichero de ruinas de sucesivos jusnaturalismos.

No es del caso reiterar aquí la exposición detallada de la teoría de las estructuras lógico-reales⁷, pero debemos recordar algunos de sus principales rasgos, en la medida necesaria para nuestro propósito actual.

Esta teoría se presenta como la antítesis de la versión del neo-kantismo que sólo hace racionalmente accesible el mundo a través del valor: frente a la función creativa que el valor asumía en esas versiones neo-kantianas, la teoría de las estructuras lógico-reales afirma que el derecho, cuando se refiera a cualquier ente, debe reconocer que éste está inserto en un cierto orden, que el mundo no es un “caos”, y que el conocimiento jurídico, como todo conocimiento, no altera el objeto de conocimiento. Si el derecho quiere actuar sobre un ámbito de la realidad, debe reconocer y respetar la estructura óptica de ese ámbito y no inventarla, porque en tal caso regulará otra cosa u obtendrá otro resultado.

Cuando el legislador desconoce las estructuras lógico-reales, no siempre por ello deja de producir derecho, sino que se limita a cargar con las consecuencias políticas de su error: si el legislador —o el jurista idealista— pretenden definir a las vacas “en sentido jurídico” como una suerte de perros grandes, negros, con enormes colmillos y que aúllan en las estepas, puede hacerlo, por supuesto; sólo que cargará con las consecuencias cuando pretenda ordeñar un lobo.

Hay, sin embargo, algunas estructuras lógico-reales fundamentales, que el legislador no puede quebrar sin dejar de producir derecho: el legislador —o el derecho, si se prefiere— pretende regular conducta humana a través de un sistema de conminaciones sancionatorias. El mero impedimento físico no

⁷ Sobre ellas, v. el T. II de n. *Tratado de Derecho Penal*.

es derecho. De allí que esto presuponga que se dirige a una persona, o sea, a entes capaces de *autodeterminarse*. El desconocimiento de esta estructura lógico-real presupone la quiebra del derecho, porque el mero ejercicio de fuerza, como es obvio, no puede identificarse con el derecho.

Por nuestra parte, agregamos otra estructura fundamental que el legislador no puede quebrar —y que está en cierto modo presupuesta en la anterior— que es la que lo vincula a las leyes físicas.

La teoría de las estructuras lógico-reales nos permite afirmar que el derecho no es un ente ideal, algo como un círculo, que cuando no es perfecto no es círculo, sino un instrumento o herramienta que, como un martillo, puede ser defectuoso, liviano, estar quebrado, etc., pero que sigue siendo “martillo” hasta que, si se lo reduce a un trozo de mango, deja de ser tal.

Pero esto no implica ningún jusnaturalismo en sentido idealista, o sea, no pretende construirse partiendo de la visión iluminada de una supuesta “ley superior” que nos permita acceder deductivamente a un sistema completo de “cómo debe ser el derecho”. Si algún resto de jusnaturalismo idealista puede haber en esta teoría sería lo que alguien ha calificado como “jusnaturalismo negativo”: no sirve para decirnos cómo debe ser el derecho, sino para decirnos qué no es derecho⁸.

Si la entendemos en este sentido, resulta infundada la crítica que afirma que es una teoría reaccionaria y autoritaria. Puede ser “reaccionaria y autoritaria” la forma que el jurista pretenda que tiene el orden de la realidad en que quiere asentar el límite al legislador. Es verdad que los diversos órdenes del mundo real no son unívocos, *porque también son resultado de saberes-poderes* y el jurista puede ubicar un dato conforme a una interpretación o versión del orden del mundo muy particular y arbitraria; pero mucho peor y más autori-

⁸ Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971. pág. 240. Es interesante señalar que una idea muy próxima a la de este “derecho natural en sentido negativo” fue concebida hace más de un siglo por uno de los juristas latinoamericanos más creativos, Tobías Barreto, quien la sintetizaba afirmando que “no hay un derecho natural, sino una ley natural del derecho” (*Introdução ao Estudo do Direito*, en “Obras Completas”, Edição do Estado de Sergipe, 1926, VII, pág. 38).

tario sería pretender que el legislador pueda cerrar o impedir cualquier debate, reconociéndole el poder de inventar el mundo.

Pretender que la “seguridad jurídica” la provee la potestad legislativa de “inventar el mundo”, porque de esa manera hay “certeza”, es confundir la seguridad jurídica con el bonapartismo o la “seguridad” del acatamiento a la voluntad vertical de las dictaduras (la “seguridad” de la autoridad). Afirmar que el estado moderno es “racional y democrático” y, por ello, impide que el legislador “fabrique el mundo”, es negar la evidencia y desconocer la experiencia histórica en cualquier lugar del planeta ⁹.

Pretender que la teoría de las estructuras lógico-reales es una antropología “metafísica” porque vincula el derecho a la autodeterminación, en razón de que ésta no es verificable empíricamente, es un reduccionismo fiscalista propio del neopositivismo y del viejo positivismo. La autodeterminación *se vivencia en todas las relaciones sociales* y tan metafísica es esta actitud como la del sujeto que nos reprocha a gritos haberle hundido el guardabarros de su automóvil a causa de nuestra impericia en el tránsito; sería “metafísico” el merecido puñetazo que me daría el trabajador que limpia la calle si lo ridiculizó y me insultó; el lenguaje humano, popular y coloquial, está tan altamente enriquecido por esta “metafísica”, que el propio jurista que la niega se vale de ella cuando se refiere a quienes no aceptamos su “evidencia científica”.

La objeción de que esta teoría presupone una antropología filosófica, no sería un obstáculo ni un defecto, sino más

⁹ Esa “certeza jurídica” es la del estado despótico, como bien lo señaló López de Oñate, pues “si es verdad que también un Estado despótico puede aparentemente asegurar la certeza afirmando una voluntad y una sola, es verdad igualmente que esa voluntad sólo es cierta puntual y momentáneamente, y que no tiene —si se entiende rigurosamente el concepto de Estado despótico— constancia alguna. El despotismo que se presente como introducción de una certeza en la vida social, encuentra un límite en la exigencia misma de certeza: lo cual revela que la referencia que hace él a la certeza es puramente ilusoria y engañosa. Una certeza provisional, que puede esfumarse de un momento a otro, es una certeza... por antífrasis” (Flavio López de Oñate, *La certeza del derecho*, trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Bs. As., 1953, pág. 161).

bien un mérito, particularmente cuando se trata de una antropología básica, elemental, "preparatoria" si se prefiere, respecto de otras que pertenecen al ámbito de lo privado en una sociedad pluralista, pero pese a su elementariedad se trataría de una antropología necesaria para establecer bases mínimas de co-existencia. Menos objetable aún parece cuando esa antropología coincide con la antropología jurídica reconocida por la comunidad internacional en los Documentos de Derechos Humanos, como expresión de una conciencia jurídica universal.

Estas breves consideraciones parecen demostrarnos que *el abandono de la teoría no obedece a que la misma se haya agotado y dejado de ser fecunda, sino a otras razones que creemos percibir ahora más claramente, a la luz de la crítica sociológica que deslegitima al sistema penal.*

Welzel enunció su teoría hace algunas décadas y la aplicó al derecho penal en la posguerra; en los años posteriores fue perfeccionando su discurso jurídico-penal conforme a esta teoría. No obstante, cabe reconocer en Welzel una considerable dosis de "aristotelismo" en su captación del orden del mundo, pero esto no invalida en modo alguno sus premisas metodológicas, sino su personal percepción del mundo.

La posición welzeliana provocó un cambio considerable del discurso jurídico-penal en la teoría del delito, pero dejó intacta la teoría de la pena, hasta la cual Welzel no llevó sus "estructuras lógico-reales"¹⁰. *¿Qué pasaría si, en lugar de quedarnos con las modificaciones en la estructura teórica del delito, por meras razones sistemáticas —como se lo hace—, archivando las estructuras lógico-reales, siguiésemos adelante con las mismas y las llevásemos hasta la teoría de la pena? ¿Qué ocurriría si con los datos de realidad de los actuales paradigmas criminológicos intentásemos enfrentar la construcción de una teoría de la pena conforme a las estructuras lógico-reales? Simplemente, se nos produciría una deslegitimación total de las penas y las "medidas de seguridad" tal como las presentaba Welzel y lo sigue haciendo el discurso jurídico-*

¹⁰ Puede verse el desarrollo convencional de su punto de vista al respecto en el parágrafo 32 de *Das deutsche Strafrecht*, 1969.

penal legitimante y, con ello, quedaría en evidencia la falsedad de todo el discurso jurídico-penal legitimante.

Creemos que la teoría de las estructuras lógico-reales *no fue archivada por infecunda, sino porque, aplicada a la teoría de la pena, hubiera deslegitimado al sistema penal y desmistificado al discurso jurídico-penal.*

La teoría de las estructuras lógico-reales es "infecunda" para construir un discurso legitimante del sistema penal en un momento de profunda crítica social, pero la creemos aún muy "fecunda" para construir un discurso que asuma la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal¹¹.

La teoría de las estructuras lógico-reales, por otra parte, no lleva a ningún reduccionismo: simplemente le indica al jurista la necesidad de vincularse y respetar los entes a que se refiere, tal como se dan en los respectivos órdenes del mundo, lo que, como es natural, le remitirá frecuentemente a las disputas acerca de esos órdenes y de las estructuras ónticas del mundo, discusión que es ineludible en la co-existencia y que, como es obvio, no puede eludir cualquier pautaición de la misma.

Buscar la "seguridad" mediante la construcción de un mundo en que todo esté "acabado" y el devenir detenido, es

¹¹ Es curioso que esta teoría sea rechazada y paulatinamente pase a ocupar su lugar el funcionalismo en Alemania Federal; que los soviéticos la rechacen porque permite que el juez haga una interpretación arbitraria y completamente ilimitada del concepto de traición a la patria y de otros delitos, si esa interpretación es favorable a las capas dirigentes de la sociedad, es decir, "a los círculos monopolísticos y vindicativos de la República Federal Alemana" (Zdravomíslav, Schneider, Kéline y Rashkóvskaja, *Derecho Penal Soviético. Parte General*, Bogotá, 1970, pág. 547); que haya sido rechazada por el penalismo español en tiempos del franquismo (con la salvedad de Cerezo Mir y unos pocos); que haya sido rechazada por los penalistas cercanos a los círculos de las dictaduras militares del "cono sur", quienes por lo bajo la catalogaban de "marxista", aunque uno sólo de los más conspicuos representantes del penalismo rioplatense de "seguridad nacional" lo puso por escrito: "Lo cual —se nos ocurre— puede transformar al derecho penal en el paraíso de los doctrinarios de la nueva *Weltanschauung* (sic), resuelta e interpretada según las mentadas verdades eternas, o considerar con argumentos metajurídicos, que el derecho penal es el instrumento técnico para asegurar la *preservación de las masas proletarias*" (Fernando Bayardo Bengoa, *Dogmática jurídico-penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983, pág. 58).

buscar la seguridad mediante un "no-mundo" (negación del mundo), que es el máximo de inseguridad imaginable; la consigna parece ser la siguiente: "Como la seguridad no es de este mundo, inventemos otro, que no existe, y desentendámonos de éste". Por curioso que parezca este razonamiento, es el que predomina en el discurso jurídico-penal legitimante. La teoría de las estructuras lógico-reales proporciona las bases para enfrentarlo evitando el reduccionismo.

II. PAUTAS GENERALES PARA UN EJERCICIO DE PODER LEGÍTIMO FRENTE A UN HECHO DE PODER DESLEGÍTIMADO

1. **¿Puede haber un discurso jurídico-penal racional frente a un sistema penal deslegitimado?** Un primer impulso o intuición nos lleva a responder en forma negativa.

La tradición de las usinas de reproducción ideológica del sistema penal nos ha entrenado con discursos en los que era imposible escindir la legitimación del ejercicio de poder del sistema penal de la legitimidad de la pauta de decisiones para los casos que la selección previa de las agencias no judiciales somete al poder de los juristas, o sea, a las agencias judiciales.

En función de ese largo condicionamiento, alimentado por el servilismo deductivo de las pautas decisorias respecto de las legitimantes, la respuesta primaria es que *si el ejercicio del poder del sistema penal está deslegitimado, es necesario abolirlo*.

Sin embargo, el más mínimo contacto con los datos de realidad del ejercicio de poder de las agencias del sistema penal le impone al jurista renunciar a su omnipotencia adolescente y alcanzar la madurez que le permita tomar conciencia de los estrechos límites de su poder.

Sin duda que, en el plano personal, esto genera estados depresivos como resultado de la desilusión que implica, pero son inevitables, puesto que no se pasa de la adolescencia a la madurez sin la desilusión, pese a lo cual, si el hombre no cae en la neurosis improductiva, aprende a usar el impulso juvenil para la transformación de la realidad, que a la postre resulta mucho más atractiva que el juego de ilusiones.

Si el jurista logra superar su saber adolescente y reconoce que la función legitimadora de su discurso jurídico-penal fue una tarea que le impuso el poder de la sociedad industrial —y en nuestro margen del neo-colonialismo— percibirá que su discurso legitimante se derrumba, pero se hallará frente a un sistema penal que permanece, porque es un *hecho de poder* y, por más que se lo deslegitime discursivamente, *los hechos de poder no desaparecen con escritos de los juristas, porque no es su legitimidad lo que los sostiene, sino su poder.*

El sistema penal no es el único hecho de poder deslegitimado que se sostiene por su poder: la guerra o la distribución internacional del trabajo son hechos de poder deslegitimados.

Sin embargo, allí están, forman parte de la realidad; cada día se hace más evidente la necesidad de eliminar la guerra para sobrevivir, pero la guerra se mantiene, como un hecho de poder. Nos paramos frente a ella y, en una reacción primaria, en un país cualquiera de nuestro margen, podemos decidir ignorarla o suprimir las fuerzas armadas: en poco tiempo, la red de poder planetario hará que el país vecino nos invada.

Es obvio que no podemos legitimar hechos de poder que causan millones de muertos e infinito dolor humano, pero, para suprimir esos males, lo primero que debemos hacer es reconocer su existencia, dimensionar su poder, analizarlo, determinar nuestro poder frente al fenómeno, establecer una cadena de objetivos estratégicos sucesivos y, conforme a ello, trazar nuestra táctica para alcanzarlos.

El primer paso para el ejercicio de un poder que enfrente a otro poder deslegitimado, es preguntar cómo se puede administrar el poder de que se dispone.

El ejercicio de poder de los juristas está limitado a las agencias judiciales, pero la deslegitimación del sistema penal y la quiebra del discurso de los juristas no necesariamente deslegitima el ejercicio de poder de las agencias judiciales, porque *en la medida en que las agencias judiciales ejerzan su poder en forma racional frente a un hecho de poder que no pueden suprimir, su ejercicio de poder será legítimo, si lo ha-*

cen extremando sus limitados recursos para controlarlo; igualmente, en la medida en que esas agencias procuren ampliar su ejercicio racional de poder, también éste será legítimo.

Reconocer la deslegitimación del sistema penal y renunciar a cualquier discurso relegitimante por parte de las agencias judiciales, sólo implica para éstas renunciar a un ejercicio de poder que nunca pudieron ejercer, porque jamás las agencias judiciales dispusieron del ejercicio de poder que legitima su discurso; por el contrario, *limitar su discurso a la función pautadora decisoria implica reducirlo a lo que es la programación de su ejercicio real de poder.*

Pero tampoco debe pensarse que esta limitación del discurso jurídico-penal sea un mero recorte discursivo, sino que, al reconocer la deslegitimación del sistema penal, la pautaación decisoria cambiará, puesto que la pautaación decisoria corriente sufre la distorsión que le provoca su dependencia deductiva de los elementos legitimantes.

La construcción de un nuevo discurso jurídico-penal implica la planificación normativa del ejercicio del poder decisorio de los juristas, como poder efectivo de su agencia judicial, libre de los obstáculos que le impone la dependencia servil deductiva de los falsos elementos legitimantes del sistema penal. Consecuentemente, deja abierta la posibilidad de construir una pautaación decisoria legítima.

El ejercicio del poder de los juristas, tal como está pautado, es decir, deductivamente y partiendo de un discurso falso que le oculta sus límites reales, es un ejercicio de poder que tiende a reducirse progresivamente. El reconocimiento de los límites reales a ese ejercicio, es algo más que la simple renuncia a una ilusión: es un presupuesto indispensable para pautar un ejercicio de poder legítimo y *que procure su progresiva ampliación.*

Cualquier táctica ampliatoria del ejercicio del poder de los juristas estará condenada al fracaso si se pretende planificarla partiendo de un discurso que le oculta los límites a su ejercicio real de poder; nadie puede hacer esfuerzos racionales por ampliar su poder, cuando vive alucinado, creyendo que ya dispone de ese poder.

La construcción de un discurso jurídico-penal que reconozca el carácter de hecho de poder deslegitimado del sistema penal y se limite a la pautación de decisiones de la agencia judicial no implica una relegitimación del sistema penal. Puede creerse que en esto subyace una contradicción o una paradoja, porque, entrenados en el discurso legitimante, parece inexplicable que se legitime el poder de los juristas y se deslegitime el poder del sistema penal.

No obstante, no es éste el único caso en que el ejercicio del poder de los juristas se considera legítimo y necesario frente a un hecho de poder deslegitimado. Ya vimos que la guerra es un hecho de poder claramente deslegitimado y, sin embargo, nadie pone en duda la necesidad y racionalidad de los esfuerzos de los juristas dedicados al derecho humanitario y de sus agencias. La guerra está deslegitimada¹², pero el derecho humanitario está legitimado, en la medida en que procura reducir el nivel de violencia de un hecho de poder que está fuera de control, es decir, cuyo limitado poder le impide suprimir¹³.

La coincidencia que en este aspecto plantean la guerra y el sistema penal no es casual, por lo que volveremos reiteradamente sobre el tema, pero, de momento, sólo la tomamos en cuenta para negar cualquier supuesta contradicción que pretenda hallarse entre la tentativa de pautar el ejercicio del

¹² La guerra ha quedado deslegitimada en la Carta de las Naciones Unidas. Sólo en tres supuestos es autorizada: 1) como medida de seguridad colectiva dispuesta por la ONU; 2) en caso de guerra de liberación nacional; y 3) en caso de guerra defensiva. La tercera excepción, dada la difícil caracterización del "agresor" es el agujero por el cual se escapa el hecho de poder y demuestra la impotencia de los organismos internacionales frente al mismo (ver: Christophe Swinarski, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internac. de la Cruz Roja - Inst. Interam. de Ds. Humanos, San José-Ginebra, 1984, p. 10; también CICR, *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales*, Ginebra, 1983; "Revista Internacional de la Cruz Roja"; etc.

¹³ "El derecho internacional humanitario es el cuerpo de normas internacionales... que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas o a los bienes afectados o que puedan estar afectados por el conflicto" (Swinarski, pág. 11).

poder de los juristas en forma legítima, frente al hecho de poder deslegitimado del sistema penal.

El ejercicio del poder de los juristas así pautado, sólo se legitimará en la medida en que pauté las decisiones de la agencia judicial de forma que ésta asuma una función de contradicción dentro del conjunto de agencias del sistema penal, reduciendo su violencia. De allí que el discurso pautante en lo jurídico-penal, no pueda ser “acabado”, sino “inacabado”, abierto a las contingencias y espacios que la dinámica del poder de las agencias del sistema penal le abra, ofreciéndole más oportunidades para reducir la violencia del ejercicio deslegitimado del poder.

2. El derecho penal y el derecho humanitario como recíprocas prolongaciones. El poder se ejerce en forma sumamente compleja, integrándose en una red de micro-poderes cuyo conjunto suele dar la impresión de un sistema con capacidad orgánica de auto-equilibrio y reproducción. Su característica más notoria es la dinámica: en su ejercicio, los micro-poderes pugnan coaligándose permanentemente de modo inestable.

Si se prescinde de ese dinamismo, el ejercicio del poder se torna incomprensible; precisamente la idea generalizada de que el poder “se tiene” contribuye a distorsionar esta perspectiva e impide percibir su esencia, que es *ejercicio*.

En ocasiones, la dinámica y las pugnas del poder se manifiestan con mayor violencia y también la violencia del ejercicio de poder se recubre de un discurso que la justifica, que la oculta o que la muestra, según las circunstancias del momento de poder de que se trate. Hay momentos de poder en que la lucha abierta da lugar a la guerra, en tanto que en otros la lucha se limita al plano político, aunque no quede en claro si la política es una continuación de la guerra o la guerra una continuación de la política.

El ejercicio de poder de los últimos cuarenta años (es decir, de los albores de la revolución tecno-científica) ha excluido a las guerras con armas convencionales de las áreas de concentración de poder planetario (sometidas a amenazas con armas no convencionales cuyo perfeccionamiento “preventi-

vo” o “disuasivo” ya les ha permitido acumular capacidad destructiva planetaria), relegándolas a las áreas marginales del poder.

El discurso jurídico-internacional deslegitima las guerras, pero, sin embargo, las guerras existen, existen los ejércitos, las fábricas de armamento convencional, programas carísimos de sofisticado armamento nuclear, químico, bacteriológico, etc. Están en el mundo como un *factum*, tan real como cualquier otro.

La verticalización del poder social tanto en el centro como en nuestro margen, valiéndose del sistema penal, también es un dato de la realidad, un hecho de poder, como lo es el escaso poder que realmente ejercen las agencias judiciales en ese sistema.

Dado que ese ejercicio de poder, en nuestro margen y debido a su función de contención de mayorías, en ocasiones resulta extremadamente violento, se ha pretendido confundir exageradamente los momentos de guerra y de política, particularmente por el discurso central de exportación (no utilizable para consumo interno central) que pretendió la existencia de una guerra “permanente” aunque de características especiales —“sucias”— capaz de legitimar cualquier ejercicio de poder, incluso genocida. No siendo suficiente para los planes de expoliación de algunos grupos financieros centrales el ejercicio de poder verticalizante del sistema penal, se instrumentaron funcionales brotes terroristas y esa ideología para verticalizar militarmente a toda la sociedad, convirtiendo al sistema penal en un aparato de terrorismo estatal.

Los datos sociales acerca del sistema penal en la realidad muestran claramente que éste no es susceptible de ninguna relegitimación.

Si el ejercicio del poder fuese racional, no habría espacio para la guerra ni para el sistema penal, pero ésta es una meta que se halla al final del programa de transformación revolucionaria que, a grandes trazos, enunció la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

Así como cada parte en guerra aún hoy pretende ampararse en un discurso que la coloque en situación de “defensa”,

todo sistema penal intenta racionalizar su ejercicio de poder con un discurso "defensista" y, por ende, como un ejercicio "naturalmente necesario" de poder.

La necesidad de limitar y luego de erradicar la guerra en los países centrales, generó el derecho humanitario como medio de poner coto a su violencia, pero las agencias que llevan a cabo esta programación jurídica no disponen del poder necesario para llevarla a cabo planetariamente, en los casos en que el poder central y marginal resulta contradictorio con los objetivos de esta agencia jurídica.

El sistema penal, a diferencia de la guerra, nunca fue discursivamente deslegitimado por el poder, sino que, por el contrario, se han agotado los esfuerzos legitimantes y hoy, cuando no se hace más que rumiarse restos de discursos legitimantes desbaratados o se pretende legitimarlo recurriendo abiertamente a las necesidades de un supuesto "sistema", las agencias judiciales se encuentran en la disyuntiva de asumir el papel que frente a la guerra desempeñan las agencias del derecho humanitario o degradarse definitivamente a apéndices burocráticos del poder de las otras agencias del sistema penal.

Las agencias generadoras del discurso jurídico-penal, por su parte, esto es, la actividad académica jurídico-penal, se encuentra en análoga disyuntiva, aunque quizá aún más incómoda: o sigue rumiando los restos de discursos desbaratados y alejándose cada día más de los restantes saberes sociales (sociología, economía, psicología, historia, antropología, etc.) y de la filosofía, la ética, etc., o bien se decide a elaborar un discurso pautador de decisiones que importen un ejercicio de poder legítimo de las agencias judiciales.

En esta última opción, *el derecho penal (saber o discurso jurídico-penal) asumiría la función de un derecho humanitario del tiempo de la política.*

Esta última opción, para los marginales del poder planetario, se impone con mayor urgencia en razón de la necesidad de controlar la altísima violencia del sistema penal en los países periféricos, y significa mucho más que hacer efectivas ciertas garantías respecto del reducido número de personas que quedan atrapadas en el sistema penal represivo (lo que,

sin embargo, por sí mismo, revelaría la necesidad de re-formular el discurso): desde nuestra realidad marginal importa la defensa de lugares o espacios de poder comunitario, control y limitación de poder verticalizador y, en definitiva, debilitamiento del instrumental de dependencia.

La reconstrucción del discurso jurídico-penal como planificación del ejercicio de poder decisorio de los juristas es, en nuestro margen, una necesidad vinculada a nuestra supervivencia comunitaria.

III. LINEAMIENTOS DEL DISCURSO DE PAUTACION DECISORIA

1. **Reconstrucción del concepto de "pena"**. Cuando nos referimos a los elementos negativos del discurso jurídico-penal legitimante, señalamos como tales a los que se elaboran para dejar fuera del saber penal lo que corresponde a su horizonte de proyección, para dejarlos fuera del poder de los juristas y, de este modo, *legitimar a su respecto el ejercicio de poder de las agencias no judiciales*.

Se impone la tarea prioritaria de eliminar esos elementos negativos y restaurar o establecer el horizonte de proyección del derecho penal, o sea, ocupar o recuperar para el ejercicio de poder de las agencias judiciales del sistema penal, los terrenos cedidos o usurpados.

Como es obvio, el horizonte de proyección del saber jurídico-penal es la "ley penal", puesto que se trata de un sistema pautador derivado de la interpretación de la ley penal; el carácter diferencial de la "ley penal" respecto de las otras leyes es la "pena". Dado que el concepto de "pena" es recordado artificialmente por distintas teorías que tratan de legitimarla, se hace necesario reconstruirlo desde su deslegitimación para poder establecer cuáles son los límites reales del discurso jurídico-penal y cuáles son los elementos negativos legitimantes de la concesión graciosa de su materia al poder de agencias no judiciales.

El concepto de pena no puede proporcionarlo ningún discurso legitimante y tampoco puede quedar en manos del legislador. No puede haber un saber que aspire a cierta dignidad

académica y cuyo ámbito dependa de un puro acto de poder político.

El poder político hasta cierto punto, puede decidir qué conductas somete a pena y cuáles no somete a pena, porque es parte de su ejercicio en el marco del hecho de poder que ejerce el sistema penal, pero la agencia política no puede superar todo límite de irracionalidad e inventar la "pena" y la "no pena".

En su selección o aporte al campo selectivo de las agencias ejecutivas, la agencia política también tiene un máximo de irracionalidad admisible, que le impone respetar datos mínimos de realidad. Así como no puede convertir en conducta humana cualquier hecho ni desconocer el carácter de conducta a lo que es tal, tampoco puede negar el dato real del contenido penoso. El legislador puede hacer muchísimas cosas, pero algunas no puede hacerlas y, entre éstas, *no tiene poder para decir que lo doloroso no duele*.

Nos hallamos aquí con una estructura lógico-real que el legislador no puede desconocer, porque hay una realidad física que se lo impide.

Si el sistema penal es un mero hecho de poder, *la pena no puede pretender ninguna racionalidad*, es decir, que no puede explicarse más que como una manifestación de ese poder. No siendo la pena racional, ésta sólo puede distinguirse de las restantes sanciones jurídicas por exclusión.

La falta de racionalidad finca en que no se trata de un instrumento idóneo para resolver conflictos. Luego, *toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de las otras ramas del derecho, es una pena*.

En tanto que la privación de algún bien o derecho a título jurídico sirva para la reparación, para compeler a alguien a la realización de un acto debido, para la nulidad de actos realizados o para interrumpir un proceso lesivo en curso o impedir su inminencia, nos hallaremos con sanciones que corresponden a modelos racionales de ejercicio del poder, pese a que, por muchas y variadas razones (selectividad en el acceso a la justicia, defectos del mecanismo operativo, etc.)

puede no ser satisfactorio su funcionamiento. De cualquier manera, se tratará siempre de modelos que, a nivel abstracto, son de solución de conflictos, pese a su operar concreto defectuoso.

Pero el modelo penal, tal como lo ha subrayado el abolicionismo y otras críticas, desde que la víctima desapareció por efecto de la expropiación del conflicto por el soberano o por el estado, ha dejado de ser un modelo de solución de conflictos, por supresión de una de las partes del conflicto. Esto explica la multiplicación increíble de teorías de la pena (y consiguientes teorías del derecho penal) y la errabunda peregrinación filosófica del saber penal y hasta casi su avidez ideológica¹⁴.

La operatividad de los sistemas penales no ha variado mucho en la realidad en los últimos ciento treinta años, pero la diversidad discursiva con que se lo ha querido legitimar en ese mismo tiempo es asombrosa y, en forma indirecta, es un claro indicio de su irreductible carencia de racionalidad.

El mismo nombre de "pena" *indica un sufrimiento*, pero sufrimiento hay en casi todas las sanciones jurídicas: sufrimos cuando nos embargan la casa, cuando nos cobran un interés punitorio, nos anulan un proceso, nos ponen en cuarentena, nos llevan por la fuerza a declarar como testigos, etc. Ninguno de estos sufrimientos se llama "pena", porque tienen un sentido, es decir, conforme a modelos abstractos todos sirven para resolver algún conflicto. La pena, en lugar, como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene, más que como manifestación de poder.

Por ende, *pena es todo sufrimiento o privación de algún bien o derecho que no resulte racionalmente adecuado a al-*

¹⁴ Hace más de un siglo, Tobías Barreto, en el nordeste brasileño había visto esto con absoluta claridad: "El concepto de la pena —escribía— no es un concepto jurídico, sino un concepto político. Este punto es capital. El defecto de las teorías usuales en tal materia consiste justamente en el error de considerar a la pena como una consecuencia de derecho, lógicamente fundada". Iba aún más lejos su razonamiento, vinculando su deslegitimación con la de la guerra, tal como lo postulamos aquí (cfr. Tobías Barreto, *O fundamento do direito de punir*, en *Menores e loucos*. "Obras Completas", Edição do Estado de Sergipe, 1926, T. V, pág. 149).

guno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del derecho.

2. Establecimiento del horizonte de proyección del discurso jurídico-penal. Concebida la pena conforme a los datos ónticos señalados, quedaría fuera del arbitrio de la agencia legislativa sustraer materia penal recurriendo a una mera alteración del *nomen juris*.

Poco importa la forma en que la agencia legislativa quiera llamar a una pena, pues lo importante siempre serán los dos datos de realidad que consignamos: inflicción de dolor e inadecuación a los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas jurídicas.

Si con este concepto de pena establecemos el horizonte de proyección del derecho penal, veremos que entran en su ámbito campos insospechados, a los que el discurso tradicional del derecho penal nos acostumbró a ver siempre como ajenos al mismo, en función de los elementos negativos racionalizantes a que nos hemos venido refiriendo.

A título meramente ejemplificativo y provisional, veremos que son efectivamente penas o que, al menos, corresponde abrir el debate y establecer las necesarias limitaciones, respecto de las siguientes consecuencias jurídicas:

- a) Sanciones contravencionales.
- b) Sanciones militares.
- c) Sanciones graves del derecho administrativo.
- d) Inhabilitaciones e interdicciones dispuestas por agencias administrativas o corporaciones.
- e) Privaciones de libertad por estados de emergencia política.
- f) Medidas para menores.
- g) Medidas para adultos.
- h) Reclusiones psiquiátricas.
- i) Reclusiones asilares de ancianos.
- j) Clausuras de establecimientos, prohibiciones de espectáculos, censuras, negación de documentación, licencias, etc.

- k) Prisión preventiva prolongada.
- l) Privaciones de libertad con pretexto de seguridad, identificación, etc., que no tengan por objeto interrumpir el curso de un accionar lesivo o impedirlo.

En estos casos y en muchísimos más, existe o, al menos es ampliamente discutible la existencia de una *pena*, legal o ilegal, pero *pena*, es decir, una *materialidad punitiva* que la agencia judicial debería recuperar para su ejercicio de poder. Para ello, se le impone a la agencia judicial una programación del ejercicio de su poder, decidiendo en cada caso, según el análisis de las circunstancias particulares:

a) imponer la pena al decidir el conflicto, cuando haya conflicto y se reúnan todos los requisitos que requiere la intangibilidad de los límites máximos de irracionalidad tolerable o admitida (garantías o principios penales);

b) no imponer la pena cuando no haya conflicto o falten los referidos recaudos;

c) no imponer la pena y declarar la inconstitucionalidad de la ley que la prevea o autorice cuando: a') autorice su imposición cuando no hay conflicto o excediendo los límites máximos de irracionalidad admitida; o b') atribuya la imposición al ejercicio de poder de una agencia no judicial.

Sintetizando lo expuesto, podemos decir que *leyes penales son, pues, las que prevén penas como forma de decisión de conflictos y las que de cualquier otra manera autorizan la imposición de penas (sean o no constitucionales), entendiéndose por "penas" las consecuencias jurídicas que implican privación de derechos o sufrimiento y que no quepan en los modelos de solución de las otras ramas del derecho.*

3. Concepto del derecho penal así delimitado. Conforme al sentido reconstructor con que asumimos la tarea de ensayar una nueva versión del derecho penal, partiendo de la deslegitimación del sistema penal, es posible definir provisionalmente al derecho penal (saber jurídico-penal) como *la construcción discursiva que interpreta las leyes de contenido punitivo (leyes penales) para tratar de proveer a la jurisdicción de límites ciertos para el ejercicio de su poder decisorio y de*

modelos u opciones no contradictorios para los conflictos que el poder de las restantes agencias selecciona para someterlos a su decisión, del modo que socialmente resulte menos violento.

En esta concepción nos referimos al poder decisorio de la agencia judicial y no al poder para *resolver* los conflictos, porque partiendo de la *incapacidad del modelo penal para "resolverlos"*, no es posible asignarle esta función, sino sólo la de *"decidirlos"*, estableciendo si existe el conflicto, si debe imponer la pena y qué pena debe imponer.

La agencia judicial, con la actual configuración del poder social, no puede pretender resolver los conflictos, sino limitarse y esforzarse por reducir al mínimo la intervención siempre violenta del hecho de poder del tiempo de la política.

En cuanto a la *búsqueda de la decisión socialmente menos violenta*, debe tenerse presente que es la fuente de legitimación del ejercicio de poder decisorio de la agencia judicial.

Sería ésta la nota que dotaría de racionalidad (legitimidad) a su poder decisorio. Cabe consignar que el conflicto ya llega a la agencia judicial con un considerable grado de violencia practicada o incorporada, introducido por las agencias no judiciales que han intervenido previamente en forma selectiva. Por ende, toda intervención del sistema penal es violenta (al menos, por su selectividad, sin contar con las otras notas mucho más marcadas) y, en los pocos casos que se someten a la decisión de la agencia judicial, lo único que ésta puede hacer es controlar la violencia, pero nunca suprimirla, dado que la misma ya llega en buena parte consumada.

4. Una nueva etización del derecho penal. a) *¿Se propone una "politización" del derecho penal?* Esta pregunta encierra una considerable dosis de angustia y suele ser formulada por los operadores de las agencias judiciales.

Ante la respuesta afirmativa, el rechazo es frontal; el fenómeno se explica porque el entrenamiento judicial enseña que el comportamiento de la agencia judicial es "apolítico", o sea, que los operadores de la agencia judicial son entrenados para no ejercer poder o para ejercerlo lo menos posible y siempre del modo más funcional al poder de las otras agencias.

No obstante, *la deslegitimación del sistema penal muestra que la agencia judicial es política, que siempre lo han sido todas las agencias judiciales y que la renuncia a ejercer su poder o la cesión graciosa del mismo a otras agencias también es un acto político. No hay ejercicio de poder estatal que no sea político: o es político o no es poder.*

Está claro que “político” no significa “partidista” en el sentido de sometimiento de la agencia judicial a las agencias legislativas o ejecutivas, sino en el prístino sentido de la palabra, como “gobierno de la ciudad”, como naturaleza incuestionable de un poder que debe ejercerse sobre los ciudadanos.

La deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal coloca al jurista ante esta evidencia, barre con todos los pretextos que se han ensayado para disimular su naturaleza y revela incontestablemente que *su programación, como proyección de un ejercicio de poder estatal, es política.*

El discurso jurídico-penal siempre ha sido político y decirlo abiertamente no implica “politizarlo”, sino hacerlo consciente de su naturaleza; así como nadie puede pretender “blanquear” las rosas blancas diciendo que son blancas, no se puede pretender “politizar” al derecho penal diciendo que es político¹⁵. La diferencia estriba en que reconocer la blancura de las rosas blancas no genera ningún compromiso, pero reconocer que el derecho penal es político compromete seriamente, y porque impone la inmediata definición de objetivos y la consiguiente selección de medios para lograrlos, obliga a delinear el sentido del ejercicio de poder que aspira a programar con su sistema de pautaación decisoria, a arriesgar con-

¹⁵ Se pretende responder a esto citando a Carrara, pero por cierto que sin haber comprendido el pensamiento carrariano —y a veces sin haberlo leído—, puesto que lo único que hizo Carrara fue renunciar a tratar el *delito político*, por no hallar criterios objetivos sobre los cuales elaborar su teoría, hallando el concepto a merced de la arbitrariedad política, tal como lo expresa en el parág. 3924 de su *Programma*; pero de allí a afirmar que Carrara negaba carácter político al derecho penal, hay una distancia sideral, pues quien formula esta afirmación olvida la propia definición de delito de Carrara (parág. 21) con explícito requerimiento de la “dañosidad política” (parág. 33), que era lo que le sustraía a la arbitrariedad legislativa, sometiéndolo a la exigencia de responder a una “necesidad política”, que concibe como una necesidad “della natura umana” (Carrara, *Programma*, 1924, I. pág. 71).

flictos con las restantes agencias del sistema penal, provoca antagonismos y contradicciones con el otro ejercicio de poder y para el propio ejercicio de poder.

Cuando el jurista acepta que el derecho penal es político, ya no puede ser el exégeta o constructor de deducciones racionalizantes, sino el programador de un ejercicio de poder, un hombre en lucha. *Queda hoy en las manos del jurista decidir si genera un discurso al servicio del poder de agencias no judiciales, racionalizándolo como discurso funcional a un supuesto "sistema", o si produce un discurso que genera un ejercicio de poder autónomo de las agencias judiciales, al servicio de la persona humana, por medio de una contradicción reductora de violencia.*

Una dogmática que pretenda eludir la respuesta a esta disyuntiva, daría por resultado un discurso jurídico-penal que no sepa *para qué sirve y tampoco a quién sirve.*

La elección por la solución "sistémica" sería en nuestro margen decidirse a favor del tecno-colonialismo; la "prescendencia" que eluda cualquier definición, consciente o inconscientemente, implicaría lo mismo, porque pasaría indiferente frente al ejercicio de poder tecno-colonialista en curso genocida.

La vuelta o refugio en la "glosa" frente al ejercicio violento y deslegitimado del poder penal en nuestro margen, hoy más que nunca merecería el calificativo de *l'arte schifosa che nei tempi passati chiamosi gius criminale*¹⁶.

b) *La "vieja" etización del derecho penal.* La "etización" del derecho penal fue un esfuerzo de posguerra que pretendía racionalizar y, por ende, limitar, la selección tipificante de la agencia legislativa. Para ello acentuó una supuesta función pedagógica del derecho penal, cuyo efecto sería la conservación de los valores ético-sociales fundamentales.

Al derecho penal así concebido se le asignaba una función "positiva", que sería la preservación de esos valores. "Tarea del derecho penal —se afirmaba— es la protección

¹⁶ Francesco Carrara, *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Comm. . . .*, Quarta edizione, vol. I, Prato, 1855, pág. 130.

de elementales valores ético-sociales (valores de disposición interna, de acción) y sólo como parte de ella la protección de los bienes jurídicos en particular”¹⁷. La protección de los bienes jurídicos se operaría mediante la protección de estos valores ético-sociales elementales y, por ende, mayor debiera ser la pena cuanto más elemental fuese el valor social desconocido.

La deslegitimación del sistema penal deja sin sustento esta teoría, que para nada toma en cuenta la selectividad del sistema penal, su arbitrariedad, su violencia y su corrupción, entre otras características.

El efecto de esta tendencia fue una “etización” del derecho penal que pronto perdió el primitivo equilibrio de sus arquitectos-fundadores y se desplazó hacia una acentuación de requisitos subjetivos con relegación de datos objetivos en la configuración del concepto de “delito”. Por este camino no fue difícil despeñarse y admitir que el resultado, como presupuesto de la pena, tiene una función legítima para fundar la exigencia de pena, pero no en cuanto a su magnitud para la adecuación de la pena a la culpabilidad, donde resultarían determinantes los fines de la pena en atención a la personalidad¹⁸.

En síntesis: un movimiento en cuya raíz convergían varias tendencias, no siendo ajena, por cierto, la intención de limitar al legislador, sumó a los requisitos objetivos para establecer la presencia de un “delito”, otros de naturaleza subjetiva, pero la insistencia en lo subjetivo se desvió hasta reducir los requisitos objetivos y terminar en una *nueva teoría sintomática de la acción: la acción como síntoma de un “ánimo” de desconocimiento de valores elementales*.

Es obvio que no compartimos esta etización del derecho penal¹⁹, sino que insistimos en que la deslegitimación del sistema penal da por tierra con semejante construcción.

¹⁷ Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 44.

¹⁸ Así Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973, pág. 213.

¹⁹ Cabe aclarar que nunca hemos compartido esa opinión, incluso en nuestras anteriores exposiciones del derecho penal, donde

Creemos que esta “etización” resulta peligrosísima, porque puesta ahora al servicio del funcionalismo, es una “etización” que pierde todo contenido ético en sentido estricto y se limitaría a seleccionar *personas anti-funcionales* en atención a *conductas sintomáticas de anti-funcionalidad*²⁰, o quizá, más sinceramente, a *seleccionar personas para mostrar cómo se imponen penas cuando la exhibición de la máquina penal es funcional para la conservación de la confianza en el poder o del miedo al poder.*

Nos parece claro que la postulación de “valores ético-sociales elementales” es un concepto organicista (o “sistémico”, si se prefiere), pero a medida que el planteo acentúa su funcionalismo, como no puede ser de otro modo, se pone más en evidencia su organicismo y, por fin, acaba pareciéndose mucho al peligrismo del siglo pasado y del que aún hoy sobreviven algunas ruinas en nuestro margen, sólo que en una versión más perfeccionada: el viejo organicismo (positivista) pretendía que seleccionaba las “células infecciosas” y las eliminaba (en lugar de “penas” imponía “medidas eliminatorias”: muerte, relegación) o las neutralizaba (medidas de “re-educación”), en tanto que el “nuevo organicismo” no se preocupa por seleccionar *todas* las “células infecciosas” —ni lo pretende—, sino sólo las que convenga (“infecciosas” o no) para convencer al organismo de que todo está en orden: el “viejo organicismo” pretendía operar sobre el “organismo social” en forma “física”; el “nuevo” pretende hacerlo por sugestión (o engaño).

La vieja etización del derecho penal de posguerra fue, en realidad, la culminación ideológica del programa que comenzó con la expropiación del bien jurídico afectado y la consiguiente exclusión de la víctima del modelo penal. La única justificación que podía hallarse para semejante expropiación

consideramos al bien jurídico como concepto central e inamovible de la teoría jurídica del delito, al punto de haber realizado un considerable esfuerzo constructivo para asignarle a su afectación un lugar sistemático.

²⁰ Se trata de un regreso a la peligrosidad organicista. lo que es lógico, considerando que el funcionalismo sistémico es un neo-organicismo.

era que el sistema penal se erigía en guardián de valores “éticos” que son superiores a los bienes jurídicos. Las víctimas eran obligadas a sacrificar sus derechos en función de un supuesto “magisterio ético” desempeñado por el poder para garantizar los derechos de todos. La racionalización se basaría en que lo único importante es que todos internalicen esos valores, lo que sería mucho más importante que el simple derecho individual de la víctima.

Es obvio que nada de esto queda en pie con la deslegitimación del sistema penal y que *quien pretenda fundar un discurso jurídico-penal sobre esta base tendría que reconocer que sus “valores éticos fundamentales” se sostienen mediante el secuestro de las personas más débiles para entrenarlas en la reiteración de la violación a las normas que responden a tales valores, todo llevado a cabo por agencias cuyo ejercicio de poder los desconoce continuamente.*

c) *Hacia una nueva etización del derecho penal.* Si nos pusiésemos a la tarea de imaginar un extremo de inmoralidad, creemos que seguramente estaría muy cerca del mismo la utilización de la vida de un grupo de personas para enfrentarlas con otro grupo y hacer que las consecuencias antagónicas las sufra un tercer grupo, pero con la particularidad de que los tres pertenezcan a la mayoría poblacional a la que se procura contener, lo que se obtiene en buena parte haciendo que las contradicciones así generadas sirvan para que esa misma mayoría reclame la violencia que la contiene.

Ningún discurso que legitime esta aberración operativa —que guarda gran semejanza con la mafia²¹— puede contener un mínimo componente ético; este mecanismo degrada el discurso jurídico y el ejercicio de poder de las agencias judiciales a límites inimaginables.

La necesidad de ensayar un nuevo discurso que implique una programación nueva y diferente del ejercicio de poder de las agencias judiciales, surge como imperativo ético y, como es natural, producirá un discurso con impronta ética: *el “mi-*

²¹ La mecánica mafiosa es la de una “empresa” que genera peligros y amenazas, cobrando protección contra estos mismos productos de su emprendimiento (v. Raimundo Catanzaro, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Bologna, 1988).

lagro de estar vivos” demanda una respuesta a los juristas. Esta respuesta —en sentido etimológico— genera una responsabilidad de los juristas: “responsable” es quien debe “responder”.

De este modo se operaría una *re-etización del discurso jurídico-penal, pero no en el sentido de exigencias éticas dirigidas a las personas involucradas en los conflictos que debe decidir la agencia judicial, sino como exigencia ética dirigida a la agencia judicial, a sus operadores y a sus programadores doctrinarios.*

La re-legitimación y consiguiente re-etización del derecho penal es indispensable para salvar al derecho en general y no sólo al derecho penal. No puede haber una parte del derecho que sea mero ejercicio del poder sin pauta ética, porque implicaría la consagración de la violencia y la deslegitimación de todo el derecho.

En tanto que las restantes ramas del derecho importan modelos abstractos de solución de conflictos, más o menos realizados conforme al ejercicio de poder que amplía o restringe su aplicación (selectividad por acceso a la justicia), el sistema penal es un puro ejercicio de poder selectivo bajo la apariencia de un modelo jurídico que ni siquiera abstractamente resuelve los conflictos; de allí que opere en forma independiente y superpuesta con los otros modelos, porque es un ejercicio de poder y no un modelo de solución del conflicto que, de serlo, sería excluyente. También por eso es “discontinuo”, “parcializado”, “excepcional”, “no constitutivo”, etc. Consiste en un conjunto de supuestos en que el estado expropia sin indemnización el derecho de la víctima y la desplaza del conflicto, para ejercer un poder que, a su vez, sirve para justificar un ejercicio de poder aún mayor que refuerza y mantiene la verticalidad social corporativa.

Un imperativo ético impone que la agencia judicial *responda (sea responsable)* frente a la realidad operativa del resto de las agencias del sistema penal.

El discurso planificador de su ejercicio de poder, como respuesta impuesta por este imperativo ético, llevará la impronta del mismo. El contenido ético del discurso jurídico-

penal (que le devolvería su racionalidad perdida) estaría dado por su general objetivo de limitar, controlar y reducir el nivel de violencia del sistema penal, lo que implica que el derecho penal, concebido como el derecho humanitario del momento de la política, tendría una función político-criminal (reductora de violencia) como paso en el camino de la utopía.

El sentido político y la impronta ética del discurso jurídico-penal se implicarían en una programación pautante decisoria que requeriría ser nutrida constantemente por datos provenientes de la criminología²², sin cuya información estaría huérfano de sustento fáctico para escoger la decisión que corresponda a su sentido reductor de la violencia del ejercicio de poder del sistema penal.

La objeción que puede formularse a un planteo de esta naturaleza es lo que quizá, a nuestro juicio, sería su virtud: *implica la previa aceptación de una antropología fundamentadora*. Es una inevitable consecuencia de los momentos éticos que siempre requiere el derecho: cualquier pauta ética presupone una antropología. Este presupuesto debe ser indagado filosóficamente, por cierto, porque cualquier discurso jurídico-penal se derrumba si no se asienta en una sólida base filosófica.

Los autores del siglo pasado supieron de esta necesidad, hasta que la sociedad industrial produjo los modelos positivistas (biologista-racistas y tecno-jurídicos), que trataron de ignorarla. Hoy, cuando se impone la necesidad de retomar la fundamentación antropológica, ya no es necesario procurar su presupuesto (y la consiguiente impronta ética) deambulando

²² El concepto de "criminología" se ha problematizado y hay quienes proponen abandonar el nombre (por ej., Bergalli en op. cit. en "Criminalia") y quienes prefieren no hacer cuestión de denominaciones (v. Lola Aniyar de Castro, ídem). Nosotros usamos la expresión abarcando con ella todo dato de realidad proporcionado por cualquier área de las ciencias sociales que nos resulte necesario o útil para llevar a cabo la reducción de la violencia en el sistema penal. Tampoco negamos la "clínica criminológica", sino que le cambiamos el signo y preferimos hablar de "clínica de la vulnerabilidad", como parte de la enorme tarea que el sistema penal pone por delante a psicólogos y médicos, frente al deterioro que provoca en todos los involucrados en el mismo.

do libremente por todo el campo filosófico, porque en buena medida se hallan positivizados.

La antropología fundamentadora, por efecto de la ideología de los Derechos Humanos y de su positivización internacional, ya no es sólo una antropología filosófica, sino también una *antropología jurídica*, conforme a normas positivas de la más alta jerarquía jurídica.

Por supuesto que se puede desconocer esa antropología y construir discursos jurídicos-penales diferentes, sobre la base de fines meta-humanos capaces de justificar cualquier arbitrario ejercicio de poder. Lo importante no es evitar que se construyan esos discursos, sino que, al construirlos, será necesario que sus arquitectos muestren su antropología, lo que provocará rápidamente su descrédito. *Los discursos jurídico-penales más peligrosos (por genocidas) no son los que muestran y expresan una antropología aberrante, sino los que la ocultan bajo disfraces humanistas*; los primeros son fácilmente neutralizables, los segundos se amparan en su nebulosidad y en su permanente cambio de nivel de discurso, que impide todo diálogo.

5. El discurso jurídico-penal re-etizado como discurso de contradicción. Es bastante claro que la programación de una pauta decisoria conforme a los lineamientos que venimos señalando, implica proyectar un ejercicio de poder contradictorio dentro del sistema penal.

El sistema penal necesita de la agencia judicial, porque sin ella se deslegitima totalmente. Esta necesidad otorga un margen de poder a la agencia judicial que, conforme a la pauta racional que le programe un discurso jurídico-penal re-etizado en el sentido indicado, ejercería en forma contradictoria en lo interno del mismo ejercicio de poder del sistema penal. La función reductora y limitadora de violencia (y en vía utópica, cancelante) sólo puede cumplirla como *función contradictoria*.

La función contradictoria de la agencia judicial dista de ser un invento descabellado —aunque muchos pretenderán mostrarlo como tal, siendo víctimas del entrenamiento tradicional, poco memorioso para todo lo que no le resulta funcio-

nal—, pues, en realidad, Montesquieu nos daría la razón: no funciona la república sin una contradicción de impronta ética, que es la virtud. “En un estado popular —escribía— no basta la vigencia de las leyes ni el brazo del príncipe siempre levantado; se necesita un resorte más, que es la *virtud*”²³. No puede ser de otro modo, desde que Montesquieu, al que es dable considerar como el primer sociólogo del derecho, propugnaba una división de poderes que cumplieran la función de recíproco control. Es impensable un control recíproco sin una relación contradictoria y ésta es la que debe desempeñar una agencia judicial que ejerza su poder éticamente.

Pero más cercanamente, en nuestro propio saber jurídico-penal, von Liszt concibió al derecho penal como la “Carta Magna del delincuente”²⁴; el “fin”, que desarrolló en su “Programa de Marburgo”²⁵, se veía limitado por un discurso que cumplía la función de contradicción, contenedora del *Leviathan*.

Esta intuición centenaria nos muestra que lo que propugnamos no es nada tan descabellado, sino que en buena parte se limita a actualizar la idea de Liszt, una vez desautorizado el discurso de justificación del *Leviathan*, que ahora dispone de un poder inmensamente superior al que tenía a la mano en tiempos de von Liszt.

a) El anterior planteamiento podría ser objeto de una observación práctica: sería posible objetarle que, aunque construyamos un nuevo discurso jurídico-penal admitiendo la deslegitimación del sistema penal, las agencias judiciales seguirían comportándose conforme a su burocratización funcionalizada, porque no habría argumentos que lograsen mover a las personas de su cómoda posición para hacerse cargo de conflic-

²³ *El Espíritu de las Leyes*, Libro III, Cap. III.

²⁴ Franz von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1903. Un interesante comentario en Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, pág. 1; también Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie*, en “Abhandlungen...”, cit., 1975, págs. 29 a 69.

²⁵ Franz von Liszt, *La idea de fin en el Derecho Penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984.

tos con las otras agencias, teniendo en cuenta la relativa debilidad —y consiguiente vulnerabilidad— de esas agencias.

Por otra parte, entre los que enuncien un nuevo discurso y los operadores de las agencias judiciales, que prefieran la comodidad de los discursos legitimantes, también surgirán antagonismos.

Esta objeción de apariencia práctica, en realidad importaría una subestimación del discurso jurídico. Introducir un discurso deslegitimante implica quebrar la unidad discursiva legitimante de las agencias de reproducción ideológica del sistema penal, que son indispensables para el ejercicio de poder de las agencias judiciales y están estrechamente vinculadas a las mismas. Si tenemos en cuenta que la vinculación del poder con el saber de la agencia judicial es mucho más compleja e íntima que lo que permite suponer un marco teórico que, ignorando esa conexión, reduce el último a simple “superestructura”, veríamos que un discurso jurídico-penal concebido como el *derecho humanitario del momento de la política* pondría en funcionamiento una dinámica de contradicciones que interesan y comprometen seriamente el poder de la agencia judicial.

El esfuerzo jurídico en ese sentido también sería un ejercicio de poder de los juristas, que no podría ser neutralizado con un simple ejercicio de poder violento, sino que la propia tentativa de neutralización importaría acentuar la dinámica en el seno mismo de las agencias judiciales.

b) Una segunda posible objeción sería, casi seguramente, que esta propuesta desde el “realismo marginal” afecta la “seguridad jurídica”, y se pretenderá vincularla —y hasta identificarla— con el “derecho libre”, con el “uso alternativo del derecho” o con las sentencias del juez Magnaud.

En cuanto al argumento de “seguridad jurídica”, ya nos hemos hecho cargo del mismo ²⁶. Por lo que hace al “derecho libre”, si por tal pretende entenderse la versión de Kantorow-

²⁶ V. *supra*, págs. 192 y 198.

wicz²⁷, es obvio que nuestra propuesta desde el realismo marginal no se vincula a ella.

La tesis de Kantorowicz, si bien no caía en el irracionalismo histórico, se manejaba con un presupuesto que es insostenible, teniendo en cuenta el pluralismo social y la manifestación de lo que se da en llamar "opinión pública" (o construcción de la realidad social).

Con respecto al uso alternativo del derecho, es dable observar —como ya vimos²⁸— que se trata de una propuesta coyuntural, que deslegitima todo el orden jurídico, como una etapa que debe ser superada revolucionariamente, por lo cual sólo se propone instrumentarlo para emplearlo en favor de la clase obrera, para acelerar ese momento revolucionario, que sería el único camino para abrir la posibilidad de un ejercicio de poder legitimado.

La propuesta que ensayamos, no es una mera decisión ideológica, como decisión por un sistema de ideas en lugar de otro, sino que se trata de una elección ética: frente a un puro hecho de poder y ante la opción entre racionalizarlo en forma funcional al mismo o enfrentarlo racionalmente para limitar su violencia y, en último análisis, suprimirlo, elegimos la segunda variable por imperativo ético.

A partir de esta elección pueden construirse múltiples sistemas de ideas y perfeccionarlos, pero en la base siempre habrá una elección con su costo social e individual. No se trata de la elección por una parte en lucha, conforme al análisis marxista tradicional, porque en nuestro margen el antagonismo no se presenta de esa manera, dado que se trata de controlar una violencia transnacionalizada que se ejerce en forma de contención sobre las grandes mayorías de nuestro margen, cada vez más expulsadas del sistema de producción industrial y que destruye nuestros vínculos comunitarios como forma de doblegar cualquier intento autónomo de actualización social.

²⁷ Herrmann Kantorowicz, *La lucha por el derecho*, en "La ciencia del derecho", Bs. As., 1949.

²⁸ V. *supra*, pág. 117.

El ensayo de un discurso jurídico-penal desde un realismo marginal pretende algo más ambicioso que un uso oportunístico de posibilidades para desequilibrar un supuesto "sistema social" y producir una hipotética revolución cuyo costo humano sería pavoroso y sus resultados problemáticos, atendiendo a las particularidades de nuestra posición planetaria.

Pretendemos un discurso jurídico-penal que responda a una táctica presidida por una estrategia cuyos objetivos vengan impuestos éticamente, siendo el principal *salvar vidas humanas*. Reducir niveles de violencia significa salvar vidas, y eso, en el actual contexto genocida, es revolucionario, forma parte de una revolución para la vida que es indispensable para nuestra subsistencia.

Con respecto a Magnaud, debemos reconocer que en buena medida se trata de un ejemplo que parcialmente nos ha inspirado.

Hoy se reconoce que Magnaud no fue un antecedente del derecho libre y que sus sentencias —o la mayoría al menos— tenían fundamento legal²⁹. Si bien es cierto que Magnaud nunca expuso su método, dado que no fue un teórico, sin embargo, sus sentencias son un magnífico ejemplo de la jurisprudencia que propugnamos, llevado a cabo en su tiempo.

El escándalo que las sentencias de Magnaud provocaron en Francia y en Europa obedeció a que, por regla general, se elevaba hasta los principios constitucionales del sistema republicano de gobierno y desde allí descendía a la decisión en el conflicto, procurando acercarse a las soluciones reales o, al menos, neutralizando al máximo posible la perturbación que podía causar la intervención punitiva. Una atenta lectura de las sentencias de Magnaud³⁰ nos permite comprobar que hoy podemos llegar a soluciones análogas por aplicación de la dogmática jurídica.

Es obvio que Magnaud provocaba un conflicto político a partir de una decisión ético-política previa: Magnaud era un

²⁹ Luis Recasens Siches, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, 1963, I, pág. 101.

³⁰ Henry Leyret, *Les jugements du Président Magnaud réunies et commentés par...*, París, 1904 (hay trad. castellana de Dionisio Díez Enriquez, Madrid, 1909).

republicano convencidísimo que debía aplicar el derecho conforme a una legislación integrada por una constitución republicana y códigos bonapartistas en tiempos en que en la agencia judicial predominaban quienes añoraban a Napoleón "el Pequeño". Magnaud se valía de la constitución republicana y hacía predominar sus principios sobre la ley napoleónica y los criterios jurisprudenciales exegéticos de una agencia burocratizada y complaciente, formada a la medida del emperador gotoso.

El fenómeno se repetiría medio siglo después en Italia, cuando la doctrina y la jurisprudencia se hallaron con la Constitución de 1947 y el código de Rocco. La reacción italiana fue más generalizada, por efecto de la democratización de su magistratura, instrumentada por la propia Constitución, pero que demoró lustros en producirse; de cualquier manera, no se produjo el escándalo de una voz aislada, como en el caso de Magnaud, sino que se operó una constitucionalización de la dogmática que, en algún caso, pudo caer en una "exaltación constitucional"³¹, pero que fue llevada adelante por grupos numerosos de doctrinarios y magistrados.

En definitiva, lo que en cierta forma planteamos en este momento es una programación decisoria de la agencia judicial que se haga cargo de la contradicción entre los principios constitucionales, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, los tratados al respecto y, por otro lado, la realidad operativa de los sistemas penales y que, al estilo de Magnaud, se decida abiertamente por los primeros.

c) La contradicción que representaría el ejercicio de los juristas en el marco de un discurso del tipo del propuesto puede parecer *generadora de una suerte de caos*, particularmente por parte de quienes perciben como "natural" el ejercicio del poder verticalizante del sistema penal que, por otra parte, es la mayoría de las personas, puesto que se trata de

³¹ V. Francesco C. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparativo allo studio del tema)* en "L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi dogmatici-giuridici contemporanei". Milano, 1985, pág. 570; Franco Bricola, *Repporti tra dommatica e politica criminale*, en "Riv. It. di D. e Proc. Penale", 1988, enero-marzo, p. 3.

una idea que, como hemos visto, está internalizada desde hace siglos, sobre ella cabalgaron planetariamente los “jinetes del Apocalipsis” de las revoluciones mercantilista e industrial y lo comienza a hacer ahora la tecno-científica, que cuenta con una tecnología de la manipulación mucho más depurada, que permite una internalización más perfecta de esta idea a través de su incorporación en etapas muy prematuras de la vida de las personas.

Sin duda que la objeción se mantendrá mientras se conserve la ilusión de que el sistema penal resuelve conflictos, pero si nos limitásemos a ver los conflictos en su realidad, nos percataríamos de lo contrario.

Basta observar que el sistema penal no ha resuelto hasta hoy el conflicto que genera el aborto: un aumento de represión sobre los médicos que lo practican no haría más que aumentar el precio de sus servicios, excluyendo cada vez más de los mismos a mujeres de los sectores carenciados, lanzadas a manos empíricas y brutales, con mayor número de muertes por prácticas primitivas, mientras el aborto sigue siendo la primera causa de muerte violenta. La represión del tráfico de tóxicos sirve para interferir en el mercado y aumentar insólitamente su precio, lo que al hacer a la actividad realmente atractiva económicamente, crea una red mafiosa de formidable poder transnacional, que distribuye y comercializa en todos los países en que le conviene hacerlo, sin que el sistema penal pueda mostrar ningún éxito en la solución de conflicto.

Estos dos ejemplos son suficientes para insistir en que, *cuando un conflicto es demasiado serio, no puede quedar en las manos del sistema penal, librado a soluciones ilusorias que en la realidad producen muertes, corrupciones y destrucción comunitaria.*

Por ello, cuando hablamos de una pauta estratégica conforme a la cual se establezcan sucesivos objetivos estratégicos en una marcha hacia el objetivo utópico, que sería la realización del abolicionismo, no nos referimos a una utopía en el sentido negativo de lo “no realizable”, sino, como lo hemos dicho reiteradamente, en el sentido positivo de lo *simplemente aún no realizado.*

d) Una observación interesante sería si las restantes agencias del sistema penal, especialmente la policial, en algún momento no podrían comenzar a reducir o hacer cesar la contradicción con la agencia judicial programada desde la realidad marginal, comenzando a operar de modo análogo a ésta.

Aunque de momento pareciera ser poco probable en nuestro margen, debido a la estructuración y entrenamiento de las agencias policiales y penitenciarias, tenemos la certeza de que la contradicción que introducirían las agencias judiciales generaría discusiones que, en definitiva, serían diálogos; la democratización llevará un día a la sindicalización de las agencias no judiciales y a la toma de consciencia social: en algún momento la contradicción se desplazará a otros planos y cederá en los actuales, sin duda que con avances, vacilaciones y retrocesos, y eso *significará una aceleración de la contracción del sistema penal* en una etapa más avanzada de reducción de la violencia, que hoy parece muy lejana.

El proceso, sin duda, llegará a las agencias policiales, salvo que la civilización tecno-científica logre reducir a un número muy pequeño al personal policizado, que operarían la agencia como un grupo reducidísimo de tecnócratas ejerciendo un poder policial robotizado, lo que no es nada sencillo, no sólo por las dificultades técnicas, sino porque no se puede prescindir de una fuente de trabajo tan importante.

De no producirse este proceso de "robotización policial" —en el que no creemos— la propia procedencia social del grupo policizado terminará por impulsar un cambio en la actividad de la agencia ³².

e) Podría formularse una observación, preguntando si realmente todo el restante ejercicio de poder del sistema penal

³² Lo más probable es que las propias agencias, a medida que su personal se conscientice, reclamen corporativamente nuevas y diferentes funciones, como parte de la necesaria reformulación de sus roles comunitarios. Es incuestionable que *la agencia policial tiene una enorme potencialidad para impulsar modelos de solución no punitiva de los conflictos* (particularmente conciliatorios) y que *la agencia penitenciaria es la que puede reclamar con éxito la implementación de las penas no privativas de libertad y la realización de un esfuerzo (superada la ilusión del "tratamiento") por reducir al mínimo posible en la ejecución penal los efectos deteriorantes y multiplicadores de la pena.*

quedaría deslegitimado; si no hay siquiera una mínima parte del ejercicio de poder de las restantes agencias penales que sea legítimo y racional.

Ya hemos dicho que en el plano social son raras las alucinaciones, siendo mucho más frecuentes y justificables las ilusiones. Por ende, existe, sin duda, un mínimo de poder ejercido legítimamente, como puede ser el que se pone en práctica para interrumpir un proceso lesivo en curso o la privación de libertad de alguien que sirve para salvarle de una agresión vindicativa, todo esto sin contar con que las agencias penales suelen tener a cargo funciones que no tienen nada que ver con el ejercicio de poder del sistema penal y que, por ende, no son afectadas por su deslegitimación (prevención física de accidentes, servicio de bomberos, etc.).

IV. LAS GARANTÍAS PENALES EN UN DISCURSO JURIDICO-PENAL RACIONAL

1. La deslegitimación de la guerra y del sistema penal.

Trataremos de demostrar la íntima conexión que media entre la guerra y el sistema penal, para luego comparar los cometidos del derecho frente a ambos fenómenos (lo que determina las particularidades propias del derecho humanitario y del derecho penal) y, desde esta perspectiva, definir la función que deben cumplir las garantías o límites penales y determinar su alcance.

La comparación entre el derecho humanitario y el derecho penal no es arbitraria. La afirmación de la continuidad de la guerra y la política es posible ponerla a cargo de autores de pensamiento sumamente dispar, pero el vínculo material entre guerra y sistema penal, teniendo en cuenta la función disciplinadora verticalizante del segundo, queda fuera de cualquier duda, pues ambos son los instrumentos más violentos de que se han valido las civilizaciones mercantil e industrial para extender y ejercer su poder planetariamente, al punto que *verticalización-social/producción industrial* es binomio tan inescindible como *industrialismo/armamentismo* o *tecnología/armamentismo*. De allí que la historia de la legiti-

mación o deslegitimación de uno de sus términos no pueda ser independiente del segundo³³.

Cuando el estado absolutista moderno quiso llevar al extremo el esfuerzo de verticalización, para legitimar el sistema penal deslegitimó la guerra (*Hobbes*). Para evitar el imaginario *bellum omnium contra omnes* —que, como vimos, nunca existió— se pretendió el absoluto monopolio de la fuerza; cualquier fuerza que escapase a su control sería delito; “delito” y “guerra” pasaron a ser sinónimos: se consideró al derecho como un ordenamiento monopolizador de la fuerza para imponer la “paz” (“su paz”, claro está).

A esta deslegitimación de la guerra se contrapuso una re-legitimación de la misma, para lo cual se consideró al “derecho” como sinónimo de “derecho subjetivo” y, por ende, el “delito” pasó a ser su lesión (*Feuerbach*, los jusfilósofos españoles del Siglo de Oro): la fuerza era legítima cuando era resistencia a la opresión. Se trata de la tesis de la “guerra justa”; la guerra se legitima en la medida en que es “justa” y el sistema penal en la medida en que evita la guerra “injusta”. El derecho pasó a ser tutor de derechos subjetivos.

De este modo vemos que, primero, para legitimar un sistema penal omnipotente se deslegitimó la guerra en el estado absoluto, y, luego, para deslegitimar la omnipotencia de ese sistema penal, se re-legitimaron algunas guerras.

El positivismo jurídico introdujo una nueva variante, pues pretendió legitimar tanto las guerras como el sistema penal, mediante el pretendido sometimiento de ambos a regulación: ambos eran legítimos en la medida en que eran “legales”, que se ajustaban a las leyes. Dado que ni todas las guerras ni todos los sistemas penales aparecían como “justos”, los respectivos poderes pasaron por sobre sus molestos “jurnaturalismos” y terminaron identificando “legalidad” con “legitimidad”. Por sobre cualquier consideración al respecto³⁴

³³ Recuérdese el razonamiento claro de Tobías Barreto a este respecto, hace más de un siglo: “Quien busque el fundamento jurídico de la pena debe también buscar, si es que ya no lo encontró, el fundamento jurídico de la guerra” (*O fundamento do direito de punir*, cit., pág. 149).

³⁴ V. *supra*, pág. 24.

lo cierto es que las agencias de guerra y las del sistema penal tampoco aceptaron los límites que pretendieron programarle sus respectivas agencias políticas y la guerra ya no pudo ser objeto de regulación, hasta que la tecnología nuclear consagró, de hecho y en forma irreversible, la sustracción de la guerra a toda ley.

El sistema penal, por su parte, pasó a ejercer su poder selectivo burlando cada vez más a las agencias políticas, que se limitaron a rumiar racionalizaciones de su impotencia en forma de teorías jurídicas a cargo de las agencias de reproducción ideológica (universidades, escuelas y facultades de derecho).

Surgió entonces el "pacifismo", ante la evidencia del descontrol total de la guerra. "Cuando una institución se ha vuelto tan poderosa que no se logra ya limitarla, se tiende, aunque en un primer momento sólo idealmente, a suprimirla. Tal ha sucedido con la propiedad en el comunismo, con el Estado en la anarquía, con la guerra en el pacifismo"³⁵, con el sistema penal en el abolicionismo.

Hoy la guerra ha quedado deslegitimada³⁶ y, aunque más tardíamente, está sucediendo lo mismo con el sistema penal, pese al enorme esfuerzo propagandístico con que los medios de comunicación social tratan de evitar este resultado. Como la propaganda bélica no es procedente en el momento de la política, por ende, se impone la propaganda del sistema penal.

La deslegitimación de la guerra ha permitido que los juristas mediten más respecto de la posibilidad de lograr su supresión. Para ello han tomado en cuenta tres caminos lógicos: accionar sobre los instrumentos (*desarme*), que se considera como el más practicable pero el menos efectivo; accionar sobre el *hombre* para conducirlo hacia pautas éticas orientadas a la paz, que se considera el menos practicable pero el más efectivo; y accionar sobre las *instituciones* para crear instancias superiores de control, que tendría la ventaja de ser relativamente practicable y efectivo³⁷.

³⁵ Cfr. Bobbio, op. cit., pág. 110.

³⁶ V. *supra*, pág. 204.

³⁷ Cfr. Bobbio, op. cit., págs. 95-110.

En el caso del sistema penal, el primer camino no tiene la misma importancia que en el otro hecho de poder. En cuanto a los dos restantes, no se presentan como incompatibles, sino como necesariamente complementarios: para reducir la violencia del sistema penal, para reducir su intervención y, finalmente, como meta utópica (para suprimirlo), es necesario accionar sobre las instituciones y sobre los hombres.

Un discurso jurídico-penal racional —que se haga cargo de la deslegitimación— es la forma más practicable y efectiva de accionar sobre hombres e instituciones, modificando pautas e introduciendo una ética para la vida.

2. Particularidades diferenciales de los campos penal y jushumanitario. Los hechos de poder del momento de la guerra y del momento de la política, pese a sus estrechísimos vínculos, presentan notorias diferencias, que permiten distinguirlos con facilidad, aunque en brevísimos y confusos momentos de transición pueden superponerse.

El combatiente en la guerra, esto es, el candidato a ser muerto o prisionado por ese hecho de poder, es el “enemigo” y, como tal se considera al que está alineado en el bando contrario, vista o no uniforme; dado que la lucha es masiva, la mera manifestación subjetiva o su presunción sirve para identificar al enemigo como alineado en el bando contrario.

El hecho de poder del momento de la política también es masivo, pero no se trata de aniquilar, vencer o vender al enemigo, sino de *contener a una mayoría considerable, impidiendo que se coaligue u organicc*. Los enemigos aquí son todos los integrantes de esa mayoría, aunque no en el sentido de “enemigos en la guerra”, sino en el de “enemigos en la política”, o sea, en otra forma de ejercicio del poder.

El sistema penal selecciona a unos pocos *enemigos en la política* y los muestra *como si fuesen enemigos en la guerra* al resto de la mayoría y, por supuesto, también a la minoría que no es necesario contener por este medio, salvo caso de disidencia peligrosa. Justamente, la vinculación “guerra-sistema penal” es mucho más íntima y compleja que la simplifi-

cación “delincuente-enemigo interno de la Patria”, que es parte de la ideología justificante del sistema penal³⁸.

La selección de los candidatos a ser mostrados como *enemigos en la guerra* escogidos entre los *enemigos en la política*, no puede hacerse al azar, porque se trata de elegir personas que deben terminar asumiendo plenamente su papel de “enemigos en la guerra” aunque no haya “guerra”, y no cualquier “enemigo en la política” es capaz ni tiene condiciones para eso. Se trata de elegir conforme a una cierta idea del personaje, a alguien que debe asumir un papel, introyectarlo y llevarlo adelante hasta el fin.

Si un director teatral, que al fin y al cabo exige mucho menos de sus actores, requiere sumo cuidado en la elección de los mismos conforme al personaje a representar, podemos deducir de ello el cuidado que en este aspecto debe poner el sistema penal.

Esta cuidadosa empresa selectiva la lleva a cabo mediante las agencias que detectan bastante bien a los candidatos, conforme a un *estereotipo*, o sea, a quienes ya están bastante disfrazados de enemigos en la “guerra” y el disfraz parece caerles de maravilla.

El número de candidatos que se seleccionan depende de múltiples factores que, en general, son coyunturales. Hacen parte de los mismos, el interés circunstancial de la agencia selectiva (su justificación burocrática, la necesidad de justificar su arbitrariedad o sus ingresos ilícitos, el interés de acallar reclamos de las agencias de publicidad (provocados por su apetencia de *rating* o inducidos por otras agencias), la necesidad de generar servicios en la agencia selectiva o en la penitenciaria, el interés en mantener o incrementar el nivel de contradicción frente al peligro o percepción del peligro de coalición del sector social mayoritario, etc.

³⁸ La analogía se remonta al discurso elitista y racista-organista de Garofalo. El razonamiento de este autor —que sobre los que hoy reiteran su lógica tortuosa tenía el mérito incuestionable de ser sincero y claro— se sintetizaba de la siguiente manera: “Mediante una matanza en el campo de batalla, la nación se defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores” (*La Criminología*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f., pág. 133).

Usualmente, es mucho mayor el número de prisioneros que el sistema penal toma que el que mata en actos de "guerra" o mostrados con toda la apariencia de tales (falsos enfrentamientos o ejecuciones sin proceso). Los *prisioneros de guerra* son mantenidos en campos de prisioneros o internados en el territorio enemigo. La mayor parte de los *prisioneros de la política* son internados en el propio territorio después de una *marcación* (se registra el disfraz y se deja a la persona circular con su marca más o menos visible, en función de excarcelación, condenación condicional, condena de ejecución condicional, "probation", "parole", "libertad condicional", salidas anticipadas, etc.), internación que puede ir precedida de un tiempo más o menos largo de prisionización efectiva en campo de concentración de enemigos del tiempo de la política, pero que, en la mayoría de los casos, no tiene lugar, procediéndose a una marcación rápida.

Esto se debe a que la prisionización de guerra y la prisionización de la política persiguen objetivos diferentes y, por ende, ambos prisioneros sufren tratamientos distintos y en buena parte antagónicos:

a) en el hecho de poder de la guerra, los prisioneros pueden ser internados o mantenidos prisioneros, pero, en cualquier caso, se los quiere neutralizar como enemigos;

b) en el hecho de poder de la política, en lugar de neutralizar una condición de enemigo en la política —que se mantendrá— se lo disfraza y entrena para que se comporte y pueda ser mostrado como un enemigo en la guerra.

Por consiguiente, mientras que un campo de *prisioneros de guerra* es un *lugar de contención*, un campo de *prisioneros de la política (prisión)* es un *lugar de entrenamiento o preparación*. Esta diferencia se impone de modo inevitable, porque la prisionización de la política no es la verdadera neutralización de los enemigos, sino el medio para neutralizar enemigos confundiendo al mostrarles a algunos de ellos —previa y convenientemente entrenados— como sus verdaderos enemigos.

En tanto que en el hecho de poder de la guerra existe un bando más o menos coaligado y en lucha violenta, en el hecho de poder de la política existe una mayoría enemiga no coali-

gada para la lucha política (es decir, para vencer la hegemonía minoritaria y operar conforme a intereses autónomos y no centrales) en cuyas filas debe mantenerse la confusión para evitar la coalición y su consiguiente ejercicio de poder. Esto se consigue “fabricando” supuestos “enemigos de guerra” que se comporten como tales y, con ello, pueda “fabricarse” una especie de “guerra”; dicho más claramente: esto sirve para difundir una suerte de “doctrina de la seguridad nacional del momento de la política”, que equivale a su paralela del tiempo de la “guerra sucia”.

Es natural, pues, que no pretenda el absurdo objetivo de prisionizar a todos los enemigos en la política, sino sólo a los más aptos para asumir el papel de “enemigos” en la “guerra sucia del momento de la política”.

Siendo éstas las características más salientes del ejercicio de poder represivo del momento de la política, debe quedar claro —una vez más— que el verdadero ejercicio de poder del sistema penal no pasa por esta represión, sino por el control y vigilancia que, con el pretexto de combatir a estos enemigos que fabrica en la forma señalada, ejerce sobre todos los enemigos en la política (es decir, sobre la mayoría marginada y sobre los pocos y eventuales disidentes de la minoría) para impedir su coalición, incluso con el beneplácito de buena parte de la misma y hasta con el pedido de ella.

La *muerte del enemigo en la guerra* y la *muerte del enemigo en la política* son sustancialmente diferentes: el enemigo en la guerra muere en un acto de violencia recíproca y organizada; el enemigo en la política es *fusilado sin formalidades* (salvo el ritual simplísimo de algunos grupos de exterminio latinoamericanos y sólo eventualmente) y, cuando no puede ser mostrado con el disfraz y en el papel de “enemigo en la guerra sucia de la política”, el fusilamiento se oculta cuidadosamente, porque de lo contrario pondría en descubierto la verdadera identidad de su ejercicio de poder y provocaría coalición (que es precisamente lo que se quiere evitar).

En lugar, cuando la víctima se halla convenientemente disfrazada (o puede disfrazarse su cadáver) y, mejor aún si se hallaba desempeñando su papel de “enemigo en la guerra sucia del momento de la política”, el hecho se publicita, hasta

el punto de no practicar estos fusilamientos sin publicidad, precisamente porque se trata de fusilamientos publicitarios, que se llevan a cabo para probar la existencia de la pretendida "guerra" y la consiguiente necesidad del control que el sistema penal debe ejercer sobre la totalidad de los potenciales enemigos en la política.

Las ejecuciones policiales son tan ilegales como las ejecuciones de prisioneros de guerra, pero no tienen finalidad ejemplificadora, no se llevan a cabo para evitar que otros prisioneros o la totalidad de la población del territorio ocupado incurra en hechos semejantes, como puede pretenderse en una interpretación simplista, sino que están dirigidas frontalmente a una mayoría contenida mediante su confusión y desorganización, para que esta mayoría, de buen grado, acepte el control que le impide su organización.

Las ejecuciones sin proceso son muertes exhibidas, *frontalistas*, no dirigidas al muerto sino al espectador, pero no para infundirle miedo para que no haga lo mismo que el muerto, sino para que acepte resignadamente la violencia del ejecutor y la reclame, para que sienta miedo del muerto, de la "guerra" que está "viendo".

Los grupos de exterminio latinoamericanos que pretenden ejecutar sin proceso con fines "moralistas", no hacen más que ocultar con algunas aisladas ejecuciones sus verdaderos fines, que es proteger y compartir los intereses de un sector de la delincuencia al que le dan cobertura o que directamente depende de ellos.

3. La función de la agencia judicial. A la agencia judicial suele presentársele a las personas ya disfrazadas y, de ser posible, con sus papeles completamente asumidos. El entrenamiento para ello se pone en marcha desde el momento mismo en que el sistema penal toca a la persona que va a prisionizar o a marcar.

La agencia judicial deberá decidir si corresponde continuar la prisionización o confirmar la marcación antes de proceder a la internación en el propio territorio. Este es su ejercicio de poder; para ello existe un conjunto de ceremonias y

ritos que, en general, tienden a confirmar a cada uno de los participantes en la certeza de su papel.

Además, en la medida en que la agencia judicial se limita al desempeño de esta función, legitima al resto del ejercicio de poder del sistema penal; por ello que las restantes agencias del sistema penal le reclamen el desempeño de ese rol cuando la agencia judicial o sus operadores no lo asumen plenamente, pues produce para ellas una disrupción deslegitimante.

a) *La agencia judicial debe determinar si el disfraz corresponde al comportamiento.* El disfraz de enemigo en la “guerra sucia del momento de la política” se lleva como un uniforme, con lo cual importa el reclamo de la asunción del rol que le corresponde, del desempeño del papel asignado conforme al disfraz, porque al exhibirlo con el disfraz, ya todos reclaman un comportamiento acorde al mismo. Se supone que quien se viste de albañil se comporta como tal, construye muros y es albañil; se supone que quien corresponde al estereotipo del ladrón, es ladrón, se comporta como tal y, por ende, roba. La agencia judicial tiene por función confirmar, por medio de un ritual establecido, que efectivamente es así, que porque el que “es” ladrón “debe robar”, realmente “roba”.

b) El mecanismo reseñado es el que opera en la gran mayoría de los casos, pero como nunca el ejercicio de poder puede operar de modo fatal y mecánico —dado que manipula conductas humanas, que en buena parte son imprevisibles, debido a su esencia y a imponderables coyunturales— se presentan casos en que la operatividad es diferente, algunos de los cuales son aprovechados —en *feed-back*— para ocultar lo que es la regla general, mediante la publicación de las excepciones.

En las coyunturas en que el sistema penal se hace cargo de *disidentes políticos*, suele proceder como con los prisioneros de guerra, aunque sin las garantías del derecho humanitario, y sustraerlos al poder de la agencia judicial, mediante diversos expedientes. Uno de ellos es prisionizarlos en función de poderes extraordinarios que surgen en razón de los “estados de emergencia” y negarle a la agencia judicial todo poder controlador a este respecto. Un método más expeditivo, por

supuesto, es el secuestro liso y llano, conocido como "desaparición forzada de personas".

Por supuesto que, en estas situaciones, cualquier intromisión de la agencia judicial se considera desacreditante para la misma, saboteadora en la "guerra", etc., y cualquier discurso jurídico que ensaye la defensa de los derechos elementales de estas personas se considera complicidad con sus fines políticos.

Existe un grupo de *disidentes de verticalidad*, que no necesariamente son disidentes políticos (en muchos casos claramente no lo son) y que suelen componerse con minorías étnicas, religiosas, sexuales, culturales, etc. Por lo general, las agencias no judiciales ejercen a su respecto el poder controlador no formalmente punitivo, en tanto que a la agencia judicial se le reclama su no intervención como forma de legitimar el control de las restantes.

En algunos casos, las agencias selectivas usan el poder de selección represiva para fijar caracteres negativos en los estereotipos de esas minorías: todos los inmigrantes "indocumentados" del país vecino son ladrones; todos los usuarios de tóxicos cuyo mercado se regula mediante prohibición, roban y matan para comprar el tóxico; todos los homosexuales y lesbianas son corruptores de menores; todos los habitantes de zonas de viviendas precarias o de emergencia son salvajes y primitivos; todos los jóvenes de esos sectores son pandilleros y violadores; etc.

La presencia de imponderables hace que los campos de concentración de prisioneros de la política alberguen un pequeño número de *prisioneros por azar*, a cuyo respecto no pueden perseguirse los objetivos propuestos respecto de la más amplia mayoría de seleccionados. En general, suele pasárselos a la categoría de "internados en el propio territorio" y no se insiste mucho en la marcación. El grueso suele estar compuesto por los criminalizados de tránsito, respecto de los cuales las agencias no judiciales no tienen ningún interés. No obstante la situación puede variar.

De cualquier modo, una minoría atípica y heterogénea se suma a este grupo (profesionales criminalizados por mala práctica, una buena parte de los homicidas y autores de le-

siones, etc.). A la agencia judicial se le pide que resuelva estos casos en que las restantes agencias debieron seleccionar por error y a veces casi a su pesar.

En unos pocos países existe, por último, un grupo insignificante, que son los *derrotados no disidentes*. Son los que perdieron en la pugna por la hegemonía del poder que, al ser derrotados sufrieron el “retiro de cobertura” de que ya hablamos. Por lo general se trata de ex-gobernantes o funcionarios acusados de corrupción, soborno, homicidios, abuso de poder, etc., porque el grupo triunfante usa al sistema penal para consolidarse; o de financistas derrotados por otros grupos financieros que usan al sistema penal para terminar de aniquilar el poder económico de la banda desplazada; etc.

Respecto de estos “derrotados no disidentes” se exige a la agencia judicial que confirme los cargos (lo que por lo general no es difícil, puesto que son públicos y notorios) y con ello consolide el poder del grupo triunfante.

Respecto de los derrotados no disidentes y de algunos prisioneros por azar, cabe consignar que, si bien no asumieron un rol conforme a estereotipo, se colocaron en un momento de vulnerabilidad que el hecho de poder del tiempo de la política —el sistema penal— aprovecha para legitimar su poder, exhibiéndolos como prueba de su pretendido funcionamiento igualitario o, al menos, de un supuesto esfuerzo por reducir la selectividad.

La característica de este grupo muy minoritario y atípico de prisioneros es la de haber realizado comportamientos que no corresponden a un disfraz y a un rol asignado conforme a estereotipo, pero en condiciones de competitividad que los colocaron en situación de alta vulnerabilidad al sistema penal.

4. Un nuevo sentido para las garantías penales. Dado que la selección de prisioneros de guerra la determina el espacio de fuerza de que dispone el hecho de poder de la guerra, el derecho humanitario limita casi exclusivamente su discurso respecto de los prisioneros, al tratamiento que se les dispensa a los mismos.

Como la selección de los prisioneros de la política responde a la altísima irracionalidad con que el hecho de poder de

la política procede a la misma, el discurso jurídico-penal que pretenda operar como reductor de su violencia debe hacerse cargo de ese dato de irracionalidad selectiva.

A este respecto, para programar una acción reductora de violencia de la agencia judicial, debe tenerse claramente en cuenta que ésta dispone de un *poder de decisión selectiva meramente secundario*, que interviene cuando la selección ya ha tenido lugar, que las restantes agencias tratan de disminuir su intervención y, en caso de no poder evitarla, de demorarla en la medida de lo posible.

La reducción del ámbito de control y la postergación cronológica de la intervención controladora son los dos caminos por los que trata de limitarse el ejercicio de poder selectivo secundario de la agencia judicial.

Cuando se procura programar una intervención reductora de violencia de la agencia judicial, la racionalidad que esa intervención implica requiere que esa intervención se haga conforme a un discurso que establezca:

a) *los límites máximos a la arbitrariedad y al azar selectivo de las agencias no judiciales y*

b) *también que extreme el cuidado para que esos límites no se neutralicen por distorsión cronológica o por intervención superficial o formal*³⁹.

Ante la evidente carencia de poder de la agencia judicial para abolir al sistema penal y reemplazarlo por mecanismos de solución de conflictos (análoga a la falta de poder de la Cruz Roja Internacional para suprimir los conflictos bélicos), *las agencias judiciales, como objetivo inmediato, deben proceder conforme a un discurso que marque los límites máximos de irracionalidad tolerable en la selección criminalizante del sistema penal.*

No obstante, no es ésta la única tarea de limitación de irracionalidad que debe programar el discurso jurídico-penal y que, en razón de otra diferencia cualitativa entre el hecho

³⁹ El segundo componente del discurso, esto es, la evitación de la distorsión cronológica neutralizante de la intervención judicial, es materia propia del discurso jurídico-penal procesal.

de poder del sistema penal y la guerra, no tiene paralelo en el derecho humanitario. La prisonización en el momento de la guerra, en principio, tiene una duración indeterminada y depende de circunstancias generales y ajenas al hecho que motivó concretamente la misma, es decir, que puede cesar por la culminación del hecho bélico, por decisión bilateral concertada, por decisión unilateral, etc., o sea que *la condición de prisionero de guerra, por lo general, permanece indefinidamente*. La prisonización de la política, en lugar, necesita un límite, porque corresponde a períodos que pueden ser mucho más prolongados que los de la guerra y es resultado de un hecho de poder que se plantea como “normal” y “permanente”, por lo cual es absolutamente indefinido: la guerra, por prolongada que sea, dado que se considera una situación “extraordinaria”, un día se supone que debe terminar; el hecho de poder del momento de la política es mostrado como algo que no puede terminar jamás.

El discurso jurídico-penal, debe hacerse cargo pues, de la duración, magnitud y extensión de la prisonización y marcación o internación del momento de la política. *La condición de prisionero de la política debe ser limitada en el tiempo y en sus efectos también conforme a criterios de máxima irracionalidad tolerable en cuanto a la misma.*

En síntesis, resulta que de las particularidades propias del hecho de poder del momento de la política, el discurso jurídico penal que programe la intervención reductora de violencia de la agencia judicial debe hacerse cargo del establecimiento de límites que señalen los máximos de irracionalidad que el ejercicio de poder del sistema penal no puede superar, haciéndolo conforme a criterios que el derecho humanitario no conoce, porque en el derecho humanitario se derivan de la naturaleza misma del hecho de poder que trata de limitar.

Los límites de irracionalidad máxima del sistema penal —no necesaria al discurso limitador de la violencia de guerra— se refieren:

a) *a límites en el ejercicio del poder de seleccionar a los candidatos a ser prisonizados y entrenados para que asuman el papel de enemigos en la guerra;*

b) a la duración, intensidad y extensión de la condición de prisionero de la política.

En cuanto al tratamiento de los prisioneros, *las pautas son bastante similares a las de los prisioneros de guerra*, reconociendo, como dato diferencial, que el prisionero de la política debe ser protegido con la intervención de la agencia judicial a efectos de que ésta perturbe lo más que pueda el entrenamiento a que se somete a estos prisioneros en los campos de concentración del momento de la política, es decir, que dificulte al máximo la asunción del rol de extranjero o enemigo de guerra que se pretende hacer asumir al prisionero.

En alguna medida, ésta será tarea del discurso jurídico-penal, pero especialmente lo será del discurso procesal penal y del discurso del derecho de ejecución penal.

5. Las garantías como límites máximos de irracionalidad. El discurso jurídico-penal liberal y la misma ideología de los Derechos Humanos vienen albergando la contradicción de justificar un hecho de poder y pretender limitarlo desde su legitimación (racionalización legitimante) justificante.

Por ello, siempre han enunciado las *garantías penales* como *principios* que supuestamente cumple el sistema penal en su operatividad (o que *debe cumplir*, con lo cual no se preocupan si las cumple o no), cuando la realidad operativa del mismo, en cualquier lugar del planeta, pero especialmente en nuestro margen, *los viola a todos*.

Ha llegado el momento de depurar el discurso de esta contradicción que, al mismo tiempo que lo hace hipócrita —pese a la buena voluntad y a la buena fe de sus sostenedores—, tiene por efecto más grave el de impedirle su dinamización y el cumplimiento de una función de tutela efectiva de la dignidad de la persona humana: *el discurso jurídico-penal debe planificar las decisiones de las agencias judiciales en forma que éstas traten de extender esos principios hasta las máximas posibilidades de realización que el poder decisorio de esas agencias lo permita y los "standards" de realización así obtenidos y en permanente ampliación inacabada, se conviertan en límites máximos a la irracionalidad tolerada (por falta de poder que pueda reducirla aún más) en el ejercicio del*

poder selectivo (criminalizante) y reactivo (deteriorante y condicionante) de los sistemas penales.

Las garantías que la agencia judicial debe ofrecer (garantías penales) son los máximos de realización que puede alcanzar con su ejercicio de poder, respecto de esos principios limitadores de irracionalidad y violencia.

Es absurdo pretender que los sistemas penales respetan el principio de legalidad, el de reserva, el de culpabilidad, el de humanidad y, sobre todo, el de igualdad, cuando sabemos que, *estructuralmente*, están armados para violarlos a todos. *Lo que puede lograrse —y debe hacerse— es que la agencia judicial ponga en juego todo su poder en forma que haga descender hasta donde su poder se lo permita el número e intensidad de esas violaciones, operando como contradicción dentro del mismo sistema penal y obteniendo de este modo una constante elevación de los niveles de realización operativa real de esos principios.*

Cada caso que el poder de las agencias no judiciales somete a la agencia judicial debe decidirse conforme a la *regla de “violación mínima/realización máxima” de los principios garantizadores penales.*

Esta regla nos vuelve al llamado “derecho penal liberal” en cuanto a los límites de la decisión represiva y restringe aún más este ámbito, pero sin el lastre de una justificación racionalizadora (legitimación) que ya no viciará la pauta de decisoria con su dictadura deductiva.

Desde la perspectiva de un discurso jurídico-penal pautado conforme al realismo marginal, *por garantías penales se entiende el compromiso de las agencias judiciales penales para ejercer su poder en forma que decida cada caso conforme a la regla de “violación mínima / realización máxima” de los principios que sirven para limitar la irracionalidad (violencia) del ejercicio de poder del sistema penal, configurando de este modo un “standard” —provisional, por progresivo y “abierto” o “inacabado”— de máxima irracionalidad (violencia) tolerada (por falta de poder de la agencia judicial para imponer uno menor).*

El discurso jurídico-penal que se enuncia como si estos principios “se realizasen” es encubridor, porque oculta la incapacidad estructural de su plena y completa realización (la contradicción estructural que hace que su plena realización sea sinónimo de desaparición del ejercicio de poder que implica el sistema penal).

El máximo realizable de esos “principios” sólo puede ser un *standard*, que el poder de la agencia judicial debe tender a elevar conforme a su espacio, que debe administrar.

La necesidad de este esfuerzo sólo puede ponerse de manifiesto renunciando a la ilusión de su realización. El discurso de las *garantías realizadas* no es más que una parte del discurso legitimante: tal como este discurso oculta el limitado poder de la agencia judicial bajo la falsa apariencia de que su ejercicio controla en su totalidad el sistema penal, el discurso de las “garantías realizadas” pretende el respeto pleno e irrestricto de los principios limitadores, ocultando la magnitud de su desconocimiento y violación estructural.

Hay un *principio de legalidad*, por ejemplo, como principio abstracto limitador, es verdad, pero hay una *garantía de legalidad* sólo como decisión en cada caso, de acuerdo a la “máxima realización / mínima violación” de ese principio, y el conjunto de las decisiones dará por resultado el *standard de legalidad* logrado por el máximo esfuerzo de la agencia judicial.

6. El discurso jurídico-penal y el “standard” obtenido por la agencia judicial. Es obvio que el concepto que acabamos de brindar de las *garantías penales* no es estático.

La progresiva “realización máxima / violación mínima” de los principios penales, conforme al ejercicio del poder decisorio de las agencias judiciales, irá marcando “standards” que deberán avanzar cada vez más en pos de la reducción de la violencia. Por ende, las garantías deben operar en forma tal que los *standards* avancen, lo que significa que los *principios penales limitadores* deben considerarse como “abiertos” o “inacabados”.

La única forma de mantener esta progresividad de la limitación represiva y de hacer que los principios penales que-

den siempre “abiertos” o “inacabados”, consiste en sostener un cierto grado de contradicción entre el discurso jurídico-penal de la agencia de reproducción ideológica y el *standard* logrado por las agencias judiciales.

Esta contradicción dinamizante requiere que el discurso jurídico-penal académico o universitario vaya siempre más adelante del *standard* logrado por las agencias, en forma tal que constituya de esta manera el impulso de la jurisprudencia.

La agencia de reproducción ideológica necesita ejercer la crítica permanente de las agencias judiciales y, por supuesto, de las políticas (legislativas). Es la única forma en que puede dejar de ser una agencia de reproducción ideológica para convertirse en una agencia de dinamización ideológica del sistema penal.

La apertura realista del discurso de esa agencia ha sido rechazada por todos los programas más o menos autoritarios, totalitarios o represivizantes. Esto indica claramente que su discurso es peligroso para el ejercicio del poder con estos signos; si ellos lo consideran peligroso, sin duda es porque implica un relevante ejercicio de poder, pues, de lo contrario, se limitarían a ignorarlo. Este es un argumento mucho más que convincente para rechazar cualquier pretensión de “utopismo” o de depresión anímica importante proveniente de las actitudes propias de la *traurige Linke* (“izquierda triste”).

Así, por ejemplo, en los últimos lustros se ha logrado un cierto *standard* respecto del principio de culpabilidad y el consiguiente rechazo de la constitucionalidad de las llamadas “medidas posdelictuales” para imputables adultos, lo que ha provocado su desaparición de varias legislaciones (Uruguay, Brasil) y su reducción en otras (Argentina). El *standard* siguiente se logrará llevando la realización del principio a la reincidencia, hasta lograr análoga conclusión y resultado.

7. Mención y perspectivas de los principales principios penales limitadores inacabados. En el capítulo siguiente haremos referencia a las perspectivas de un derecho penal concebido desde el punto de vista de un realismo marginal, tal como lo hemos fundado, en cuanto a la construcción de la teoría del delito y de sus consecuencias jurídicas.

No obstante, aunque sea con la brevedad ensayística acorde con el estilo de esta propuesta, se nos hace necesario señalar previamente cuáles son los principios limitadores inacabados que debemos tener presentes en la construcción de las teorías de que nos ocuparemos más adelante y señalar algunas de sus perspectivas.

El enunciado no es taxativo ni puede serlo, pues los derechos “implícitos”, reconocidos en casi todos los textos constitucionales y en la correspondiente doctrina jurídica, el surgimiento de “nuevos” Derechos Humanos (que frecuentemente son “viejos”, siendo nuevo sólo su reconocimiento como Derecho Humano) y el surgimiento de nuevos conflictos por efecto de la revolución tecno-científica, demandan una dinámica creadora de principios o de reconocimiento jurídico o acentuación del cuidado en la realización de los conocidos, que es imposible catalogar en forma taxativa. *Los principios limitadores penales no sólo son inacabados en su realización, sino que también son inacabados en su enunciación y catalogación.*

Consideramos conveniente adoptar una clasificación de los principios útiles para la limitación de la violencia del sistema penal en: principios para la limitación de la violencia por *carencia de elementalísimos requisitos formales*, por *exclusión de supuestos de grosera disfuncionalidad para los Derechos Humanos* y por *exclusión de cualquier pretensión de responsabilidad personal por su notoria irracionalidad*⁴⁰.

V. PRINCIPIOS PARA LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA POR CARENCIA DE ELEMENTALISIMOS REQUISITOS FORMALES

1. Principio de reserva de ley o de exigencia del máximo de legalidad en sentido estricto. Conforme a este principio se requerirá el respeto al máximo de legalidad de las penas y de todos sus presupuestos.

Entendiendo a la pena —como lo hacemos— como un concepto obtenido por exclusión y por incorporación de datos

⁴⁰ El desarrollo se inspira en el cuadro esquemático de Baratta (“Capítulo Criminológico”, Maracaibo, 13, 1985), que es uno de los más completos, con las modificaciones que nos impone la perspectiva que aquí ensayamos.

ónticos, se desprenderá del mismo la recuperación de un gran campo de materia punitiva para el ejercicio del poder de los juristas, la declaración de inconstitucionalidad de numerosas administrativizaciones de conflictos decididos por vía de modelos punitivos y, en general, de todas las conminaciones penales que, so pretexto de no ser punitivas, no responden al requisito de legalidad.

2. Principio de máxima taxatividad: A la luz de este principio resultan claramente inconstitucionales los tipos sin límites ciertos, las escalas penales con máximos indeterminados y los presupuestos penales administrativizados que no conocen la tipicidad legal y los que, incluso estando en la órbita judicial, se dejan librados a tipicidades de construcción judicial.

Implica la proscripción de toda integración analógica de la ley penal e impone su interpretación restrictiva como regla general.

3. Principio de irretroactividad: Es una consecuencia del primero y de su función posibilitante abstracta del conocimiento previo de la prohibición y de la conminación.

4. Principio de máximo de subordinación a la ley penal sustantiva: Implica desconocer las leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas, acordadas, etc., que en el orden procesal ejecutivo o administrativo, introduzcan limitaciones de derechos que no sean la consecuencia necesaria e inevitable de la realización de lo dispuesto por las leyes penales.

Se encuadran en este supuesto las penas introducidas por vía de prisión preventiva, de inhabilitaciones por delitos no autorizadas o no impuestas en sede penal, etc.

5. Principio de representación popular. Las leyes penales sólo pueden ser producidas por las agencias legislativas constitucionales con representación popular. Las leyes penales "de hecho" o "de facto" sólo deben ser reconocidas en la medida en que benefician al criminalizado o candidato a la criminalización, siempre que este beneficio no haya sido resultado de un cálculo de los usurpadores del poder legítimo para beneficiarse o beneficiar a sus circunstanciales aliados.

VI. PRINCIPIOS PARA LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA
POR EXCLUSION DE SUPUESTOS DE DISFUNCIONALIDAD
GROSERA PARA LOS DERECHOS HUMANOS

1. **Principio de limitación máxima de la respuesta contingente:** Sólo puede ser un indicador rector para la agencia judicial. Cuando una reforma represiva se introduzca sin suficiente y amplio debate público y participativo, sin consulta a técnicos responsables, respondiendo demagógicamente a reclamos de las agencias de publicidad del sistema penal o de grupos interesados que sorprenden la ingenuidad de las agencias legislativas, es función de las agencias judiciales extremar el celo en el análisis crítico del texto y agotar el uso de los restantes principios para declarar la inconstitucionalidad de la misma. La agencia judicial debe velar por la supremacía constitucional, que exige una ética republicana a las agencias legislativas.

2. **Principio de lesividad:** La irracionalidad de la acción represiva del sistema penal no puede llegar al límite en que se pretenda imponer una pena sin que ello presuponga un conflicto en que resulte afectado un bien jurídico.

Este principio debe tener valor absoluto en las decisiones de la agencia judicial, porque su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas de "moralización" subjetivizada y arbitraria del ejercicio de poder del sistema penal.

La pena como respuesta a una acción que no afecta el derecho de nadie es una aberración absoluta que, como tal, no puede admitirse, porque su lesión del principio de racionalidad republicana es enorme.

3. **Principio de mínima proporcionalidad:** Si bien la pena siempre es irracional, sobrepasa el límite de lo tolerable cuando el conflicto que opera como presupuesto es de lesividad ínfima o despreciable (principio de insignificancia) o, cuando no siéndolo, la pena prevista quiebra el límite de lo razonable de modo burdo, en cuanto a su proporción con la magnitud del conflicto o de la lesión.

4. **Principio de respeto mínimo a la humanidad:** Cuando a nivel de previsión abstracta o, en el caso concreto y por

circunstancias particulares del mismo, la pena repugne a elementales sentimientos de humanidad, implique una lesión gravísima para la persona en razón de su circunstancia o agregue un sufrimiento al que ya padeció el sujeto en razón del hecho, la agencia judicial, en función del principio republicano de gobierno, tiene que ejercer el poder de prescindir de la pena o de imponerla por debajo de su mínimo legal, lo que es jurídicamente admisible, puesto que puede ser *supralegal*. pero *intra-constitucional*.

5. Principio de idoneidad relativa: Pese a que la intervención del sistema penal nunca resuelve los conflictos, salvo por azar, existe una incapacidad para ello que es general y estructural, en tanto que existe otra que también es absoluta y que ni siquiera admite mucha discusión, cuando resulta evidente que el legislador pretende descargarse de un conflicto en forma muy burda.

La agencia judicial debe presionar a la agencia legislativa para que ésta no trate de desembarazarse de las conflictividades con aparentes soluciones que, en realidad, ocultan los conflictos. Nunca es muy serio pretender una solución punitiva, pero no es admisible caer directamente en el ridículo y admitir que la agencia judicial participe del mismo.

6. Principio limitador de la lesividad a la víctima: La víctima de un delito ya resulta considerablemente afectada porque por regla general el sistema penal no se inmuta; cuando interviene, no es mucho menor la afectación, como consecuencia de la expropiación del conflicto, siendo inadmisibles que la agencia judicial, además de estas afectaciones, tolere que la irracionalidad del sistema penal llegue al límite de intervenir cuando, en concreto, esta intervención le acarrea aún mayores perjuicios.

Puede que la ley no lo establezca, pero los principios elementales del respeto a la dignidad humana colocan un límite a la utilización —y consiguiente cosificación— de la persona humana: se usa al criminalizado para ejercer un poder verticalizante; para lo mismo se usa a la víctima mediante la expropiación (diríamos confiscación) de su derecho lesionado, resultando excesivo, pues, que también la agencia judicial to-

lere que se use aún más a la víctima infligiéndole un dolor contra su voluntad con la intervención del poder del sistema penal.

7. Principio de trascendencia mínima de la intervención punitiva. Toda intervención del sistema penal trasciende la persona del criminalizado de modo estructural e inevitable. El criminalizado pertenece a un grupo que, por lo general, sufre las consecuencias de la criminalización. Nadie puede evitar esta trascendencia, sino mediante la supresión de la pena.

No obstante, la misma puede extremarse por circunstancias particulares o el legislador puede prever penas que trasciendan de modo innecesario. En ambos casos, la agencia judicial debe ejercer su poder en forma que éste no exceda la trascendencia corriente, que es el máximo de violencia irracional que puede admitirse en este sentido.

VII. PRINCIPIOS PARA LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA POR EXCLUSION DE CUALQUIER PRETENSION DE IMPUTACION PERSONAL EN RAZON DE SU NOTORIA IRRACIONALIDAD

El desarrollo de estos principios se imbrica mucho más que los otros en la temática del capítulo siguiente, siendo las bases de la *teoría del delito concebida como un conjunto de límites que la agencia judicial debe comprobar que no se han violado, para que pueda dar paso a las consecuencias penales.*

En la elaboración de esos límites concurren los principios anteriores, que no se refieren exclusivamente a la pena y a su cuantificación, pero los que aquí corresponde tratar están exclusivamente referidos a lo que designamos como "teoría del delito" y que veremos de inmediato.

CAPÍTULO SEXTO

LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA SELECTIVA POR LA LLAMADA "TEORIA DEL DELITO"

I. HACIA UNA PAUTACION DECISORIA NO LEGITIMANTE. 1. La función teórica de la "construcción del delito". 2. "El" delito no existe. 3. Los requisitos elementales y mínimos para la pautaación decisoria. 4. El debate sobre la naturaleza del injusto. 5. La interpretación conglobada de los tipos penales como instrumento limitador. — II. LA CRISIS DE LA CULPABILIDAD. 1. La deslegitimación de la "resprochabilidad". 2. Etica, reprochabilidad y culpabilidad. — III. LOS REQUISITOS DE RESPONSABILIDAD. 1. ¿Quién es "responsable"? 2. La culpabilidad por la vulnerabilidad como base de la respuesta criminalizante. 3. Niveles de vulnerabilidad y culpabilidad. 4. El esfuerzo personal para la vulnerabilidad. 5. Cuantificación penal y culpabilidad por la vulnerabilidad o por el esfuerzo personal por la vulnerabilidad. 6. ¿Se pretende una nueva "tópica"? 7. ¿La culpabilidad por la vulnerabilidad es de acto o de autor? 8. Pena sin culpabilidad o la posibilidad de la aberración tolerada. (La peligrosidad del sistema penal).

I. HACIA UNA PAUTACION DECISORIA NO LEGITIMANTE

1. **La función teórica de la "construcción del delito".** El poder selectivo del sistema penal individualiza a algunos candidatos a la criminalización, pone en marcha a su respecto el proceso de criminalización y los somete a la decisión de la agencia judicial, que puede autorizar la continuación de la acción criminalizante en curso o decidir la suspensión de la misma. La selección, como sabemos, se produce en razón de la persona (el "buen candidato" se selecciona mediante un estereotipo), pero la agencia judicial sólo puede intervenir racionalmente si lo hace para limitar esa violencia selectiva y física conforme a cierto *criterio objetivado propio y diferente* del que rige el accionar selectivo del resto del ejercicio de

poder del sistema penal, pues de lo contrario no se justificaría su intervención y ni siquiera su existencia (sólo se “explicaría” funcionalmente).

Cabe insistir en que la agencia judicial debe decidir porque no dispone de poder suficiente para cancelar la totalidad de esa violencia selectiva.

Su reducido poder la coloca en la disyuntiva de decidir o de dejar la entera decisión librada a la arbitrariedad de las agencias de selección primaria (esto último sucede en el ámbito del control social ópticamente punitivo, pero que se sustrae a la agencia judicial, encubriendo esto mediante las racionalizaciones que implican los “elementos negativos” del discurso jurídico-penal y, por supuesto, en todo el ejercicio ilícito del poder del sistema penal).

La decisión criminalizante de la agencia judicial siempre es “mala”, pero menos “mala” que la libre arbitrariedad del poder de las restantes agencias, de modo que en los poquísimos casos que se le someten es mejor que los decida, porque sería mucho peor que no lo hiciese.

Reconocer la legitimidad de la intervención decisoria de la agencia judicial como “valor trunco” no implica introducir ninguna racionalidad en el ejercicio de poder del sistema penal, sino sólo limitar su irracionalidad operativa en curso en la medida en que la agencia puede ejercer su poder en este sentido.

En la programación del criterio pautador limitador y no legitimante, uno de los capítulos más importante lo constituye la llamada “teoría del delito”, constituida por el conjunto de requisitos que, en cualquier caso, deben darse para que la agencia judicial no suspenda o interrumpa el ejercicio de poder del resto del sistema penal.

2. “El” delito no existe. La parte especial de cualquier código penal señala una cantidad de acciones conflictivas de total heterogeneidad en cuanto a su significado social. Si observamos cómo opera el sistema penal en estas hipótesis conflictivas, vemos que en la inmensa mayoría de los casos éste no interviene (hurtos, cohechos, estupros, etc., que sólo en un número ridículamente ínfimo llegan a la agencia judicial), en

otros interviene sólo en algunos casos y contra determinadas personas (homicidios, o sea, casos en que el mayor número históricamente ha sido cometido por el propio estado y casi nunca llegó a conocimiento de las agencias judiciales), en otros casos no ha intervenido nunca a pesar de la gran frecuencia (adulterios), otros han pasado de moda (duelo), otros jamás se han presentado (infidelidad diplomática), etc.

Es bastante claro que esa disparidad de hipótesis y de reacciones del sistema penal no puedan dar lugar a nada unitario.

Sin embargo, el discurso jurídico-penal parece pasar por alto todos estos datos y proporciona un "concepto unitario" de delito, mediante una compleja teorización que usualmente se llama "teoría del delito" y que afirma (con variables, según los autores) que "delito es una acción típica, antijurídica y culpable".

Resulta claro que este "concepto jurídico de delito" no es tal, sino que es *la síntesis de los requisitos que debe presentar cualquier acción conflictiva de un autor seleccionado por el poder del sistema penal, para que la agencia judicial responda afirmativamente en cuanto al avance del proceso de criminalización en curso.*

Nos parece claro que un conjunto de requisitos no constituye un concepto: nadie afirma que el certificado de defunción y la gestión de un familiar como requisitos para que la autoridad administrativa autorice la inhumación en un cementerio, constituyen un "concepto de muerto" propio de la administración de cementerios; ni que la vacunación, correa, bozal y patentamiento necesarios para pasear un perro, constituyan un concepto de "perro" propio de la administración municipal.

Es casi un equívoco lingüístico el que llevó a reificar categorías de requisitos, en forma tal que se hable de "el" delito, cuando es de toda evidencia que "el" delito no existe, pues ópticamente sólo existen conflictos arbitrariamente seleccionados y jurídicamente sólo existe un conjunto muy heterogéneo de hipótesis conflictivas que, con buena voluntad pueden llamarse "delitos".

En este sentido, "*delitos*" serían las conductas conflictivas que dan lugar a una decisión criminalizante afirmativa de la agencia judicial, que decide no interrumpir la criminalización en curso, en tanto que "*teoría del delito*" es sólo el "*nomen juris*" de una parte del discurso jurídico-penal que explicita en forma orgánica el conjunto de requisitos que la agencia judicial debe requerir antes de decidirse a responder consintiendo el avance del proceso de criminalización.

Este conjunto más o menos orgánico de requisitos constituye el nivel máximo de selectividad tolerada, o sea, que traduce un programa de reducción de la violencia selectiva y deslegitimada del sistema penal.

En la categorización de los requisitos pueden distinguirse un nivel elemental (la acción) y un nivel mínimo (tipicidad y antijuridicidad).

Tradicionalmente decimos que cuando se cumplen los requisitos elementales y mínimos nos hallamos ante un "injusto penal"; estos requisitos son presupuestos de la posibilidad de respuesta judicial que consiente la progresión criminalizante, pero no implican la necesidad de la producción de la respuesta, porque hay otro nivel de requisitos, que corresponde a la respuesta misma. Se trata de dos niveles de preguntas referidas a los requisitos:

a) ¿La criminalización en curso puede reconocer "algo" conflictivo como presupuesto de su poder violento?

b) ¿En tal caso es admisible tolerar en este supuesto en particular y en relación con este autor concreto la respuesta selectiva?

Esta segunda pregunta es la que se responde en el nivel de requisitos que el discurso jurídico-penal llama técnicamente *culpabilidad*.

**3. Los requisitos elementales y mínimos para la pauta-
ción decisoria.** Para limitar la irracionalidad de la violencia selectiva, la agencia judicial necesita pautar su plan decisorio en la exigencia de requisitos objetivos. Para esta exigencia de datos objetivos resulte mínimamente racional, estos datos deben ser seleccionados conforme a algún fundamento antropológico o, al menos, no negar una base antropológica; por ello,

es evidente que no puede tomar como datos limitadores o pautadores otra cosa que no sea una conducta o acción del criminalizado. Cualquier otro dato resultaría contrario al concepto de hombre como persona y, por ende, abiertamente anti-jurídico.

Este es, pues, *el nivel más elemental* de los requisitos que la agencia judicial debe constatar para responder afirmativamente al ejercicio del poder criminalizante ya en curso.

En un nivel de requisitos que supera la elementalidad del que ya señalamos, resulta mínimamente exigible que la conducta de esa persona presente algunas características objetivables en función de un criterio previamente establecido por un acto en que participe la *representación popular*. No obstante, ésta tampoco es omnímoda, sino que únicamente podrá caracterizar conductas que impliquen un *conflicto* generado por la *lesividad* (efectiva o potencial) de la conducta.

Este conjunto de *requisitos mínimos* concreta lo que se denomina *tipicidad y antijuridicidad*, es decir, un *injusto*.

La conflictividad y lesividad de la acción no son límites arbitrarios ni "meta-jurídicos", sino impuestos por la más elemental racionalidad republicana: en el momento de la guerra, el "enemigo" es cualquiera que haya realizado o sea capaz de realizar una acción bélica como integrante de un bando armado, pero en el momento de la política, la mera capacidad de llevar a cabo la acción lesiva no puede relevarse, porque, en principio, cualquiera es capaz de llevar a cabo una acción conflictiva y lesiva ("No hay falta que no me haya sentido capaz de cometer" sentenció Goethe). Para seleccionar a una persona en forma criminalizante debe requerirse, pues, mínimamente, que haya iniciado o llevado a cabo una acción y que ésta sea efectivamente conflictiva por su lesividad real o potencial: la mera capacidad de realización, suficiente en la guerra, no puede ser suficiente para el hecho de poder del momento de la política.

La "peligrosidad" positivista no es otra cosa que la burda tentativa de pasar por alto esta diferencia y asimilar completamente al delincuente con el "enemigo" y algo parecido sucede con ciertas "disposiciones internas" de la dogmática

contemporánea, que hacen sus veces. Por otra parte, como el “enemigo de guerra” existe y el “enemigo en la guerra sucia del momento de la política” se “fabrica”, la “peligrosidad” no es otra cosa que la constatación del grado de asunción del rol asignado conforme al estereotipo por parte de la persona criminalizada.

Como el hecho de poder del sistema penal seguirá conservando su irracionalidad, pese a la limitación que le imponga el ejercicio de poder de la agencia judicial —dado que un hecho violento y arbitrario no pierde estas características por la mera circunstancia de que se lo acote— la agencia judicial deberá hacer siempre una interpretación restrictiva y estricta de la señalización legal que predetermina la acción que le sirve como pauta limitadora. El principio de legalidad en cuanto a lo que alguna vez se llamó “tipo-garantía” no puede tener otro fundamento que la necesidad de acotar la violencia selectiva del poder penal. *Es una suerte de “derecho penal mínimo” que se consagra hoy casi universalmente y que se ha tratado de racionalizar, limitar y burlar de muy diferentes maneras.*

La “construcción” de una “teoría del injusto” (como parte de la “construcción” de una “teoría del delito”) encierra también un equívoco lingüístico, que lleva a la ilusión de dar por supuesto que el sistema penal opera captando las acciones típicas y antijurídicas en forma mecánica o automática.

Este “uso del lenguaje” jurídico no debe hacernos perder de vista —en momento alguno—, que el sistema penal selecciona personas arbitrariamente y que *los requisitos de tipicidad y antijuridicidad (que se sintetizan en la categoría de “injusto penal”)* no son más que los requisitos mínimos que la agencia judicial debe demandar para responder permitiendo que avance el proceso de criminalización en curso sobre la persona arbitrariamente seleccionada.

No se trata más que de instrumentos de los que se vale la agencia judicial para limitar un ejercicio de poder claramente arbitrario; hay muchas personas más que han hecho lo mismo que el seleccionado y no lo han sido; hay otros que no lo han hecho y se le presentan seleccionados a la agencia

judicial; el poder selectivo y punitivo continuará ejerciéndose para justificar la necesidad de la arbitrariedad. Esta realidad operativa deslegitimada queda intacta. El discurso jurídico-penal referido al injusto como nivel mínimo de limitación de la arbitrariedad selectiva no le quita nada a su innegable deslegitimación.

4. El debate sobre la naturaleza del injusto. La discusión en torno a si el “injusto” “es” objetivo (o predominantemente objetivo) o complejo (más o menos subjetivizado), se vinculó a una opción entre “desvalor del resultado” y “desvalor del acto”, asociándose también a la disputa entre “concepto jurídico-penal” y “concepto óntico-ontológico” de acción humana en el discurso jurídico-penal. De este modo, llegó a plantearse una opción más general y abarcativa entre:

a) concepto jurídico-penal de acción, desvalor del resultado e injusto objetivo y

b) concepto óntico de acción, desvalor del acto y subjetivización del injusto.

La vertiente que partió de la segunda opción tuvo para algunos autores un desarrollo que les llevó a abandonar el concepto óntico de acción y hasta a minimizar la importancia misma de la acción, restar importancia a los requisitos objetivos de la tipicidad, resaltar los componentes subjetivos de “ánimo”, suprimir el resultado material de la tipicidad, relativizar o minimizar el concepto de bien jurídico y postular que el derecho penal tutela sólo pautas éticas, es decir, etizarlo hasta llegar a convertirlo casi en un discurso moralizante destinado a castigar o a corregir a “ciudadanos maleducados”, como si la sociedad fuese una “inmensa escuela” y el derecho penal un conjunto de previsiones para niños indisciplinados.

La vertiente que partía de la primera opción, anterior en muchos años a la segunda, ya había llegado a penar lo que no eran acciones, a dejar impunes acciones aberrantes del poder con el argumento de que no eran acciones, a caer por vía de la pura causación del resultado en la responsabilidad objetiva, a ampliar la lesividad hasta lo inimaginable mediante un nebuloso concepto de “peligro abstracto” o la degrada-

ción del bien jurídico a una categoría formal, a reprocharle a la persona seleccionada su personalidad o temperamento y, en definitiva, a una etización del saber penal que poco o nada tiene que envidiarle a la anteriormente descripta, pese a que en este caso se operó más o menos encubiertamente.

Por ambos caminos de la opción que se quiso plantear para legitimar el ejercicio de poder del sistema penal, se dedujo un conjunto de elementos pautadores del discurso jurídico-penal que, en lugar de servir para limitar la violencia selectiva pautadora del sistema penal, resultaron funcionales a la misma, al menos en la versión de varios de sus más conspicuos autores.

· Cuando nos desembarazamos de cualquier intento de racionalización legitimante y tratamos de reconstruir el discurso jurídico-penal asumiendo la deslegitimación del poder del sistema penal como un dato de su realidad operativa, se nos ocurre que el requisito más elemental que puede contener este discurso es la acción o conducta humana.

Es tan elemental que jamás podemos tolerar que se nos "invente" un concepto de acción humana que no responda a datos ónticos, porque nunca la agencia judicial puede consentir que la criminalización en curso siga avanzando si, por lo menos, en el nivel de los requisitos más primarios con que debe limitar la arbitrariedad selectiva, no puede reconocerse una acción de la persona criminalizada.

Nos encontramos con la necesidad de elaborar un discurso limitador y no hay límite cuya eficacia no se neutralice cuando se lo establece en un discurso cuyas bases gnoseológicas permiten que se lo manipule en forma tal que el color de los ojos pueda llamarse "acción". Con un discurso tan perverso, Herodes podría ser juez de cualquier república y se diría que respeta los Derechos Humanos.

Ante semejante perspectiva es evidente que el concepto óntico de acción es elementalísimo para contener la arbitrariedad selectiva del sistema penal.

Desde el ángulo de un discurso que pauté decisiones en forma limitativa, tampoco resulta admisible embarcarnos en la falsa opción entre desvalor del acto y desvalor del resultado:

el desvalor de ambos siempre es necesario para la respuesta judicial que consienta la progresión criminalizante y cualquier opción entre ellos es una parcialización que reduce la capacidad limitadora del discurso jurídico-penal.

No hay acción que no vaya acompañada de un resultado, como parte de un *pragma*, porque no hay exteriorización de la voluntad que no implique una transformación del mundo.

No es posible desvalorar el acto sin desvalorar el resultado (si no hubo transformación del mundo o si no se sabe en qué consistió o a qué transformación tendía la que ya se produjo, no hay razón para desvalorar la acción) y tampoco es posible desvalorar el resultado sin hacer lo mismo con el acto (porque el "resultado" es de un "acto", como término relativo; sin "acto" no sería un "resultado", sino un mero acontecer).

Si entendemos de este modo la "subjetivización" del injusto, no representa ningún peligro para la función limitadora pautante de decisiones de la agencia judicial: si a los datos objetivos que nos sirven para limitar la violencia selectiva, le agregamos requisitos subjetivos, tendremos por resultado más requisitos limitadores de la violencia selectiva y no menos, es decir, que dispondremos de un instrumento limitador más completo.

En modo alguno la clave puede hallarse en la admisión o en el rechazo de elementos subjetivos en el injusto, es decir, de requisitos subjetivos entre los requisitos mínimos de la respuesta criminalizante de la agencia judicial. La cuestión finca en evitar cuidadosamente que estos requisitos se manipulen en forma arbitraria y en hacer que su incorporación tenga el sentido de una sumatoria de requisitos y no el de un reemplazo o desplazamiento en desmedro de los requisitos objetivos.

Los datos ónticos que deben incorporarse al discurso jurídico para limitar el ejercicio de poder arbitrario se destruyen cuando se escamotea objetividad tanto como cuando se escamotea subjetividad y, por otra parte, la manipulación arbitraria de cualquier límite del injusto neutraliza la función limitadora del discurso jurídico-penal, sin que interese si el

discurso tiene lugar sobre un dato limitador objetivo o subjetivo.

El caso más claro de incorporación limitadora de datos subjetivos —y de su patología manipuladora— lo ofrecen los llamados “elementos del ánimo”, modernamente llamados de “disposición interna” (*innere Gesinnung*). En la creación o invención de tipos nuevos y especialmente “políticos”, significan la extensión del arbitrio selectivo a los enemigos políticos y la preservación de los “amigos políticos”, aunque hagan exactamente lo mismo¹, o sea, es la consagración como pauta para la agencia judicial de la misma arbitrariedad selectiva con que opera el sistema penal. Sin embargo, cuando los elementos subjetivos de ánimo se incluyen en tipos “tradicionales” (tipos que forman parte del contenido penal generalizado en la legislación comparada), resultan instrumentos limitadores sumamente útiles, pues de lo contrario, el límite señalado por los nuevos datos objetivos sería demasiado amplio (piénsese en la alevosía, en el hurto calamitoso, en el curanderismo, etc.).

La otra opción a la que se pretende asociar las anteriores es aún más grave: no hay disyuntiva entre “tutela de bienes jurídicos” o “protección de pautas morales mínimas”. En la práctica operativa, el sistema penal no ejerce su poder para tutelar bienes jurídicos ni pautas sociales mínimas ni es eficaz para ninguno de ambos objetos. Cualquiera de ambas afirmaciones no pasa de ser una racionalización discursiva legitimante del ejercicio de poder del sistema penal; si los tomamos como datos de realidad o como programación susceptible de realización, no haremos más que caer en otra ilusión. En este sentido, ninguno de ambos términos de la opción nos puede

¹ Cabe recordar que en la década de 1930, en la Argentina, se pretendió criminalizar a los extremistas anárquicos y no a los nazis, por ejemplo, con el argumento de que los primeros agredían al Estado y los segundos lo defendían, lo que generó una áspera discusión entre dos catedráticos, autores de un proyecto de código penal. En el correcto sentido, la doctrina italiana destaca hoy la incompatibilidad entre el principio de ofensividad del delito (equivalente a nuestro art. 19 constitucional) y el desplazamiento de la responsabilidad a la *Gesinnung* (cfr. Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 1988, pág. 288).

servir para construir un discurso pautador de decisiones de la agencia judicial que no sea legitimante.

A nivel de búsqueda de elementos pautadores no legitimantes —que es lo que nos interesa— sucede otra cosa diferente: se trata de hallar un requisito de elementalísima racionalidad que oponerle a la irracionalidad selectiva sustancialmente irracional.

A este nivel surge la necesidad de requerir invariablemente que haya un bien jurídico afectado (por lesión o por peligro, pero sin extender nebulosamente el peligro al infinito por la vía de las “abstracciones”), porque uno de los requisitos elementalísimos para no obstaculizar una respuesta criminalizante de la agencia judicial, es que, por lo menos, la acción humana que se le imputa a la persona arbitrariamente seleccionada sea conflictiva en razón de una lesividad de la misma. De este modo, la necesidad de un bien jurídico afectado no se presenta más que como otro límite máximo de irracionalidad tolerada, que no puede ser superado sin caer en el absurdo total: admitir la intervención del sistema penal cuando no hay conflicto o cuando el conflicto se genera sin que se vulnere el derecho de nadie, sino sólo sus valoraciones, gustos o pareceres.

Si bien es cierto que *el sistema penal no resuelve ningún conflicto, sino que decide en los mismos*, resulta claro que su violencia selectiva sería totalmente descontrolada si se admitiese que puede intervenir sin que haya conflicto alguno o si el conflicto lo generarían los simples gustos personales de quienes operan la selectividad (conflictos porque alguien usa cabello largo, barba, poncho, bigotes, patillas, polainas, “bikini”, etc.).

La reciente objeción dogmática conforme a la cual la teoría de los bienes jurídicos no serviría para fundar la necesidad de su tutela penal, lo que se demostraría con las múltiples hipótesis en que se tolera su lesión, pretendiendo demostrar con ello que su esencia es “ser-en-función”, termina afirmando que la “sociedad no es una institución para la conservación o maximización de bienes jurídicos” y, por ende, la “normalización penal” sólo es explicable a través del filtro

de la "dañosidad social"². Es interesante porque al menos es sincerísima: el organicismo (funcionalismo, si se prefiere) confiesa abiertamente que la tutela de bienes jurídicos no puede justificar al derecho penal, que éste se justifica por su funcionalidad y que la afectación de bienes jurídicos tiene importancia siempre que moleste a la sociedad, por ser "dañoso" para ella, es decir, para el poder.

Por supuesto que debemos convenir en que la tutela de bienes jurídicos no justifica el ejercicio de poder del sistema penal, pero, en tanto que para nosotros no hay nada que lo justifique, para esta moderna versión dogmática, en el derecho penal nuestra vida se convierte en un "ser-en-función-de", lo que implica confesar que mi vida tiene valor para el poder penal en la medida en que le interese a ese poder.

Creemos que este organicismo jurídico trascendental no pasa de ser, como ya lo hemos visto³, una expresión extrema de la total decadencia del pensamiento jurídico-penal de nuestros días, en el que lamentablemente ha caído un buen sector doctrinario.

5. La interpretación conglobada de los tipos penales como instrumento limitador. La intervención limitadora de la agencia judicial debe valerse de un instrumento legal escrito (tipo) que señala la acción conflictiva relevante (supuesto fáctico legalmente indicado). Como sabemos, esto no debe entenderse en el sentido de que la vida social se configura sobre la base de un respeto generalizado a esa norma ni tampoco partiendo de la afirmación ingénua de que "el legislador" quiere que así se configure, pues en la inmensa mayoría de los casos esas normas son violadas ante la más completa indiferencia del imaginario "legislador" y de las otras agencias del sistema penal.

² Así Jakobs. op. cit., 36-38. Cabe recordar un interesante párrafo del "viejo" organicismo: "En cuanto a la razón por la cual un general, que es autor de una degollación, no es considerado como un criminal, es muy sencilla y me parece que la he dado. Antes de llegar al criminal, necesitamos tener la noción de crimen. Y nosotros hemos dado esta noción de una manera completa: no basta que los actos sean crueles o injustos, sino que es necesario que sean *nocivos* para la sociedad" (Garofalo, op. cit., págs. 132-133).

³ V. *supra*, pág. 89.

Por ende, la deducción de la norma y del objeto de "tutela" no son más que un instrumento de la limitación mínimamente racional del que debe valerse la agencia judicial para restringir la arbitrariedad selectiva del sistema penal, en cumplimiento de su función racional y ético-política de contradicción dentro del ejercicio de poder del sistema penal.

Pues bien: cuando en el caso concreto entra en juego otra norma que ordena o fomenta la acción que el tipo parece prohibir, nos parece obvio que no puede considerársela prohibida. Algo análogo sucede cuando la conducta cae en la descripción típica, pero en el caso concreto no afecta ningún bien jurídico o lo afecta en una medida despreciable por ínfima, o bien cuando la afectación no es tan insignificante, pero resulta ridículamente mínima comparada con otra de mucha mayor entidad con la que concurre (hecho "co-penado").

Esto no es una ficción de racionalidad que no existe, por cierto, en la agencia político-legislativa, sino que es la agencia judicial que construye estas reglas para pautarse, dado que debe limitar la arbitrariedad selectiva del sistema penal y para ello debe valerse racionalmente de los instrumentos que la agencia político-legislativa produce y le entrega irracionalmente.

Basta consultar cualquier legislación penal para percatarse, sin mucho esfuerzo, de las contradicciones, lagunas, defectos semánticos, relaciones insensatas de medio a fin, disposiciones que no han sido derogadas, pero que habiendo cambiado el contexto social cobran un sentido inimaginable al momento de su sanción, etc., que surgen como resultado de la producción desordenada de leyes penales que cada día se agudiza en razón de la improvisación con que las agencias legislativas responden a la manipulación de opinión instrumentada por el aparato de propaganda del sistema penal.

Su interpretación en forma no contradictoria es sólo el presupuesto necesario para que pueda ser usada como instrumento limitador, pero esto no implica, en modo alguno, caer en la ficción según la cual todo acto del poder republicano es racional o se presume como tal, sino que únicamente significa que la agencia judicial cumple el mandato —o debe cumplirlo, como imperativo jushumanista y constitucional— de

limitar racionalmente la arbitrariedad selectiva del sistema penal.

La consideración de la norma conglobada en el conjunto normativo y la interpretación de éste en forma restrictiva y coherente, no es más que el resultado de este mandato limitador, que es la razón de ser de la agencia judicial y del poder de los juristas en el sistema penal.

II. LA CRISIS DE LA CULPABILIDAD

1. **La deslegitimación de la "reprochabilidad"**. Hemos advertido que en estas páginas no nos proponemos reconstituir en detalle toda la dogmática penal, sino señalar las posibles líneas básicas para una reconstrucción como cuerpo pautador de decisiones limitadoras y no legitimante del ejercicio de poder que limita.

En lo que hasta aquí hemos expuesto, es posible mantener, con varios retoques y algunas reformulaciones parciales, como también con la advertencia de su carácter "inacabado", que deja los planteamientos abiertos a mayores limitaciones del poder irracional del sistema penal, lo que se considera usualmente como "teoría del injusto".

Sin duda que la perspectiva del realismo marginal deberá penetrar más profundamente las exigencias de la tipicidad conglobante, la teoría de las causas de justificación (tendría implicaciones en la legítima defensa y en el estado de necesidad, en el ejercicio de derechos en general, etc.), dará lugar a mayores precisiones en cuanto a requisitos de los bienes jurídicos y de su afectación, provocará una reinterpretación del alcance prohibitivo de los tipos penales atendiendo a la magnitud de las sanciones conminadas o a la inconstitucionalidad de algunas de las mismas, según el caso, etc., pero, pese a todos estos cambios, que nos llevan a anclarnos de momento más sólidamente en un derecho penal limitativo y garantizador, las líneas más generales de la "teoría del injusto" quedan en pie.

En buena parte ello obedece a que los requisitos que, como límites máximos tolerados al ejercicio de un poder des-

legitimado, se hallan “objetivados”, lo están en el sentido de que únicamente se refieren a la existencia real de una acción conflictiva por su lesividad (tipicidad y antijuridicidad), con lo cual únicamente se dice que hay “algo” a lo que quizá pueda responderse en forma que no detenga la criminalización en curso.

La agencia judicial, no obstante, en modo alguno puede pretender extraer de allí, sin más, la respuesta criminalizante. Esta instancia, que va desde la existencia de “*algo a lo que quizá pueda responderse judicialmente admitiendo la progresión criminalizante en curso*” (que suele llamarse “injusto” en la doctrina dominante), hasta “*algo a lo que la agencia judicial no puede responder de otra manera que admitiendo esa progresión criminalizante en curso*” (que es lo que suele llamarse “culpabilidad”), requiere, sin duda, una referencia directa y personalizada al autor en su condición personal y en la particular situación en que llevó a cabo su conducta.

Si las diferencias entre un derecho penal liberal más o menos tradicional y las que aquí exponemos, en el ámbito de los *requisitos elementales y mínimos*, son relativamente pequeñas, no podemos decir lo mismo en cuanto a este nivel de *requisitos de responsabilidad* que la doctrina llama “culpabilidad”. En este momento del análisis de los requisitos limitadores de la arbitrariedad selectiva aparecen elementos que no es posible seguir sosteniendo en la misma forma y se produce —ahora sí— un “vaciamiento” de la culpabilidad.

Desde 1907, en que viene sosteniéndose la llamada teoría “normativa” de la culpabilidad (por re-descubrimiento de Aristóteles), con mayores o menores variables se sostuvo que la “culpabilidad es reprochabilidad”.

Sin embargo, el concepto de culpabilidad normativa —el reproche personalizado— entró en crisis con la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal. La selectividad del sistema penal neutraliza al reproche: “¿Por qué a mí? ¿Por qué no a los otros que hicieron lo mismo?”, son preguntas que el reproche normativo no puede responder.

Es posible y necesario admitir, como criterio de limitación a la arbitrariedad selectiva, que cuando a un sujeto no

puede formularse ningún juicio de reproche —o cuando el mismo se vuelve muy problemático o reducido— en razón de que razonablemente no era posible exigirle más o menos seriamente que hiciese algo diferente, porque le fue imposible o muy arduo tener o actualizar su comprensión de la antijudicialidad en razón de una perturbación psíquica incapacitante, transitoria o permanente, de un error de prohibición o de comprensión, o bien, cuando pese a comprender la criminalidad, su ámbito de autodeterminación estaba tan reducido por las circunstancias objetivas que también la exigibilidad aparecía como sumamente reducida, no es posible admitir que la agencia judicial responda consintiendo la continuación del proceso de criminalización. En este caso *no se puede reprochar a nadie y, por ende, tampoco al seleccionado que se presenta ante la agencia judicial.*

Pero no se puede afirmar lo contrario y, sin más, responder que cuando no se presentan estos supuestos, la agencia judicial no puede oponer ningún obstáculo a la continuación de la criminalización en curso y, menos aún, afirmar que en tales supuestos el “grado de reproche” proporciona sin más la cuantía de la pena que la agencia judicial debe tolerar, porque eso importa pretender que la *agencia judicial opere en función de un juicio de reproche que está sustancialmente viciado, porque un juicio de reproche selectivo está vacío de todo contenido ético.*

La pauta conforme a la cual *la culpabilidad por el injusto resulta necesaria para que la agencia judicial responda autorizando la continuación del proceso de criminalización nos parece inobjetable*; se trata de un criterio más para limitar el poder selectivo del sistema penal en forma racional, pero, *dado que está deslegitimado como juicio ético, de él no surge ningún título legítimo que permita ensayar una respuesta criminalizante de la agencia judicial.*

Cabe advertir que la culpabilidad normativa siempre parece haber estado en crisis, o sea, que la duda acerca del valor ético del juicio de culpabilidad no es un fenómeno nuevo, sino que *lo novedoso sería su frontalidad.* Se ha preguntado alguna vez que si los jueces nazis serían culpables, debido al entre-

namiento exclusivamente positivista legal que habían tenido ⁴. En 1972 estalló un considerable escándalo cuando un tribunal alemán absolvió a un médico que había cooperado en la selección de pacientes incurables para su exterminio, considerando su juventud al tiempo del hecho y su formación en una universidad enteramente dominada por la propaganda nazi ⁵.

Además de esto, es realmente difícil establecer el grado de reprochabilidad; en definitiva, éste suele resultar casi tan arbitrario como el de peligrosidad u otros similares. En la práctica, la reprochabilidad nunca fue criterio útil para la cuantificación de la pena y la pobreza dogmática en esa materia es la mejor prueba de que siempre se ocultó una falencia dogmática o discursiva, difícilmente salvable. Se violaron frecuentemente las pautas de la culpabilidad de acto o "por el injusto" (cayendo en culpabilidad de "carácter" o por la "conducción de la vida"), se sostuvo un concepto diferente de culpabilidad para la cuantificación penal (de "acto" en la teoría del delito, de "carácter" en la teoría de la pena), no se podían justificar las consecuencias de la reincidencia, etc.

El principio según el cual la pena —o su máximo— se mide por la culpabilidad, fue más un enunciado que un contenido. Su única ventaja consistió en neutralizar el bochornoso juicio de "peligrosidad" del biologismo-racista que regía anteriormente —lo que es un considerable mérito— y volver a colocar la cuestión sobre un plano ético, pero, superada la aberración positivista, su utilidad fue escasísima, porque en el plano ético nunca logró resolver los problemas y, más aún, se trató de manipular éste en forma tal de obtener las mismas consecuencias prácticas que con la "peligrosidad", sólo que por una vía pretendidamente ética.

Por otra parte, basta detenerse un instante a observar la realidad, a conocer a los moradores habituales de nuestros campos de concentración del momento de la política, para ver que los prisioneros por ese hecho de poder, como prisioneros de la guerra sucia del momento de la política, en su

⁴ V. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, en "Rechtsphilosophie", Stuttgart, 1970, pág. 347.

⁵ Ver Harro Otto, op. cit., págs. 179-180.

inmensa mayoría son los menos inteligentes o los menos hábiles, lo cual, de admitirse el planteamiento de la cuantificación penal por la reprochabilidad, generaría la duda acerca de si, en definitiva, se le estaría reprochando el injusto o su falta de habilidad y, si se pretende que el reproche es mayor en caso de reincidencia, se le estaría reprochando su insistente incompetencia para el delito.

Por supuesto que todas estas reflexiones sólo tienen valor en el campo especulativo, puesto que en la realidad operativa del sistema penal cada nueva prisonización no hace más que reafirmar a la persona en el rol que ya se le ha asignado conforme al estereotipo, como mecanismo reproductor de violencia.

Lo cierto es que, tanto en los delitos "comunes" como en los pocos crímenes del poder que hicieron funcionar a algún sistema penal, el cuestionamiento deslegitimante siempre ha rondado a la culpabilidad y éste fue su gran problema, que no "cierra" lógicamente ni éticamente.

Desde hace algunos años se ha pretendido reemplazar a la culpabilidad con consideraciones político-criminales, o sea que, se ha intentado *abandonar la culpabilidad normativa y reemplazarla por un concepto funcional de culpabilidad*. No deja de ser ésta otra muestra de la crisis de legitimidad que afecta a todo el poder penal y otra expresión de la ya reiterada degradación del discurso jurídico-penal; a la pregunta "¿Por qué a mí?", esta tesis simplemente le responde: "Porque es útil para mí".

No cabe duda que la culpabilidad es el capítulo donde la doctrina contemporánea demuestra mayor desconcierto, cree que hace grandes invenciones y, en definitiva, revuelve viejos argumentos en medio de la mayor desorientación ética y antropológica ⁶.

⁶ En la doctrina alemana pueden distinguirse las posiciones más o menos tradicionales que se basan en la responsabilidad por la autodeterminación (Jescheck, Welzel, Stratenwerth, Blei, Maurach-Zipf, Baumann-Weber, Rudolphi, Arthur Kaufmann); las utilitaristas, por vía del estructural-funcionalismo (Jakobs, Achenbach); las que se asientan en perspectivas psicoanalíticas y de psicología social, que la fundan en la demanda colectiva de retribución (Streng); y por último, quienes pretenden suprimirla y cambiarla por otro

2. **Ética, reprochabilidad y culpabilidad.** Desde que se abandonó el concepto descriptivo o psicológico de la culpabilidad y se concibió a ésta normativamente, casi siempre se requirieron en ella momentos éticos.

La acentuación etizante del derecho penal impactó también a la culpabilidad y, en la medida en que esa impronta tornaba nebulosos algunos límites entre ética y derecho, pecado y delito, corrección y pena, comprometía la función garantizadora del discurso jurídico-penal.

Para salvar a la culpabilidad de una completa inmersión ética, teniendo en cuenta que era el capítulo más vulnerable a este fenómeno, un respetable sector doctrinario insistió en que la culpabilidad era un reproche "jurídico" y no "ético" o puramente ético. No obstante, en la medida en que la culpabilidad siguió siendo "reprochabilidad", no podía librarse de componentes éticos, puesto que un reproche sin momentos éticos es una *contradictio in adjectio*.

Dejando de lado los matices de la tentativa de limitar la "etización" de la culpabilidad, puede afirmarse que con la expresión "reproche jurídico" se quiso significar que se trataba de un juicio de reproche que, como tal, contenía momentos éticos, pero que era un juicio ético limitado conforme a un criterio predeterminado y al que se le imponían límites fuertemente jurídicos acerca de los cuales la disparidad de criterios era harto notoria.

De cualquier manera, su carácter de juicio ético continuó siendo su esencia y lo "jurídico" su mera limitación cuantitativa o extensiva, aún en las versiones más "liberales" de la culpabilidad normativa.

La selectividad operativa del sistema penal y el uso de la pena como instrumento reproductor de la violencia y legi-

"paradigma" (Ellscheid-Hassemer; Scheffler) (cfr. Jürgen Tiemeyer, *Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuld-begriff, en ZStW*, 1988-100-, págs. 567 y sgts.). La enfática reafirmación de Jescheck en favor de la autodeterminación (v. *Lehrbuch des Strafrechts*, 4. Auflage, 1988, pág. 370) confirma que, en definitiva, se mantiene intacta la vieja disyuntiva: o se acepta la responsabilidad por la elección o se cae en el positivismo o en la mediatización del hombre.

timador de un ejercicio de poder (mucho más amplio y ajeno al poder de los juristas), muestran hoy claramente que los momentos éticos —esencia del reproche de culpabilidad—, no son más que meras racionalizaciones, con lo que el reproche mismo queda deslegitimado.

La actual tentativa de superación de este escollo mediante el funcionalismo, implica la vuelta a un nuevo concepto descriptivo de culpabilidad, manipulado como “verdad funcional”, que no hace más que confesar su deslegitimación al reducir al hombre a un simple medio al servicio del equilibrio del “sistema” (poder).

Esta crisis que se observa en todo el derecho penal, se pone de manifiesto con singular claridad en la culpabilidad, que no en vano ha sido el más torturado de los “caracteres del delito”. La máxima señal de la crisis es la renuncia a la culpabilidad como reproche y su reformulación como criterio político-criminal funcional al servicio del “sistema”.

Para nosotros resulta claro que *si alguna legitimidad puede pretender el ejercicio del poder de los juristas, éste no puede renunciar a sus momentos éticos, pues sin ellos no hay legitimidad sino utilidad (para el poder).*

Con los criterios que tradicionalmente vienen manejándose en la doctrina, parece que se plantea una situación que no tiene solución: la culpabilidad como reprochabilidad está en crisis, pues se hace insostenible en razón de la deslegitimación del reproche, dado que la selectividad y la reproducción de la violencia le restan todo contenido ético. Por otro lado, no resulta posible construir la culpabilidad sin momentos éticos, porque se la reduce a un instrumento funcional al poder, que deslegitimaría la intervención judicial que lo emplease, pero, al mismo tiempo, el mantenimiento de esos momentos en la forma tradicional no es más que una racionalización.

Es obvio que, desde las perspectivas más o menos usuales, nos hallamos ante la “cuadratura del círculo”.

III. LOS REQUISITOS DE RESPONSABILIDAD

1. ¿Quién es “responsable”? Hemos visto que pueden considerarse requisitos mínimos para una respuesta judicial que consienta el avance de la criminalización, los que se sintetizan en la llamada “teoría del injusto”. Cuando se dan esos requisitos, la agencia judicial necesita una pauta limitadora que le es propia, fundada en la función que debe cumplir dentro del sistema penal, que es *función de contradicción*.

Quando se cumplimentan los requisitos mínimos, la agencia judicial debe *responder* consintiendo o negando la posibilidad de llevar adelante la continuación de la criminalización en curso y, en caso de consentirla, fijándole límites. En el más puro sentido etimológico, a partir del “injusto”, la *responsabilidad* (o posibilidad de respuesta) es de la agencia judicial.

*La deslegitimación del ejercicio de poder selectivo y arbitrario del sistema penal “pasa” la responsabilidad del procesado a la agencia judicial. El procesado ya no es más “el” responsable, porque no tiene por qué responder legítimamente (ya que se lo somete a un poder deslegitimado). La responsabilidad es de la agencia judicial, que debe responder ante el procesado y ante la comunidad, dando cuenta de la forma en que ejerce o administra su reducida cuota de poder limitador. La etización del derecho penal, como hemos señalado antes⁷, no consiste en una serie de requerimientos éticos formulados a un procesado, sino en una serie de requerimientos éticos que deben serle formulados a la agencia judicial; es ésta la que debe comportarse éticamente frente a un ejercicio de poder deslegitimado. Luego, es ésta la *responsable*⁸.*

⁷ V. *supra*, pág. 213.

⁸ “Responsabilidad”, tanto en su etimología latina como germana (*Verantwortlichkeit*) hace referencia a “respuesta”. Su aparición en inglés, al menos, parece que tiene el sentido que le damos, pues se dice (Abbagnano, cit., pág. 749) que tuvo lugar en *El Federalista* con el sentido de “gobierno responsable” y, en general, con el significado de responsabilidad política (*El Federalista escrito en 1788 por los Sres. Hamilton, Madison y Jay, sobre la Nueva Constitución, con un apéndice, etc.*, trad. de Ildefonso Isla. Bs. As., 1887, pág. 432).

Si tenemos en cuenta que en el plano filosófico es corriente entender que es "responsable" quien tiene la facultad de comprender las consecuencias de su comportamiento y, por ende, de corregirlo conforme a esa previsión, la "responsabilidad" de la agencia judicial (por la criminalización) es clara, especialmente si distinguimos cuidadosamente "responsabilidad" de "imputabilidad" (fuera del sentido técnico dogmático-jurídico, claro está), puesto que la criminalización no le es "imputable" a la agencia judicial.

Un resultado es "imputable" cuando reconoce la libre decisión de alguien como causa y, en este sentido, es obvio que a la agencia judicial no se le pueda imputar un proceso que generalmente ya está en curso ni tampoco puede decirse que responda a su libre decisión, que sólo contribuye a limitar tardíamente y en función de un ejercicio de poder sumamente reducido y condicionado.

Siguiendo con la analogía que ya hemos señalado, puede decirse que la Cruz Roja Internacional es *responsable en la guerra*, pero en modo alguno puede *imputársele la guerra*, lo que sería un absurdo total.

La responsabilidad por la criminalización (o por la continuación de la criminalización en curso) corresponde exclusivamente a la agencia judicial y ésta debe asumirla una vez que se ha comprobado la presencia de los requisitos objetivos (o del objeto), en los casos en que el poder selectivo arbitrario del sistema penal somete a su decisión.

La agencia judicial ha tratado de eludir esta responsabilidad a lo largo de toda la historia. La "verdad" se obtuvo primero por la lucha y luego por la inquisición⁹, pero a medida que más penetramos en la técnica y en la metodología jurídicas, nos percatamos que la *ordalía* era una forma de intervención superior y directa en la decisión judicial, que eliminaba toda responsabilidad del juez¹⁰ y muy poco más necesitamos para caer en la cuenta de que la *ordalía* no desa-

⁹ Foucault, *El saber y las formas jurídicas*, cit.

¹⁰ La equiparación funcional del "juicio de Dios" y la "legatidad" en cuanto a la elusión de responsabilidad judicial la habíamos señalado en n. ensayo *Sociología Procesal Penal*, México, 1969, pág. 44, en un marco mucho más ingenuo.

parece con el inquisitorio, sino que se convierte en "ordalía legal", o sea que la agencia judicial la deriva en la "ley" y el "legislador", que son conceptos que se agitan como "espíritus superiores". *La exegesis no es otra cosa que una forma de ordalía legal*¹¹. El "escándalo" desatado por Magnaud en el final del siglo pasado¹² fue una tentativa de asunción de la responsabilidad, que puso en crisis la burocratización corporativa de la magistratura francesa.

El momento más crítico de esta asunción dentro de la parte del discurso jurídico-penal que se conoce como "teoría del delito" es, sin duda, la "culpabilidad", y por ello ha sido siempre el nivel de requisitos doctrinariamente menos estable y más preocupante. Su verdadera naturaleza y su problemática fueron quedando al desnudo a medida que se la depuró de contenidos ajenos a la misma. No en vano se dijo que se la "vacía" cuando "dolo" y "culpa" pasaron a ser estructuras típicas: el supuesto "vacío" (que nunca fue tal) no era más que la supresión de material extraño que ocultaba un vacío teórico real, que era la demanda de asunción de la responsabilidad por la criminalización por parte de la agencia judicial (o poder de los juristas).

No nos cabe duda que la respuesta criminalizante de la instancia judicial debe respetar los límites que le marca la *culpabilidad por el injusto*, porque no puede haber respuesta criminalizante racionalmente tolerable cuando la autonomía con que el sujeto realizó la acción es ínfima o nula o muy dudosa. Esta culpabilidad por el injusto señalaría un límite más a la irracionalidad tolerable, pero la respuesta criminalizante no podría basarse en ella, debido a su falta de racionalidad en razón de su descalificación ética.

Si prescindiésemos de su contexto selectivo y de la deslegitimación que el mismo conlleva, estaríamos reiterando en cada caso el argumento con que la mayoría de la Corte Supre-

¹¹ Sobre la "racionalización funcional" del proceso penal es importante la perspectiva de Max Weber, *Historia Económica General*. México, 1964, págs. 286-287.

¹² V. *supra*, pág. 225-226.

ma de los Estados Unidos rechaza la evidencia de la discriminación racial en la aplicación de la pena de muerte¹³.

La función de la culpabilidad por el injusto, en la que se agota el contenido de la culpabilidad en buena parte de las teorías legitimantes del ejercicio del poder del sistema penal —y especialmente en las del derecho penal más “liberal” y garantizador— sería, desde el punto de vista de nuestra perspectiva exclusivamente pautadora de decisiones, más importante como función negativa (un requisito más de límite máximo de irracionalidad tolerable) que como función fundamentadora, para lo cual no tiene entidad. Nos encontraríamos frente a otro límite a la arbitrariedad selectiva y, en el mejor de los casos, como un indicador máximo de la magnitud tolerable de la respuesta, pero esto último sólo en el caso que se consiguiese enmarcarla dentro de un contexto limitador más amplio, o sea, como parte de otro planteamiento diferente y abarcador.

2. La culpabilidad por la vulnerabilidad como base de la respuesta criminalizante. La expresión “culpa” tiene el sentido de “deuda”, aunque en castellano ha caído en desuso (lo conserva en el “Padrenuestro”). En alemán tiene ese doble sentido (*Schuld*) en el lenguaje corriente y jurídico. Hablar de “culpabilidad” pues, implica que se debe “algo”, y en los discursos legitimantes del sistema penal se considera que ese “algo” es el “injusto” y que se “cobra” con la pena.

Para nosotros, si bien el “injusto” se ha cometido, el sistema penal en la práctica no “cobra” nada por él, porque la pena no resuelve el conflicto que genera la lesividad de la acción y, por ende, no está legitimada. Luego, si hay una “culpa”, ésta no puede hacerse valer en el sistema penal, donde, por definición estructural, falta el titular del bien afectado, que es el verdadero acreedor a ese “pago”.

Por consiguiente, no es la “culpabilidad” por el injusto lo que puede hacer valer la agencia judicial para que su intervención decisoria sea racional y, por ende, legítima. *Tampoco se trata de que la agencia judicial reproche nada, sino que*

¹³ V. *supra*, pág. 88.

encuentre un criterio racional, que no resulte éticamente descalificado, desde el cual pueda pautar sus decisiones.

Hemos visto que la agencia judicial ejerce un poder muy limitado. No obstante, tiene un cierto poder que, por limitado, debe *administrar racionalmente*.

La agencia judicial penal carece del poder necesario para producir el inmenso cambio social que requeriría la obtención del objetivo mediato o utópico de su estrategia (la abolición del sistema penal) y, por ende, lo único que debe hacer es lo que puede, o sea, reducir su violencia selectiva y arbitraria en forma progresiva y siempre abierta o "inacabada".

Su *responsabilidad criminalizante* será mayor cuanto menor sea su poder limitador en el caso concreto y viceversa. En cada caso, habrá un "espacio" de ejercicio de poder diferente y, cuanto menor sea el espacio, menos podrá evitar la criminalización, y viceversa.

Pero, ¿cuál es ese "espacio"? ¿Qué le señala los límites a su poder en cada supuesto particular?

Creemos que es más o menos claro que cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio ejercicio de poder.

Es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchísimos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal.

En la práctica, *el grado de esfuerzo que una persona realiza para colocarse en situación de vulnerabilidad es directamente proporcional al aporte fortalecedor de la ilusión que del sistema penal "inventan" sus aparatos de propaganda y sus discursos de justificación. De este modo, cuanto mayor es el esfuerzo y el consiguiente aporte al fortalecimiento del sistema que la persona ha hecho para colocarse en situación de vulnerabilidad a su poder, menor es el espacio de que dispone la agencia judicial para obstaculizar una respuesta criminalizante o para disminuir la intensidad de la respuesta.*

El esfuerzo que la persona hace para colocarse en situación de vulnerabilidad no es algo que la agencia judicial le

reproche a la persona ni que proporcione un título originario e independiente para que ésta le reclame su culpa por la vulnerabilidad, sino que *no puede evitar que el poder del sistema penal se la cobre*, simplemente porque no puede hacer otra cosa sin poner en crisis su propio ejercicio de limitado poder.

La legitimidad de la respuesta criminalizante de la agencia judicial surge de la necesidad que le impone el limitado poder de que dispone y, en modo alguno legitima la pena: la Cruz Roja Internacional procede legítimamente comprobando que el trato de los prisioneros de guerra es adecuado a los Convenios de Ginebra y con ello no legitima la guerra ni su consecuencia (la prisionización de guerra).

Puede pensarse en un reproche, puesto que la magnitud del esfuerzo por alcanzar la situación de vulnerabilidad implica un aporte al fortalecimiento de la ilusión del sistema penal, que la agencia judicial le podría reprochar como contrario a su esfuerzo por limitar la violencia del sistema penal, pero no es necesario imaginar semejante reproche, porque el criterio surge directamente del espacio de poder que el esfuerzo por la vulnerabilidad, llevado a cabo por la persona, le deja a la agencia judicial: *cuando el esfuerzo y el aporte son grandes, el poder decisorio de la agencia judicial queda muy reducido*.

No se trata de una cuestión axiológica, sino de una regla que la impone el "principio de realidad": quien dispone de dinero insuficiente para solventar todas las demandas, debe repartirlo en forma que sea racional y que impida que se le quite la administración del dinero por arbitrario; la necesidad que proviene de su limitación le indicará el criterio. Algo análogo tiene lugar en el ejercicio de poder de la agencia judicial: debe administrarlo conforme al espacio que en cada caso le deja la magnitud del esfuerzo que realizó la persona para ponerse en situación de vulnerabilidad.

3. Niveles de vulnerabilidad y culpabilidad. El nivel de vulnerabilidad está dado por la magnitud del riesgo de selección que corresponde a la situación de vulnerabilidad en que se colocó el sujeto.

Frente a este hecho, la agencia judicial se debe hacer responsable por la criminalización (responder consintiendo su avance) sólo y en la medida en que carezca de la posibilidad razonable de ejercer su poder de otra manera. Por ende, su limitado poder hace que *no le reste otro recurso que "cobrarle" al autor su esfuerzo por alcanzar la situación de vulnerabilidad*. Trataremos de precisar este enunciado básico.

La *vulnerabilidad* (o riesgo de selección), como todo peligro, reconoce grados, según la probabilidad de selección, pudiendo establecerse *niveles*, según la *situación* en que se haya colocado la persona.

Esta *situación de vulnerabilidad* la producen los *factores de vulnerabilidad*, que pueden clasificarse en dos grandes grupos: *posición o estado de vulnerabilidad* y el *esfuerzo personal por la vulnerabilidad*.

La *posición o estado de vulnerabilidad* es predominantemente social (condicionada socialmente) y consiste en el grado de riesgo o peligro que la persona corre por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc., siempre más o menos amplio, como también por encajar en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido.

El *esfuerzo personal por la vulnerabilidad* es predominantemente individual, consistiendo en el grado de peligro o riesgo en que la persona se coloca en razón de su comportamiento particular. La realización del "injusto" es una parte del esfuerzo por la vulnerabilidad, en la medida en que lo haya decidido autónomamente.

De esta manera, la culpabilidad por el injusto se convierte en una parte del planteo más amplio y abarcador de la culpabilidad por la vulnerabilidad y asume, dentro de ella, su valor negativo de límite máximo de irracionalidad tolerable.

De estos dos órdenes de factores de vulnerabilidad, el estado o posición de vulnerabilidad es "incobrable". Puesta la agencia judicial en la necesidad de responder, no puede hacerlo en función de este orden de factores, sino de los que constituyen el *esfuerzo personal por la vulnerabilidad*, que, por

otra parte, son los que constituyen la esencia del aporte que la persona hace para el sostenimiento del ejercicio de poder que la selecciona y criminaliza. Su poder reductor de la violencia selectiva llega hasta este límite, ante el cual debe detenerse, porque no le resta espacio de poder para avanzar más. Se trata del límite máximo de la violencia tolerable en que puede basar su respuesta definitiva y que, en cierta forma, es alimentado y sostenido por todos los anteriores límites o requisitos limitadores.

El *esfuerzo personal por la vulnerabilidad* no es un factor, sino un orden de factores, del cual el grado de autonomía decisoria del "injusto" es sólo uno y a cuyo respecto insistiremos seguidamente, pero señalemos, por ahora, sólo esto, para precisar que *es eminentemente graduable*. Lo que sin duda resulta claro es que *quien parte de un bajo estado o posición de vulnerabilidad, debe realizar un esfuerzo de considerable magnitud para alcanzar una situación que lo ubique a nivel de alta vulnerabilidad y viceversa*. Igualmente, como la vulnerabilidad también es graduable, *alguien que se encuentre ya en una posición de alta vulnerabilidad, puede realizar un gran esfuerzo para colocarse en una situación de nivel increíblemente alto de vulnerabilidad*.

Los esfuerzos más notorios para alcanzar situaciones de alta vulnerabilidad partiendo de posiciones de nivel muy bajo de vulnerabilidad, los proporcionan algunos delincuentes del poder (genocidas, delincuentes económicos, etc.), que luego son derrotados en pugnas hegemónicas con otro poder mayor. El aporte que éstos hacen al sistema penal es enorme, porque son los casos que refuerzan la falsa ilusión de igualdad ante la ley y de utilidad del sistema penal. Por el contrario, uno de los casos más claros de increíble vulnerabilidad alcanzada por un esfuerzo enorme, realizado a partir de una posición que ya era de altísima vulnerabilidad, fue el del martinicano asesino masivo de ancianas en París, que reforzó todo el ejercicio de poder violento frente a su grupo de pertenencia y, en general, contra todos los colonizados, y que completó el reforzamiento del estereotipo muriendo de SIDA en la prisión.

La *situación de vulnerabilidad* se ubica en un *nivel de riesgo*, pero éste, como todo *peligro*, importa una mayor pro-

babilidad de selección. La probabilidad siempre se calcula conforme a la observación plural o masiva de los fenómenos y allí se hace evidente que el sistema penal no opera simplemente como un *flipper*, sino como un *flipper* "cargado", lo que nos permite establecer los *niveles de vulnerabilidad*.

No obstante, como se desprende de esto, en el caso particular puede suceder que se trate de un supuesto en que la "realización de la selección" haya caído sobre una persona cuya situación de vulnerabilidad era de riesgo relativamente bajo. En tal supuesto, veremos también que el esfuerzo personal por la vulnerabilidad y el consiguiente aporte a la ilusión del sistema penal también son muy bajos, lo que nos dará un nivel bajo de culpabilidad y una consiguiente alta posibilidad de ejercicio de poder reductivo y negativo de respuesta criminalizante por parte de la agencia judicial.

En cualquier caso, resultará que lo que la agencia judicial no podrá obviar será permitir el "cobro" del esfuerzo personal por la vulnerabilidad, porque el ejercicio del poder de las restantes agencias del sistema penal se lo impide, dada la contribución que éste significa al mismo.

Por otra parte, éste es el grado menor de sacrificio de racionalidad por parte de la propia agencia judicial, ya que su responsabilidad criminalizante se daría en razón directa del aporte que la persona hace al ejercicio de poder que la selecciona y que la misma agencia trata de limitar y, en forma mediata (utópica) suprimir. No obstante, insistimos en que la agencia judicial no formula ningún "reproche" por el esfuerzo personal para la vulnerabilidad, porque se trataría de un reproche que siempre permanecería deslegitimado, en función de que su traducción en pena constituye un mecanismo reproductor violento, pero, ante la necesidad de elegir a quién se permite que se le "cobre" y "cuánto se le cobre", lo hace conforme a lo que menos lejano de un reproche legítimo puede encontrar en el ejercicio de poder del sistema penal.

El enorme hueco que deja la culpabilidad tradicional —que nunca pudo ser bien construida— sólo puede llenarse conforme a la responsabilidad de la agencia judicial, traducida en un control selectivo de máxima instancia en una *culpabi-*

lidad por la vulnerabilidad que superaría y abarcaría la consagrada culpabilidad por el injusto.

Es menester proceder en forma de espiral y, como la cúpula del Brunelleschi, *construirla partiendo de quien siempre quiso "hacer efectiva" la responsabilidad ajena, para llegar a la culpabilidad de quien siempre había sido considerado "responsable"*.

4. El esfuerzo personal para la vulnerabilidad. Desde diferentes ángulos del pensamiento puede reconocerse una capacidad o condición creativa que la sociedad no puede cancelar, so pena de detener su dinamismo, que tampoco puede explicarse sin ese reconocimiento. Así, en perspectiva existencial, se afirma un ámbito de inautenticidad, en el que se acepta el *das Man* (el *on* francés o el *se* castellano) como presupuesto para una elección "auténtica", que sería la creativa¹⁴. En el planteo interaccionista se ha distinguido la asignación de roles como el "mi" (el conjunto de roles asignados por los otros, por lo que nos "ven") y la parte creativa de la personalidad como el "yo"¹⁵.

Cuanto más limitada se encuentre una persona por su posición vulnerable, particularmente por las asignaciones de roles que correspondan al estereotipo en que se la encasilla, menor autonomía tendrá para la realización del "injusto" que corresponda a esos roles y mayor será el esfuerzo que deberá hacer su "yo" para superar su "mi".

Por regla general, la posición o estado de mayor vulnerabilidad habrá de generar un bajo nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad, porque el esfuerzo personal para la vulnerabilidad por parte de la persona no es muy alto.

Considerando que el contacto con el sistema penal, usualmente, tiene el efecto de fijar los roles, los anteriores contactos con el sistema penal¹⁶ hacen que cada vez sea menor el esfuerzo necesario para alcanzar la situación vulnerable, por lo cual, menor respuesta criminalizante corresponderá por par-

¹⁴ Heidegger, por ej., en *Sein und Zeit*.

¹⁵ George Herbert Mead, *Espíritu, persona y sociedad*, cit.

¹⁶ Cfr. Becker, *Outsiders*, cit.

te de la agencia judicial (al contrario de lo que usualmente se sostiene). Cuanto menor sea el esfuerzo de la persona por seguir su "mi" y fortalecer su "yo", mayor será la respuesta criminalizante de la agencia judicial, pero esto no es válido cuando el "yo" ya está muy debilitado y el "mi" muy fortalecido por obra del ejercicio de poder del propio sistema de selección arbitraria.

La agencia judicial debe, a este respecto, poner en juego su ejercicio de poder para reducir al mínimo la reproducción de violencia que implica esta fabricación de "desviados" a la medida de los roles asignados a los estereotipos que se inventan.

Desde una ética "revolucionaria" quizá podría sostenerse lo contrario y coincidir con el planteo tradicional: desempeñar los roles del estereotipo implica reforzarlo y, por ende, reforzar el poder de las clases dominantes; quien haga esto sería una suerte de "traidor" a su clase, un *Lumpenproletarier* al que es necesario sancionar y marginar.

Esto implicaría tratar al criminalizado como a un infectado que debe permanecer en cuarentena o, incluso, como algo peor. No se percibe cuál sería la razón para que, a quien más debilitado está para la realización de un esfuerzo de contención de su "mi" (de roles), se le exija un esfuerzo mayor y casi sobrehumano. Sin duda que esta racionalización corresponde a un planteo de guerra, muy parecido al de la "seguridad nacional", y que sólo sería admisible si hubiese una guerra real, pero que en la forma en que se enuncia estaría demostrando el desconocimiento de las diferencias más notorias entre los hechos de poder del momento de la guerra y del momento de la política.

5. Cuantificación penal y culpabilidad por la vulnerabilidad o por el esfuerzo personal por la vulnerabilidad. El sistema penal queda deslegitimado con la constatación social de su operatividad real. Los discursos jurídico-penales legitimantes se van descartando y abandonando a lo largo del penoso camino de las frustraciones del derecho penal, como ilusiones quebradas de los penalistas de los últimos siglos, porque las penas carecen de racionalidad. Cualquier tentativa de relegiti-

mar las penas es una tentativa de relegitimar al sistema penal, condenada al fracaso. La pena no es más que un hecho de poder y la teorización en torno de la misma no pasa de ser una tentativa legitimante de todo el ejercicio de poder del sistema penal.

Siendo la pena irracional y parte de un hecho de poder violento mucho más amplio, se impone la necesidad de extremar el esfuerzo jurídico por limitarla y por limitar su violencia.

La condición de prisionero del momento de la política no es producto de la razón sino de la fuerza. A diferencia del prisionero de guerra, en que la condición de prisionero la limita un hecho externo, la de prisionero de la política no tiene un límite "natural", por lo cual, en un principio, aparecería como indefinida. Siendo inadmisibile semejante grado de irracionalidad y pese al límite siempre incierto que señala el legislador, la agencia judicial se encuentra ante la necesidad de establecer un límite más preciso en cada supuesto concreto.

En cada caso en que la agencia judicial deba decidir, sin poder impedir la criminalización, necesitará una pauta que le permita colocar un mojón a la cantidad de violencia irracional que la persona habrá de recibir a título de pena.

En la pugna ética de la agencia judicial por poner límites a la irracionalidad del hecho de poder con que se enfrenta, es racional que ésta se dedique con mayor interés a limitar la violencia que se ejerce sobre las personas que menores aportes han hecho al reforzamiento de la misma violencia de que son objeto (y del poder que limita el de la agencia judicial, por fortalecer el de las restantes agencias del sistema penal), y que, al mismo tiempo, son las personas que con menor grado de autonomía lo han decidido.

Por otra parte, el ejercicio de poder del resto del sistema penal no le deja espacio para ejercer un poder limitativo de violencia mucho mayor.

Cuanto mayor sea el grado de culpabilidad por la vulnerabilidad menor debe ser (porque también menor puede ser) el interés de la agencia judicial por limitar la pena.

En cualquier caso, cabe tener presente que la culpabilidad por la vulnerabilidad no puede ser nunca superior al límite que marque la autonomía de la voluntad en la culpabilidad por el injusto. La culpabilidad por la vulnerabilidad contiene, como parte del esfuerzo personal por la vulnerabilidad, la culpabilidad por el injusto, que cumple su función negativa o limitadora de la total culpabilidad por la vulnerabilidad, hasta el punto de que, en caso de no haber culpabilidad por el injusto, no puede concebirse culpabilidad alguna por la vulnerabilidad.

La culpabilidad por la vulnerabilidad opera siempre como límite máximo de la violencia tolerada, siempre por debajo —o cuanto más coincidente— con el límite que surgiría de la mera culpabilidad por el injusto, ya que se trata de un concepto mayor, abarcativo y reductor de ésta.

Insistimos en que la decisión de la agencia judicial es racional en la medida en que distribuye racionalmente su ejercicio de poder y, para ello, usa como criterio la culpabilidad, pero esto no significa que la pena se funde o se legitime con la culpabilidad, sino que la agencia judicial pauta de este modo sus decisiones, estableciendo un orden preferencial de atención, porque está obligada a pautarlo de algún modo, dado que a ello la obliga el restante ejercicio de poder del sistema penal y la necesidad de conservar y ampliar su propio poder.

Así como la agencia del derecho humanitario no dispone de poder para liberar a todos los prisioneros de guerra y, por ende, debe administrar su atención conforme a un orden racional de preferencia (se ocupará primero de los heridos, de los casados, etc., sin que esto implique que reproche a los otros no estar heridos ni ser solteros), del mismo modo la agencia que trata de controlar la violencia del hecho de poder del momento de la política debe tener sus propias pautas de preferencia para ocuparse de los prisioneros de la política.

La elección de la culpabilidad por la vulnerabilidad como pauta no es arbitraria, porque además de ser razonable (*parecería que el sacrificio ético es menor cuando se ocupa menos por los que más hacen para neutralizar su propia acción limitadora de violencia*), en los hechos, cuanto mayor sea la culpabilidad por la vulnerabilidad, menor espacio decisivo le

resta a la agencia judicial, pues las restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad, se ocuparían de aniquilar a la agencia y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de violencia.

En síntesis: la necesidad (límite de su ejercicio de poder decisorio) obliga a la agencia judicial a pautar el máximo de intensidad que puede tolerar en ejercicio de su responsabilidad criminalizante conforme a un orden prioritario que atienda al nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad de cada persona seleccionada por el poder de las restantes agencias del sistema penal, lo que confiere eticidad a su decisión sin que implique reconocérsela a la violencia reproductora que no tiene poder para eliminar.

La cuantificación penal no se agota con la culpabilidad por la vulnerabilidad, que sólo le señala su límite máximo —siempre que no sea inferior el de la culpabilidad por el injusto—, como correctivo racional, abarcativo y reductor de la culpabilidad por el injusto.

Es posible que consideraciones que emerjan del propio discurso jurídico de la pena y de los principios limitativos generales que imponen otra clase de límites a la responsabilidad criminalizante de la agencia judicial, impongan a la misma la reducción de la cuantía de la pena y aún su eliminación. Pueden mediar causas personales de exclusión y de cancelación de la punibilidad y también puede suceder que los llamados principios de humanidad y de personalidad (o intrascendencia) señalen en el caso límites más bajos que los indicados por la culpabilidad por la vulnerabilidad, lo que no presenta ningún inconveniente lógico ni ético a la agencia judicial, en la medida en que no se trate de beneficios *ad hoc*, que pretendan consagrar una selectividad aún mayor que la corriente y estructural del ejercicio de poder del sistema penal.

6. **¿Se pretende una nueva “tópica”?** La culpabilidad por la vulnerabilidad marcará una preferencia de la agencia judicial y puede parecer que esto implica algo así como averiguar primero la solución “correcta” y luego buscar los argu-

mentos para sustentarla, método que cobró cierta notoriedad en los años cincuenta, con la *tópica* de Viehweg¹⁷, que apelaba a Aristóteles y a Cicerón para negar la posibilidad de construcción de un “sistema” —entendido como orden pautaador doctrinario— y pretendía hallar la solución justa en cada caso, partiendo de los datos de hecho concretos.

En principio, debe quedar claro que no estamos proponiendo un método con validez general para todo el derecho y ni siquiera para el derecho penal, sino sólo un nuevo concepto de culpabilidad abarcativo de la tradicional culpabilidad por el injusto.

Por otra parte, el grado de culpabilidad por la vulnerabilidad no estaría indicando ninguna clase de solución “justa” —como lo pretende la “tópica”— sino sólo la *decisión posible*, porque se deriva de la existencia de un “espacio de poder”, fuera del cual no hay posibilidad de decidir.

No obstante, quien quiera ser sincero y conozca de cerca la labor judicial, observará sin duda un dato de elemental realidad: cuando las circunstancias que tomamos en cuenta para establecer la culpabilidad por la vulnerabilidad son claramente manifiestas en el sentido de un bajo nivel de la misma, es usual que algunos jueces —los menos burocratizados o los que no se han deteriorado canalizando su agresividad contra los criminalizados— fuercen un tanto los argumentos o extremen el cuidado para evitar la imposición de una pena o por imponer la más leve posible.

Esta tendencia humana es necesario reconocerla y relevarla, puesto que nada tiene de negativo, sino todo lo contrario y, precisamente por ello es necesario que la construcción jurídica la recoja, sólo que, al hacerlo, nos damos cuenta de que no se trata de ninguna cuestión metodológica, sino de un simple dato de realidad acerca de la operatividad de la agencia judicial o de parte de ella.

Teniendo en cuenta este dato, es posible que, en algunos casos concretos, al analizar la culpabilidad por la vulnerabilidad, como inevitable y positiva reacción humana de un sector

¹⁷ T. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964 (*Topik und Jurisprudenz*, 1953).

de la agencia judicial, en el caso concreto se vuelva sobre los requisitos elementales del delito y sobre la misma culpabilidad por el injusto, para ver si no puede excluirse el supuesto de los límites máximos de irracionalidad tolerada y que, al hacerlo, se agudicen los perfiles de estos límites y se estrechen.

Esto en modo alguno es una solución “tópica” que imposibilite la construcción coherente, sino que sería un mero dato real que nos mostraría cómo puede producirse una *tensión interna en la teoría que sirva para hacer avanzar los “standards” de realización de los principios garantizadores* (o sea, los *standards* de intolerancia a la irracionalidad del poder del sistema penal). No se trata más que de un mero hecho —que como tal y fuera de todo contexto teórico está sucediendo a diario¹⁸— y que no destruye la existencia de una pauta coherente de decisiones (o de la actividad decisoria), sino que impulsa la misma a una permanente superación por vía de la elevación de los *standards* garantizadores o limitadores.

7. ¿La culpabilidad por la vulnerabilidad es de acto o de autor? El discurso jurídico-penal tradicional desarrolló la antítesis entre “culpabilidad de acto” y “culpabilidad de autor”, inclinándose el derecho penal más garantizador por la primera y el más autoritario por la segunda.

Cabe preguntarse dónde se inscribe la propuesta de una culpabilidad por la vulnerabilidad.

Corresponde observar, antes de ensayar una respuesta, que la culpabilidad por la vulnerabilidad, tal cual la proponemos, se atiene estrictamente a la culpabilidad por el acto (que la llamamos “culpabilidad por el injusto”), cuyos límites no pueden ser superados por ésta, constituyendo un concepto abarcativo de la misma, que en el peor de los supuestos indicará un límite máximo de pena igual al de la culpabilidad por el injusto.

Planteadas así las cosas, carece de todo sentido si se trata de uno u otro de los términos de la antítesis tradicional, aunque resulta claro que puede ser calificada como un *desarrollo superador de la culpabilidad de acto hacia un concepto más*

¹⁸ Por regla general, se obtiene la solución por vía procesal, particularmente probatoria.

limitativo de la responsabilidad criminalizante de la agencia judicial.

En cuanto a sus efectos comparados con los de la culpabilidad de autor entendida como "culpabilidad por la personalidad" o "por el carácter", cabe señalar que sus consecuencias son las diametralmente opuestas a las de la culpabilidad por la vulnerabilidad.

En tanto que por la vía de la culpabilidad de autor son más "reprochables" las acciones que se ajustan al estereotipo, para nuestra culpabilidad por la vulnerabilidad será más frecuente que suceda lo contrario y sin la carga axiológica que pretendía valorar "personalidades", "caracteres" o la total elección existencial de una persona, en lo que no era más que una "espiritualización" de la vieja y conocida "peligrosidad".

Siendo ello así, poca importancia tiene calificar a la culpabilidad por la vulnerabilidad como culpabilidad de "autor" y, si alguien lo prefiere, nada obstaría a aceptar una "culpabilidad de autor" que restrinja la culpabilidad de acto, pues *siempre sería más limitativa de violencia penal deslegitimada que la versión tradicionalmente aceptada por el derecho penal "liberal"*.

8. Pena sin culpabilidad o la posibilidad de la aberración tolerada. (La peligrosidad del sistema penal). Después de lo expuesto, pareciera carecer de cualquier sentido preguntarse si en algún caso la agencia judicial, aún respetando los límites legales de las penas flexibles, podría exceder en su decisión el máximo penal que le señale la culpabilidad por la vulnerabilidad.

Es indudable que no hay ninguna consideración concierne al peligro para la agencia o para su prestigio y poder, que la autorice a exceder ese límite máximo, pues neutralizaría su impronta ética y, por lo tanto, perdería racionalidad (legitimidad) su pautación decisoria y su ejercicio de poder.

No obstante, la cuestión no es sobreabundante frente a la formidable violencia de los sistemas penales de nuestra región, que con desgraciada frecuencia plantean situaciones límite que son particularmente difíciles de resolver y sobre las cuales se haría necesario profundizar mucho más. espe-

cialmente porque jamás han sido introducidas en el discurso jurídico y el poder de los juristas se ejerce como si tales situaciones no existiesen.

Nos referimos al supuesto en que la intervención de la agencia judicial se traduzca en una decisión que implique la cesación de la condición de prisionero de la política en forma inmediata o a muy breve plazo, pero sabiendo la agencia judicial que, *con elevadísimo grado de probabilidad, la persona habrá de ser ejecutada por alguna agencia del sistema penal.*

Se trata de una hipótesis que dista de ser de laboratorio en la realidad operativa de nuestros sistemas penales, donde la ejecución sin proceso se ha convertido en una práctica cotidiana.

Se plantea aquí una gravísima disyuntiva entre la vida del prisionero y el principio pautador fundamental del ejercicio de poder de la agencia judicial.

La gravedad del conflicto es aún mayor cuando la autonomía de la determinación del prisionero es considerablemente baja en razón del debilitamiento de su "yo" por efecto de anteriores intervenciones del sistema penal, que lo condicionan a colocarse en situaciones de alta vulnerabilidad como candidato a una ejecución sin proceso, es decir, a ser exhibido como cadáver de "enemigo en la guerra sucia del momento de la política".

Pese a lo delicado de la cuestión, creemos que si la condición de prisionero preserva la vida de la persona (lo que puede no suceder si el campo de concentración de prisioneros de la política no ofrece seguridad en razón de su violencia interna), frente a una seria y concreta amenaza de producción de una ejecución sin proceso, la decisión de retener al prisionero, dentro de los límites legales, pero más allá del límite indicado por su esfuerzo por la vulnerabilidad, no es éticamente objetable, teniendo en cuenta que el ejercicio de poder de la agencia judicial tiene lugar en un proceso de lucha o pugna de poderes y que, en definitiva, la pauta decisoria que privilegia el valor de la vida humana en una situación de necesidad no puede ser éticamente criticada.

INDICE

PRESENTACION	9
--------------------	---

PRIMERA PARTE

LA DESLEGITIMACION DEL SISTEMA PENAL Y LA CRISIS DEL DISCURSO JURIDICO-PENAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA CRITICA SITUACION DEL PENALISMO LATINOAMERICANO

I) Las "peines perdues"	15
II) Legitimidad y legalidad:	
1. La utópica legitimidad del sistema penal	20
2. La legitimidad no puede ser suplida por la legalidad	24
3. El sistema penal no opera conforme a la legalidad	25
4. La legalidad ni siquiera se respeta en el ámbito del sistema penal formal	30
5. El ejercicio de poder abiertamente ilícito por parte del sistema penal	32
III) La perversión inmoviliza al discurso jurídico-penal	34
IV) Signos teóricos de la situación crítica en América Latina	35

1. Crítica al derecho	36
2. Preocupación por la legitimidad del poder	38
3. Preocupación jushumanista por el sistema penal ..	38
4. Crítica criminológica	39
V) La deslegitimación por los hechos mismos	42
VI) El desprestigio de los discursos penales latino- americanos por sus vínculos ideológicos geno- cidas:	
1. El discurso jurídico-penal	45
2. El discurso criminológico	47

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS FUENTES TEORICAS DE LA DESLEGITIMACION EN LOS PAISES CENTRALES

I) La situación predisponente generada por un dis- curso empobrecido:	
1. Las antropologías anacrónicas	49
2. El juego de las ficciones	52
II) La deslegitimación del sistema penal desde el marco teórico marxista:	
1. Dificultades para delimitar el marco teórico mar- xista	54
2. La deslegitimación de Pašukanis y la re-legitima- ción stalinista	57
3. La teoría crítica de la sociedad	59
4. La versión deslegitimante de Quinney	61
5. El "minimalismo" penal de Alessandro Baratta ...	62
6. Pavarini y la mala conciencia del buen criminólogo	63
III) La deslegitimación por el interaccionismo simbó- lico y por la fenomenología	64
IV) La descalificación foucaultiana	66
V) El paradigma de la dependencia	68

VI) Balance de la deslegitimación teórica central ...	71
-------------------------------------------------------	----

SEGUNDA PARTE

RESPUESTAS A LA DESLEGITIMACION Y A LA CRISIS

CAPÍTULO TERCERO

TEORIAS Y ACTITUDES CENTRALES Y MARGINALES COMO RESPUESTA A LA DESLEGITIMACION Y A LA CRISIS

I) Teorías y actitudes: el saber central y su parcial disfuncionalidad periférica	77
II) Respuestas centrales en forma de "mecanismos de huida":	
1. Negación epistemológica de la deslegitimación ..	84
2. Huida hacia el retribucionismo	84
3. La funcionalidad burocrática de la agencia judicial	87
III) El discurso re-legitimante sistémico	89
IV) Las respuestas que enfrentan la deslegitimación desde el plano político-criminal:	
1. Mínima intervención penal y abolicionismo	93
2. ¿Se trata de propuestas de nuevos modelos de sociedad?	94
3. La principal carencia de las respuestas político-criminales	96
V) El programa de mínima intervención como propuesta político-criminal frente a la deslegitimación:	
1. Doble sentido de "deslegitimación"	99
2. El fundamento legitimante de un futuro derecho penal mínimo	100

3. El programa de legislación penal mínima	100
VI) El abolicionismo penal:	
1. Caracterización general del movimiento abolicionista	101
2. Las variables del abolicionismo	103
3. La polémica en torno al abolicionismo	107
4. Las dudas-límite frente a las propuestas abolicionistas	114
VII) El uso alternativo del derecho	117
VIII) Reacciones marginales	119

CAPÍTULO CUARTO

NECESIDAD Y POSIBILIDAD DE UNA RESPUESTA MARGINAL

I) La necesidad de la respuesta marginal para contener el genocidio:	
1. La encrucijada de nuestro margen en el marco del poder mundial	121
2. La operatividad real de los sistemas penales latinoamericanos: el genocidio en acto	127
3. El poder configurador de los sistemas penales latinoamericanos	129
4. Los aparatos de propaganda de los sistemas penales latinoamericanos (la fábrica de la realidad)	131
5. Las usinas ideológicas	136
6. El condicionamiento, la estigmatización y la muerte: la criminalización	137
7. Las jaulas o máquinas de deteriorar	139
8. Las agencias ejecutivas como máquinas de policizar	141
9. Las agencias judiciales como máquinas de burocratizar	145
10. Deterioros y antagonismos como producto de la operatividad de los sistemas penales	148

11. La destrucción de los vínculos comunitarios	149
II) La necesidad de una respuesta marginal como imperativo jushumanista	152
III) La respuesta marginal como imperativo ético ...	158
IV) La necesidad de respuesta es un planteo optimista	160
V) Las dificultades para una respuesta marginal ...	165
VI) Algunas bases para la selección realista y marginal de elementos teóricos:	
1. El carácter realista de la respuesta	166
2. ¿Qué es lo marginal?	170
3. La originalidad marginal-sincrética de América Latina	171
4. Los peligros del "vértigo": la antropología filosófica y los Derechos Humanos	175
5. El realismo marginal en criminología y en derecho penal	177
6. ¿Podría extenderse el análisis realista marginal a los planteos centrales?	178
VII) Posibilidad de respuesta político-criminal desde el realismo marginal:	
1. Tácticas y estrategia	180
2. La intervención mínima como táctica	182
3. "Reformismo" y "radicalismo"	183

TERCERA PARTE

LA CONSTRUCCION DEL DISCURSO
JURIDICO-PENAL DESDE EL REALISMO MARGINAL

CAPÍTULO QUINTO

UN MODELO CONSTRUCTIVO PARA EL DISCURSO
JURIDICO-PENAL NO LEGITIMANTE: EL DERECHO
PENAL HUMANITARIO DEL MOMENTO
DE LA POLITICA

I) Bases para su estructuración:	
1. Clasificación de los elementos del discurso legiti- mante	188
2. ¿Puede construirse un discurso jurídico-penal li- mitado a la función pautadora decisoria, que sea racional y no legitimante?	192
3. La incorporación no reduccionista de los datos ónticos	193
II) Pautas generales para un ejercicio de poder legí- timo frente a un hecho de poder deslegitimado:	
1. ¿Puede haber un discurso jurídico-penal racional frente a un sistema penal deslegitimado?	201
2. El derecho penal y el derecho humanitario como recíprocas prolongaciones	205
III) Lineamientos del discurso de pautación decisoria:	
1. Reconstrucción del concepto de "pena"	208
2. Establecimiento del horizonte de proyección del discurso jurídico-penal	211
3. Concepto del derecho penal así delimitado	212
4. ¿Una nueva etización del derecho penal?	213
5. El discurso jurídico-penal re-etizado como discurso de contradicción	221

- IV) Las garantías penales en un discurso jurídico-penal racional:
1. La deslegitimación de la guerra y del sistema penal 229
 2. Particularidades diferenciales de los campos penal e jushumanitario 232
 3. La función de la agencia judicial 236
 4. Un nuevo sentido para las garantías penales 239
 5. Las garantías como límites máximos de irracionalidad 242
 6. El discurso jurídico-penal y el "standard" obtenido por la agencia judicial 244
 7. Mención y perspectiva de los principales principios penales limitadores inacabados 245
- V) Principios para la limitación de la violencia por carencia de elementalísimos requisitos formales:
1. Principio de reserva de ley o de exigencia del máximo de legalidad en sentido estricto 246
 2. Principio de máxima taxatividad 247
 3. Principio de irretroactividad 247
 4. Principio de máximo de subordinación a la ley penal sustantiva 247
 5. Principio de representación popular 247
- VI) Principios para la limitación de la violencia por exclusión de supuestos de disfuncionalidad grosera para los derechos humanos:
1. Principio de limitación máxima de la respuesta contingente 248
 2. Principio de lesividad 248
 3. Principio de mínima proporcionalidad 248
 4. Principio de respeto mínimo a la humanidad 248
 5. Principio de idoneidad relativa 249
 6. Principio limitador de la lesividad a la víctima ... 249
 7. Principio de trascendencia mínima de la intervención punitiva 250

- VII) Principios para la limitación de la violencia por exclusión de cualquier pretensión de imputación personal en razón de su notoria irracionalidad .. 250

CAPÍTULO SEXTO

LA LIMITACION DE LA VIOLENCIA SELECTIVA POR LA LLAMADA "TEORIA DEL DELITO"

- I) Hacia una pautaación decisoria no legitimante:
1. La función teórica de la "construcción" del delito 251
 2. "El" delito no existe 252
 3. Los requisitos elementales y mínimos para la pautaación decisoria 254
 4. El debate sobre la naturaleza del injusto 257
 5. La interpretación conglobada de los tipos penales como instrumento limitador 262
- II) La crisis de la culpabilidad:
1. La deslegitimación de la "reprochabilidad" 264
 2. Etica, reprochabilidad y culpabilidad 274
- III) Los requisitos de la responsabilidad:
1. ¿Quién es "responsable" 271
 2. La culpabilidad por la vulnerabilidad como base de la respuesta criminalizante 274
 3. Niveles de vulnerabilidad y culpabilidad 276
 4. El esfuerzo personal para la vulnerabilidad 280
 5. Cuantificación penal y culpabilidad por la vulnerabilidad o por el esfuerzo personal por la vulnerabilidad 281
 6. ¿Se pretende una nueva "tópica"? 284
 7. ¿La culpabilidad por la vulnerabilidad es de acto o de autor? 286
 8. Pena sin culpabilidad o la posibilidad de la aberración tolerada (La peligrosidad del sistema penal) 287

Se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos CYAN,
Potosí 4471, Buenos Aires, TEL. 982-4426
en el mes de mayo de 1998