Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.

PROHIBIDA SU VENTA

Eugenio Raúl Zaffaroni

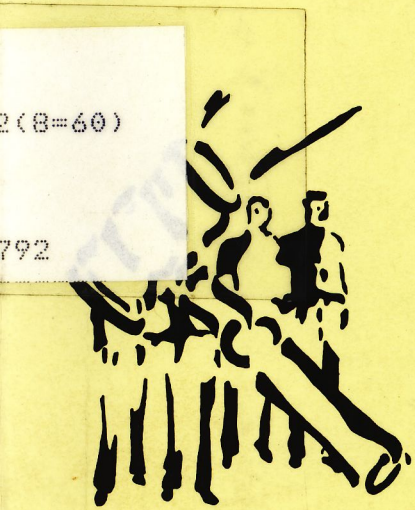
Hacia un realismo jurídico penal marginal

En la presente colección de ensayos y conferencias, el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni aborda un tema crucial de la problemática contemporánea del derecho en América Latina. Como el mismo lo señala, se trata de «la búsqueda de una dogmática jurídico-penal liberal (...) realista, no distanciada de las ciencias sociales, no legitimante del poder primitivo que no ejercemos los juristas y adaptada al momento actual de nuestra región latinoamericana». En efecto, la mirada que ofrece Zaffaroni sobre los diversos aspectos que aborda en su trabajo –el sistema penal, la culpabilidad, la legislación antidroga, el autoritarismo, entre otros– es la prueba del hecho incontestable de nuestra marginación de los centros de poder del mundo, lo cual debería llevarnos a redimensionar nuestras legislaciones en función de las especificidades culturales que implica. Al mismo tiempo, Zaffaroni pone en evidencia la crisis del discurso jurídico frente a la fuerza de otros discursos paralelos: policiales, políticos, periodísticos.

Eugenio Raúl Zaffaroni, miembro del Consejo Directivo de la Asociación Internacional de Derecho Penal y Profesor Titular de esta materia en varias universidades argentinas y extranjeras, ha publicado, entre otros títulos, un *Tratado de derecho penal* que consta de cinco volúmenes.

Monte Avila Editores Latinoamericana

2(8=60)
792



Documentos

Hacia un realismo jurídico penal marginal

Eugenio Raúl Zaffaroni

Hacia un realismo jurídico penal marginal

Monte Avila Editores
Latinoamericana

1ª edición, 1993

D.R. © Monte Avila Latinoamericana, C. A., 1992
Apartado Postal 70712, Zona 1070, Caracas, Venezuela
ISBN: 980-01-0711-8
Diseño de colección y portada: Marisela Balbi Ochoa
Composición y paginación electrónica: PrePrint
Impreso en Venezuela
Printed in Venezuela

PRESENTACION

RESULTA DIFÍCIL presentar trabajos independientes. Cada uno de ellos es una circunstancia, una oportunidad que requirió cierto lenguaje. Nunca hay un lenguaje que no se adapte al destinatario. La unión de todos no sólo da lugar a una variedad temática, sino a una pluralidad de lenguajes. Además, como lo único que da unidad a ese pluralismo temático y expresivo es el propio autor, no puedo ocultar una sensación un tanto desagradable de estar cayendo en cierta falta de modestia o humildad. Puede ser un prejuicio absurdo, pero no puedo evitar el entrenamiento sufrido, en el cual los *gesamte Werke* los organiza otro, cuando el autor se ha muerto y ha trascendido su obra. Pero sé que la modernidad impone otras reglas, a las que debo adaptarme.

Todos los trabajos que aquí se reúnen son de los últimos tres años. El que versa sobre Tobías Barreto y Nina Rodríguez refleja un debate del nordeste brasileño, entre el penalista latinoamericano más creativo del sigio pasado y la crítica que contra el mismo alzara el fundador de la criminología brasileña. Es el enfrentamiento de dos mundos: el del Nordeste que se disolvía productivamente y el del «nuevo orden» que desde la cúspide de la civilización lo juzgaba como biológicamente condicionado a ser primitivo y violento. Es ilustrativo para todos los latinoamericanos por la extrema claridad del encuentro, por su sincera frontalidad. La genialidad de Tobías, la importante labor pionera del propio Nina Rodríguez, que lo hace recoger datos antropológicos importantísimos sobre los afro-brasileños, fueron los que me impulsaron a indagar en el tema y a exponerlo en Salvador, en marzo de 1989, en ocasión de la conmemoración del 380 aniversario del Tribunal Superior.

El breve informe acerca del sistema penal en América Latina fue preparado para un simposio que convocaron en setiembre de 1990,

en Río de Janeiro, la Sección Brasileña de la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Secretaría de Justicia del Estado. Creo que es útil incluirlo, porque del mismo se desprende el marco limitador de violencia de los esfuerzos jurídicos que se llevan a cabo en los restantes textos.

El trabajo crítico acerca de las consecuencias jurídico-penales de funcionalismo sistémico fue publicado en el volumen que en 1989 editó la Universidad de Santiago de Compostela, en homenaje a la memoria de don Agustín Fernández Albor, que fuera catedrático en la misma. Creemos que es necesario profundizar una crítica a lo que hoy se muestra como una de las más acreditadas «teorías de la pena», es decir como una de las modernas legitimaciones del poder criminalizante en Europa.

Las notas sobre la legislación «anti-droga» en América Latina corresponden a una conferencia pronunciada en marzo de 1990 en Porto Alegre, que luego tomaron forma de artículo para ser incluido en el libro homenaje al profesor, hermano Dr. Raúl Peña Cabrera. Esta legislación constituye uno de los capítulos más importantes de la demolición del derecho penal liberal o de garantías en la región. La «droga» no es más que una coyuntura del derecho penal autoritario que, con total irresponsabilidad frente a la democracia y a la historia, están consagrando y permitiendo nuestras agencias políticas.

El tema de la reincidencia reproduce el relato que nos encomendara en Viena en 1989, el Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Penal, para tratarse en la reunión de las «cuatro grandes Asociaciones» en La Habana, en setiembre de 1990, convocada para ese tema en ocasión del Congreso de Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas. No pudiendo permanecer hasta la fecha de la reunión en La Habana, lo defendió nuestra colega de cátedra en Buenos Aires, profesora Lucila Larrandart. Creemos que en esas páginas se demuestra la imposibilidad jurídica de fundamentar cualquier agravación primitiva en base a la reincidencia, lo que ya sustentáramos tres años antes desde la magistratura argentina, juntamente con el juez Carlos Gebert, lo que

provocó un escándalo periodístico, la revocación de la sentencia por la Corte Suprema, pero ningún argumento razonable.

El panorama de la culpabilidad que se presenta en el ensayo siguiente, fue nuestra contribución al Congreso Nacional de Derecho Penal de México, celebrado en setiembre de 1990 en San Luis Potosí; creímos necesario mostrar allí el proceso de auténtica disolución discursiva que sufre el tema y con él toda la legitimación de la pena y del poder criminalizante. En la última parte reiteramos la tentativa de elaborar dogmáticamente un concepto de culpabilidad reductor de prescribilidad y no legítimamente, como es la «culpabilidad por la vulnerabilidad».

El referido trabajo sobre la culpabilidad es posterior a la publicación del más extenso ensayo: *En busca de las penas perdidas* (Buenos Aires, 1989; Lima, 1990; Bogotá, 1990). De allí que en alguna medida, la exposición de la culpabilidad por la vulnerabilidad sea un tanto reiterativa. El artículo que sigue y que cierra este volumen, plantea el problema del enfrentamiento de la dogmática legitimante con las ciencias sociales, es decir ofrece un panorama más general y constituye un adelanto del citado libro, pues fue publicado con anterioridad a la aparición del mismo, en el libro homenaje al profesor Antonio Beristain, en San Sebastián.

Los temas son diversos y puede que incluso, como lo advierto, sean dispares los lenguajes. No obstante, la idea rectora es la misma: la búsqueda de una dogmática jurídico-penal liberal (de garantías) realista, no distanciada de las ciencias sociales, no legitimante del poder primitivo que no ejercemos los juristas y adaptada al momento actual de nuestra región latinoamericana.

Este intento es lo que llamo *realismo marginal.* La expresión «marginal» la empleo porque creo que es para muchos peyorativa y, sin embargo, es una característica que debemos asumir los moradores de los parajes marginados del poder mundial. Creo que es mejor asumir la condición de «marginal», que conservar la neutra de «periférico», porque lo «marginal» tiene mucha mayor identidad.

Mis anteriores trabajos dogmáticos (el *Manual de Derecho-Penal* y el *Tratado)* datan de un programa trazado a comienzos de los años setenta y se estructuran sobre una idea preventivo-especial de la pena. No incluyo en este volumen ningún artículo elaborado desde ese paradigma. Como tampoco los que produje a medida que me iba alejando del mismo: la literatura crítica de las instituciones totales, la criminología de la elección social, particularmente el contacto más íntimo con la obra de los interaccionistas y de los fenomenólogos, tuvieron parte en el abandono definitivo de aquella posición asumida en los años sesenta, en mi primer entrenamiento en la materia.

No obstante, eso fue sólo una parte. Esta experiencia, meramente intelectual, hubiese tenido escaso efecto de no haber sido por la verificación cotidiana de esas tesis a lo largo de veintiún años de ejercicio de la magistratura penal en todos sus niveles y, particularmente, la oportunidad que me brindaron esas funciones para dialogar estrechamente con presos y familiares de presos.

Pese a que filosóficamente no comparto la antropología de Michel Foucault, no he podido menos que admirar su penetración en cuanto al funcionamiento del poder, a la «microfísica» del mismo, al poder del discurso, a la vigilancia capilar de las agencias ejecutivas y, sobre todo, a la gestación del sujeto cognoscente, a lo que ya se había llamado la «incapacidad entrenada» del profesional (el entrenamiento para «no ver»). La atenta observación cercana de todos los segmentos del sistema penal de mi país me permitió constatar esto, incluso en el análisis del comportamiento de colegas y amigos y en la propia introspección.

La investigación sobre los sistemas penales latinoamericanos y los Derechos Humanos que organizó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos a partir de 1983, me permitió trabajar junto a penalistas y criminólogos de toda la región, en una experiencia de insustituible valor en la que fueron saliendo a luz importantísimas constantes de la realidad regional, que se continuó con la investigación sobre «muertes anunciadas». En esta labor tuve la oportunidad de estrechar la relación y aprender muchísimo de las criminólogas

venezolanas, Lola Aniyar de Castro y Rosa Del Olmo, la que se consolidó aún más a partir de 1985, año en que comencé a frecuentar la maestría de la Universidad del Zulia, en Maracaibo.

Al mismo tiempo, el desempeño de la Secretaría General Adjunta de la Asociación Internacional de Derecho Penal me llevó con mayor frecuencia a Europa, lo que me permitió un contacto personal más estrecho con Alessandro Baratta y con Louk Hulsman, quienes también en la década pasada se familiarizaron muchísimo con América Latina.

Todo esto, más la experiencia directa de haber vivido ocho largos años en un país en el cual, bajo la invocación de una guerra, las agencias ejecutivas del sistema penal estaban desbocadas, la observación del acomodamiento de las mismas para conservar poder en los años posteriores a la dictadura, la mudanza de los discursos de guerra, la invención de otras guerras por parte de los comunicadores sociales y la docilidad de buena parte del público a estas técnicas de manipulación, me alejaron totalmente de la posición preventiva-especial formada en los años sesenta. No menos lo fue la observación del disciplinamiento de la mayoría de la magistratura penal en los años de la dictadura, que llegó a afirmar que un adolescente fumando marihuana afectaba la seguridad nacional en un medio general en el que se prohibía el ejercicio profesional de los psicólogos, la homeopatía, la lógica matemática y el culto a la «Difunta Correa» (culto popular de la región Oeste del país). El escaso margen de disidencia era estigmatizado con ensañamiento por magistrados a los que, en homenaje a la verdad, ningún militar presionaba para que lo hiciesen, al menos en lo que respecta a la llamada delincuencia «común».

Todo esto me convenció de que el discurso jurídico-penal está en crisis. Los fuegos artificiales de las teorías que legitiman la pena asignándole funciones manifiestas falsas (prevención, de cualquiera naturaleza) no logran ocultar las contradicciones cada vez más profundas y deteriorantes de profesores, jueces y abogados. El discurso en crisis no es una mera cuestión de palabras, sino que implica una grave crisis del *poder jurídico*. Nos vamos quedando vacíos, sin discurso (o con

uno que sabemos falso, que es lo mismo), frente al poder de las restantes agencias no jurídicas que avanza arrolladoramente (policiales, administrativas, políticas, de comunicación masiva, etc.).

Las teorías positivas de la pena (preventivas) no han hecho otra cosa que legitimar el poder que nos engulle. El discurso jurídico-penal es la justificación de un ejercicio de poder punitivo que ejercen otros, no los juristas ni las agencias jurídicas.

Ser marginal y asumirse como tal tiene grandes ventajas. Una de ellas es la osadía del marginal. Pues esa ventaja me permitió decidirme a invertir el punto de partida del planteamiento dogmático y a emplear la técnica jurídica, pero desde un punto de partida no legitimante del ejercicio del poder no jurídico. De este modo pienso que es posible reconstruir el discurso jurídico-penal con un modelo análogo al del derecho humanitario, es decir, no como un discurso legitimante de la pernición y menos aún de todo el poder criminalizante y de vigilancia, sino como un discurso de contención y limitación del mismo, en la medida del espacio de un poder jurídico con vocación de progresivo aumento.

Este es el ensayo que he esbozado en *En busca de las penas perdidas* y que ahora pretendo desarrollar en la nueva versión de mi *manual*, ya en forma de *curso*, que estoy elaborando.

Los trabajos de este volumen van completando y ampliando aspectos parciales del intento. Al escribirlos y al escribir también el citado libro, fui descubriendo una nueva compatibilización del derecho penal (dogmática jurídico-penal) con las ciencias sociales, superadora del violento corte esquizofrénico del neo-kantismo, pero también vería resurgir la línea del viejo derecho penal liberal, demolido por el autoritarismo del positivismo y del derecho penal de autos posteriores, aunque aún no había aparecido la obra de Luigi Ferrajoli *(Diritto e Razione*, Laterza, 1989), que implica una extraordinaria revaloración del mismo, y que me aporta una seria confirmación de puntos de vista e importantes reflexiones.

La tesis de Ferrajoli difiere parcialmente de la que sustento, pues este autor afirma la necesidad de la pena en una sociedad futura y en

un derecho penal reducido (mínimo). No estoy convencido de eso, pero de cualquier manera, creo entender que Ferrajoli también reconoce que la función manifiesta que él le asigna a la pena en ese derecho penal mínimo (sociedad futura) no es la que cumple actualmente, salvo por azar o excepcionalmente, y por ende, creo ver una coincidencia básica fundamental en la necesidad actual, frente a la carencia de función manifiesta por parte del poder punitivo presente, de revitalizar y reforzar la función limitativa de contención del derecho penal liberal.

En definitiva creo que, en dos puntos y con la diferencia del lenguaje propias de dos momentos diferentes del poder mundial, surge una coincidencia básica: *o el derecho penal sirve para contener límites o reducir un poder deslegitimado, o no sirve para nada.* Ese poder deslegitimado se ejerce en Latinoamérica en forma genocida sobre una minoría. Las cárceles latinoamericanas menos violentas aumentan en 23 veces el riesgo de victimización por homicidio (Costa Rica). El establecimiento penal de «Libertad», en Uruguay, tuvo seis muertos en cuarenta y cinco días en el último mes y medio, sobre una población de menos de mil presos (la progresión anual daría un 4,8% de población penal muerta por año). Me estoy refiriendo a ejemplos aislados, de países pequeños y mostrados tradicionalmente como ejemplos de democracias en sus respectivas sub-regiones y, además, realmente con tradición democrática y criminalidad escasamente homicida. *Auschwitz* y el *Gulag* están creciendo en nuestro continente. La mayoría de nuestros presos podrían reproducir las vivencias de Viktor Framke.

Con el pretexto de esta «guerra», ese poder de las agencias de criminalización avanza y penetra capilarmente en la sociedad, se difunde y va introduciendo sus placas bloqueadoras de la circulación simpática horizontal, atrofia los espacios de libertad social, instala una arteroesclerosis corporativa verticalizante. *O el derecho penal es uno de los instrumentos que se pueden usar contra este proceso de aniquilamiento democrático, o no es nada.*

Estos ensayos aquí reunidos tienen una única unidad, que es el intento, sin duda que imperfecto, parcial, defectuoso, pero intento al fin, de que el derecho penal «sea» y que con él puedan «ser» los que

operan el reducido —pero existente— poder jurídico. Puede pensarse que no es más que un mero discurso, puede sonreírse juzgando la debilidad de lo que no pasa de ser un discurso. Ante la carencia de argumentos racionales puede ironizarse desde el ángulo del poder, sacudírselo con un movimiento de hombros y preguntarse para qué sirve frente a quien se impone con los puños en la cintura. Un discurso alternativo y marginal, y para colmo jurídico, para uso de quienes tienen tan reducido poder (el poder jurídico) no parece tener importancia.

Sin embargo, no piensan igual las dictaduras; los nacional-socialistas alemanes no hubiesen quemado libros; el stalinismo no habría ejercido un control intelectual sobre sus penalistas; el fiscal Vysinkij y el ministro Hans Frank no hubiesen existido; los autoritarismos no hubiesen cuidado tanto los discursos de justificación jurídica ni los sectores de poder y las agencias no jurídicas del sistema penal cuidarían un discurso que no les pertenece. Cuando André Glucksmann se pregunta por qué sucede esto y «¿Qué necesitan hoy los que suben al poder aparte de una buena ropa, aguardiente y salchichón?», responde sin meditar «Necesitan el texto».

Eugenio Raúl Zaffaroni

LA CRITICA SOCIOLOGICA AL DERECHO PENAL Y EL PORVENIR DE LA DOGMATICA JURIDICA*

1. EN POCOS AÑOS la crítica sociológica al sistema penal provocó un cuadro bastante desconcertante para la dogmática, que no logra asimilarla, sino que, por el contrario, parece que en opinión de algunos autores conduce a una desaparición de la dogmática. Si bien cabe reconocer opiniones más esperanzadas[1] da la sensación que aún no han alcanzado el grado de precisión que permita superar la contradicción que se plantea casi como insalvable: según unos, las estructuras dogmáticas deben mantenerse mediante una moderación de la crítica[2] o nos quedamos en un terreno en que la crítica se limita a ofrecer un cierto grado de *voyeurismo* impotente[3]. No obstante, la cuestión no

---

* Estas páginas contienen algunas reflexiones centrales de un trabajo inédito, aún requerido de revisión final. Si tuviésemos que sintetizar el sentido de esta tentativa, diríamos que procuramos la renovación de la dogmática penal desde la deslegitimación del sistema penal, orientada instrumentalmente hacia la limitación y reducción de su ámbito y violencia, en camino a una utopía (por lejana y no realizada, pero no por irrealizable) abolicionista del sistema penal. Su resultado más cercano es una renovación más limitativa del derecho penal de garantías, con base realista y sin apelar a la ficción del contrato ni a sus reformulaciones. Como es natural, en estas cuartillas sólo hay trazos de esa tentativa, particularmente referidos a sus fundamentos reconstructivos. Aunque los párrafos sean incoherentes y el ensayo descaminado, no podemos eludir la ilusión que siempre nos hace creer que lo menos defectuoso es lo último que producimos. Pese a que eso no tenga más valor que el de una ilusión, como que esta fragmentación resulte todavía más defectuosa, vale la pena ofrecerle una ilusión a Antonio Beristain.

1 Así parece expresarlo Alessandro Baratta: *Criminologia critica e critida del diritto penale*, Bologna, 1982.

2 Esta sería la posición adoptada por Franco Bricola: «Rapporti tra dommatica e politica criminale», en: *Riv. It. di Dir. e Proc. Penale*, enero-marzo, 1988, p. 3.

3 Esa fue la imputación de Giorgio Marinuci, «L'abbandono del Codice Rocco, tra rassegnazione e utopia», en: *La Questione Criminale*, 1981, 2, p. 297. Aclara bastante su posición Baratta en la respuesta, pero no deja la sensación de completa satisfacción «Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito. *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo* e risposta a Marinuci», en la misma, 1981, 3, 349).

se resuelve a través de un mayor o menor grado de moderación crítica, sino que el problema, en síntesis, consiste en saber si el sistema penal queda deslegitimado o no. Si el ejercicio de poder del sistema penal pierde legitimidad, parece imposible salvar la dogmática. La crítica que lo deslegitima radicalmente genera dos grandes líneas político-criminales: una vertiente que deslegitima los sistemas penales contemporáneos, pero que, con argumentos que parecen remontarse al iluminismo, legitimaría un sistema penal basado en un «derecho penal mínimo»[4], en tanto que otra deslegitima el ejercicio de poder de los sistemas penales contemporáneos y de cualquier otro (el abolicionismo)[5]. No obstante, ambas son propuestas político-criminales —o quizás sea mejor calificarlas como propuestas de «modelos de sociedad» [6]—, por lo cual no ofrecen propuestas concretas para los operadores de las agencias judiciales dentro de los sistemas penales contemporáneos.

Esta contradicción impide una respuesta clara y la cuestión puede quedar abierta en Europa, manteniéndose la discusión por cierto tiempo, porque el nivel de violencia relativamente bajo de los sistemas penales europeos —en comparación con los latinoamericanos— lo permite. En América Latina parece exigir una respuesta mucho más urgente, puesto que la operatividad de las agencias de nuestros sistemas penales alcanza niveles de violencia que son poco menos que increíbles en los países centrales.

Desde los países centrales recibimos los argumentos teóricos deslegitimantes, cuya proliferación fue altamente favorecida por un enve-

---

4 Así, Ferrajoli, Luigi: «El derecho penal mínimo», en: *Poder y control*, 1986, 24.

5 Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline: *Peines perdues. Le système pénal en question*, París, 1982; Hulsman, L.: «La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión» en: *Nuevo Foro Penal*, Medellín, enero-marzo de 1987, p. 49; Christie, Nils: *Los límites del dolor*, México, 1981; Mathiessen, Thomas: *The Politics of Abolition*, Oslo, 1974; Larrauri, Elena: «Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista» en: *Poder y Control*, 1987, p. 95; autores varios: *The Criminal Justice System as a Social Problem: an Abolitional Perspective*, Medelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, Nros. 36 y 37; también: *Contemporary Crisis*, Dordrecht, 10, 1, 1986.

6 Cfr. Pavarini, en prólogo a la trad. italiana del trabajo cit. de Nils Christie.

jecimiento filosófico del derecho penal, que terminó manejándose con antropologías realmente obsoletas, insostenibles en las grandes líneas del pensamiento, como también con la apelación a las ficciones y metáforas de siempre, más o menos renovadas, aunque a veces en forma mucho menos coherente que las de sus versiones originales. Tácitos conceptos del hombre kantianos, hegelianos, positivistas biologistas y gentilianos, unidos a veces en un mismo discurso en forma antojadiza, a modo de mosaico psicótico, dieron por resultado una profunda decadencia filosófica, que culmina con una vuelta al organicismo [7] sorprendentemente antihumanista, por la vía del funcionalismo sistemático en versión alemana[8] o una vuelta hacia el contractualismo en versión anglosajona[9]. Si a ello agregamos la renovación del fantasma del *bellum omnium contra omnes* —que el propio Hobbes como no sabía el modo de eludir su falta de realidad histórica nos lo atribuía a los americanos—, completamos el panorama de viejas ficciones y metáforas, con las que siempre se trató de justificar el ejercicio de poder del sistema penal. Si «ficción» es «invención» y «metáfora» es «traer algo de fuera», un discurso que para justificar un poder siempre debió acudir a esos medios, está indicando una carencia, hueco o pozo que por falta de sustento propio invariablemente debió rellenar como pudo. La vertiginosidad de los discursos de justificación, de las alternativas metafóricas y ficticias, la avidez consumística de bases filosóficas idealistas y realistas (con neto predominio de las primeras), la apelación a un neo-kantismo que permitía la elaboración de un saber normativo vacío de datos de realidad y de un saber criminológico de origen racista, todo ello cubriendo y tratando de justificar el poder de agencias que en dos siglos han cambiado muy poco en cuan-

---

7 Don Martindale: *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas,* Madrid, 1979, p. 544: «Puesto que el funcionalismo está anclado tan profundamente en el organicismo, prácticamente todo lo que se diga peculiar del funcionalismo ha sido adelantado por los organicistas».

8 Luhmann, Niklas: *Rechtssoziologie,* München, 1972; *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* Madrid, 1983; *Fin y racionalidad en los sistemas,* Madrid, 1983; la polémica Luhmann-Habermas, *Teoría della società e tecnologia sociale,* Milano, 1973; en derecho penal: Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Berlín, 1983.

9 Hart, Herbert, L.A.: *Responsabilitá e pena,* Milano, 1981.

to a sus estructuras reales y a su operatividad social, está hablando a las claras de la insuficiencia legitimante de esos esfuerzos, lo que fue lentamente preparando la eclosión de las críticas deslegitimantes.

Por fin, las críticas deslegitimantes llegaron, no sólo de la mano del marxismo —en las primeras versiones de su institucionalización y del no institucionalizado[10]— sino también del estructuralismo[11], del paradigma de la dependencia[12] y, sobre todo, del interaccionismo simbólico [13] y de la fenomenología[14], siendo estas dos últimas corrientes, por más que pueda criticárselas y calificárselas como de «medio camino» o «alcance medio»[15], las que al explicar la micro-operatividad de la agencias del sistema penal protagonizan una deslegitimación que con todo acierto se ha calificado de «irreversible», sin que para ello sea menester acudir a las teorías de «largo alcance» o macrosociológicos, por más que las mismas resulten sin duda fundamentales a otros efectos.

Con todo, en América Latina la operatividad del ejercicio de poder de las agencias de los sistemas penales queda deslegitimada por los hechos mismos. Nunca estuvieron legitimadas esas agencias, siempre supimos que su operar era injustificable. No obstante, durante muchos años la justificación la constituyó el «complejo de subdesarrollado», o sea, la esperanza de que se tratase de defectos coyunturales, a lo que contribuía la tesis del desarrollo centrífugo —renovación del spencerianismo— que pretendía mostrar nuestros fenómenos con

---

[10] La más interesante del marxismo institucionalizado sería, quizá la de Pasukanis, Eugenij B.: «La teoria generale del diritto e il marxismo», en Riccardo Guastini: *Marxismo e teorie del diritto. Antologia a cura di...*, Bologna, 1980. En el mismo pueden verse las respuestas de Stucka y las diatribas de Visinski (Pasukanis desapareció con las purgas stalinistas). Por el lado del marxismo no institucionalizado, por supuesto, la crítica social es importante (cabe recordar la obra pionera de Rusche-Kirchheimer: *Pena y estructura social.* trad. de García Méndez, Bogotá, 1984. Fuera de esta corriente, Baratta; Pavarini; Quinney; etc.).

[11] Michel Foucautl: *Vigilar y castigar*, México, 1984; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980; *Microfísica del poder*, Madrid, 1983.

[12] Martha Knisely Huggins: *From Slavery to Vegrancy in Brazil. Crime and Social Control in the Third World*, New Brunswick, 1985.

[13] Gofman, Becker, Lemert, Chapman, etc.

[14] Alfred Schutz: *El problema de la realidad social*, Bs. As., 1974; Berger, Peter y Luckman, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, 1986.

[15] Así, Gouldner, Alvin W.: *La sociología actual: renovación y crítica*, Madrid, 1979, p. 36.

analogía a los centrales del siglo pasado. La crisis definitiva de esta tesis y la clara demostración de la dependencia como productora de estructuras, aún admitida por quienes en otro tiempo habían sido partidarios de las tendencias desarrollistas neospencerianas y lineales[16], nos hace despertar a una realidad amenazante que se agrava con la perspectiva de una revolución tecnológica cuyos efectos genocidas pueden empalidecer cualquier dependencia anterior, es decir, superar los efectos de las revoluciones mercantil e industrial sobre nuestro margen[17]. Ahora sabemos que el poder de las agencias del sistema penal no se ejerce conforme a legalidad en nuestrol margen, pero también sabemos que estructuralmente eso es una ilusión, porque nuestro desarrollo no es lineal y porque los mismos teóricos centrales nos avisan que los sistemas penales nunca funcionan como lo habíamos imaginado.

Ante esto, continuamos con nuestro discurso jurídico-penal, del mismo modo que lo habíamos hecho antes, porque su perversidad es tal que nos impide desprendernos del mismo, dado que es el único instrumento con que el reducido poder de los juristas, puede pretender contener algunos excesos de los muchos que nos desbordan. Es una posición harto incómoda, que presenta una curiosa similitud con la del famoso personaje de Unamuno, San Manuel...

2. Es indiscutible que tan incómoda posición nos formula un requerimiento de respuesta. Sin embargo, esa demanda parece operarse en el plano de la honestidad intelectual, pero hay otra que tiene lugar a nivel ético y que es aún más fuerte. Nuestros sistemas penales implican un genocidio en marcha, en acto. El número de muertes que causan sus agencias en forma directa, sumado a las omisiones que encubre con su aparente capacidad de solución de conflictos y que ocultan fenómenos que superan en mucho las muertes que directamente provocan, además de los deterioros físicos y psíquicos de muchísimas personas —no sólo criminalizadas, sino también entre los operadores de sus propias agencias— arroja un saldo letal incalificable. Sin duda que un imperativo jushumanista nos obliga a una respuesta urgente,

---

[16] Por ej. Prebisch, Raúl: *Capitalismo periférico, crisis y transformación*, México, 1981.

[17] Ver: Ribeiro, Darcy: *O dilema da América Latina*, Petrópolis, 1983.

pero, insistimos, la mayor urgencia es *ética*: la urgencia proviene del *milagro*, en sentido etimológico y originario de «maravilla». Quien ocupa una función de operador de una de las agencias del sistema penal en América Latina y especialmente cuando esa agencia es la reproductora ideológica del sistema penal, esto es, la universidad, no puede menos que tomar conciencia de que esa posición es resultado de un milagro. En efecto: ser catedrático en América Latina implica haber sorteado tal cantidad de riesgos que, en el fondo, constituye la realización de una probabilidad remotísima. El operador de esa posición debe haber nacido (no haber sido abortado voluntaria o involuntariamente), haberlo hecho con su cerebro intacto (de una madre bien alimentada y con condiciones discretas de salud), haber sido alimentado adecuadamente y haber tenido asistencia sanitaria elemental o un organismo privilegiado o una gran suerte, haber sorteado las enfermedades infantiles con secuelas cerebrales irreversibles, haber logrado alfabetizarse y, más aún, tener acceso a la enseñanza media y superior, haber eludido en la vida adulta los peligros de la muerte en tránsito, por enfermedades endémicas, por suicidio, por violencia política y no política, no haber «desaparecido», etc, es decir, haber alcanzado esa posición extremadamente privilegiada frente a muchos otros que se quedaron en el camino. Desde el milagro de su privilegio, basta mirar alrededor para percatarse que fueron muchos, muchos más, quienes frustraron sus esperanzas de vida o quienes, sin frustrarla, no pudieron alcanzar esa situación milagrosa. Esta perspectiva permitirá ver descarnadamente el privilegio y el desprecio por la vida humana practicado por el ejercicio de poder en cuya operatividad se enmarca, creándole un compromiso con todos los que quedaron en el camino. No es un imperativo que surge del «coraje de existir» sino del «milagro de vivir», porque vivir es un milagro en América Latina.

Pueda que haya quienes se conformen con la urgencia de respuesta que provenga de argumentos intelectuales y jushumanistas, pero, por si éstas no fuesen suficientes, el imperativo ético es indiscutible.

3. ¿Cómo responder a esta urgencia? Desde el centro no parece haber respuesta. Salvar nuestra dogmática penal, copiada del centro, a

costa de negar una parte de la realidad, no parece razonable. Menos razonable parece nuestro «sigamos así, aunque no sea cierto, porque es mínimamente útil». Creemos que es llegada la hora de plantear la pregunta fundamental: si el ejercicio de poder del sistema penal se ha deslegitimado ¿no será posible salvar a la dogmática jurídico-penal y elaborarla en base a un discurso que parta de la asunción de esta realidad?

La primera reacción frente a esta pregunta es negativa: no podemos elaborar una dogmática que no sea legitimante del ejercicio del poder del sistema penal; por ende, si éste está deslegitimado, no hay espacio para ninguna dogmática. Este razonamiento parece de una lógica impecable, aunque tanto como falsa. En realidad, es el poder de las agencias en que operamos que nos ha señalado la respuesta negativa, y lo curioso es que ese poder fue ejercido siempre en forma que nos ocultó su verdadero poder y, justamente por ello, no concebimos otra respuesta.

Nos inclinamos a la respuesta contraria. En rigor, el discurso jurídico-penal que venimos reiterando —o mejor, los sucesivos discursos— caen en un pecado de omnipotencia, por efecto del ejercicio de poder de las diferentes agencias del sistema penal: el discurso jurídico-penal siempre fue el encargado de justificar el ejercicio de poder de todo el sistema penal cuando, en realidad, el máximo ejercicio de poder del mismo no pasa por la agencia judicial, puesto que no se trata del poder represivo del sistema, sino del poder positivo, configurador, constitutivo de la función no manifiesta de verticalización militarizada de la sociedad, propia del modo de organización social corporativo (*Gesellschaft*), en detrimento de la organización horizontal, comunitaria (*Gemeinschaft*), caracterizada por las relaciones de simpatía. El poder configurador, de lo cotidiano, pequeño y despreciado por el «gran» derecho penal de las teorías jurídicas[18], que desde Durkheim

[18] Ver: Zaffaroni: «El sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minización formal para la represivización material», en *Criminología crítica, I Seminario*, Medellín, 1984, p. 105.

hasta hoy[19] pretenden mostrarnos como propio de las sociedades «progresistas» —y que en realidad pulveriza las relaciones sociales, verticalizando el poder para acumular capital en el centro primero, para condicionar el consumo después y en la periferia para consolidar la dependencia[20]— es el verdadero poder del sistema penal [21], que no pasa por la agencia judicial, sino que está a cargo exclusivo de las agencias ejecutivas. Todo ese poder legitimó con su discurso el derecho penal que, en definitiva, sólo tiene poder para planificar el ejercicio del mismo para la agencia judicial.

Esta omnipotencia nos enseña hasta hoy que el discurso jurídico-penal debe legitimar el poder de todo el sistema penal, para poder planificar el ejercicio de poder decisorio de la agencia judicial en los pocos casos que las otras agencias (ejecutivas) seleccionan para someterlos a su conocimiento. El análisis del poder del sistema penal nos muestra hoy claramente que el poder selectivo del sistema penal —innegable a estas alturas en cualquier país [22]— no lo tiene primero el legislador, luego el juez, por último las agencias ejecutivas, sino todo lo contrario: ejerce el poder del sistema el conjunto de agencias ejecutivas, como poder configurador, y, como poder selectivo, lo detenta en primer término la agencia ejecutiva, que selecciona unos pocos casos que somete a la agencia judicial, en tanto que el legislador se limita a otorgar un mayor margen de selectividad arbitraria a las otras agencias, que siempre será ejercicio contra quienes éstas decidan y sin atender para nada a las motivaciones que pudo tener el legislador. La agencia legislativa se limita a conceder ámbitos de selectividad que son ejercidos por las agencias ejecutivas, quedando la judicial en medio de ambas, con muy limitado poder. Sin embargo, la ilusión de poder de la agencia judicial y de la respectiva reproductora ideológica (univer-

---

19 Durkheim, Emile: *La división del trabajo social*, Barcelona, 1985; Redfield, Robert: *Yucatán: una cultura en transición*, México, 1944.

20 Ribeiro: *op. cit.*

21 Foucault: *Microfísica*, cit.

22 Sobre la selectividad de la pena de muerte en Estados Unidos, un panorama bastante claro en Amnesty International, Death Penalty, London, 1987.

sidad) se vio alimentada por el discurso jurídico-penal justificador de la totalidad.

Conforme a esta función, el discurso jurídico-penal reconoce distintos elementos, que pueden ser primariamente clasificados en elementos *legitimantes*, encargados de racionalizar ese poder verticalizante que en función de la característica modernizadora incorporativa de la sociedad industrial fue traído a nuestro margen, donde empleamos los mismos discursos centrales, pese a la diferente función que cumple en nuestra periferia el sistema penal[23]: si nos atenemos al presente, algo muy diferente es controlar socialmente para que la población consuma lo que no necesita para vivir y hacerlo para que la población no consuma lo que necesita para sobrevivir. Es obvio que, al usar modelos justificadores de otros ejercicios de poderes, el nivel de abstracción (esquizofrenización social) de nuestros discursos jurídicos debió ser siempre más alto que el de los centrales.

El segundo grupo de elementos del discurso jurídico-penal es el que se encarga de la función pautadora de las decisiones de la agencia judicial. Toda construcción dogmática aspira a la pautación de reglas que hagan previsible y racional el ejercicio del poder de los juristas, es decir, para decidir de modo no contradictorio en los conflictos que las agencias no judiciales del sistema penal seleccionan y someten a las agencias judiciales. Como hasta ahora el discurso jurídico-penal ha venido cumpliendo ambas funciones, reconocemos en él los elementos legitimantes y *pautadores*. No obstante, ambos elementos discursivos se encuentran íntimamente vinculados, pues la función legitimante subordina a la pautadora hasta dejarla prácticamente inmersa en ella.

Los componentes legitimantes deben comenzar por asignarle una función a la pena y pretender que la misma sea racional y sometida a la legalidad. Según sea la función que se asigna a la pena, se deriva de

[23] Es sabido que la transnacionalización legislativa penal fue total en Latinoamérica: Argentina tomó el código de Baviera de 1813; Brasil el Rocco, Venezuela el Zanardelli, Haití y Dominicana el francés, Perú el suizo, Ecuador el belga, Bolivia el español, etc.

la misma en forma deductiva toda una construcción teórica que abarca los componentes pautadores, por lo que cada teoría de la pena se convierte en una teoría del derecho penal[24]. De allí que la decisión de los pocos casos que se derivan a la agencia judicial se paute conforme a categorías abstractas que, por ser deductivamente establecidas, no permiten un contacto fluido con la realidad social del conflicto en que debe decidir. El discurso jurídico-penal legitimante del sistema penal, jamás puede cumplir la función de pautar la mejor decisión frente al conflicto que se le somete, sino sólo la deductivamente más adecuada a la premisa justificadora del sistema que previamente se haya escogido con una determinada teoría de la pena. La explicación última de esta característica estructural de los discursos jurídico-penales que conocemos se explica, en último análisis, porque el modelo penal, desde la confiscación irreversible del conflicto (del derecho de la víctima) y de la consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que dice representar los intereses del soberano o por el mismo juez, es decir, desde el siglo XII, no es un modelo de solución de conflictos, sino un ejercicio de poder. La agencia judicial puede *decidir* en los conflictos que le llegan por selección de las otras agencias, pero no puede *solucionar* (resolver) esos conflictos, salvo por casualidad. De allí la funcionalidad de un discurso legitimante que le brinde un aparato de pautas decisorias que, a través de la realización justificadora, aparezcan como pautas de solución de conflictos.

Pero los elementos del discurso jurídico-penal legitimante no se agotan con las dos categorías señaladas: además de los elementos *legitimantes* y *pautadores*, hay una tercera clase de elementos, que cumplen a su modo una importantísima función legitimante, pero que no lo son específicamente. Se trata de los elementos *negativos limitadores* que recortan el discurso. Todo saber se expresa a través de un discurso que señala sus límites, consistiendo en un sistema de comprensión

[24] Cfr. Schmidt, Eberhard, en Radbruch-Schmidt-Wezel: *Derecho injusto y derecho-nulo*, Madrid, 1971, p. 28.

del objeto así delimitado. Lo que queda dentro de esos límites es el horizonte de proyección[25] de un saber u «ontología regional» (delimitación de un campo del ser). Por regla general, los horizontes de proyección estallan y generan de este modo nuevos horizontes o «revoluciones epistemológicas»[26]. El discurso jurídico-penal es tan cauto, que los límites de su horizonte de proyección son cuidadosamente recortados por el poder de otras agencias.

El ámbito de lo penal lo establece el concepto de pena, que muy frecuentemente resulta delimitado por un acto de bautismo legislativo, o sea que es la agencia legislativa la que pretende decidir el horizonte de proyección del saber penal. Por supuesto que lo que esta agencia deja fuera del saber penal queda excluido también del ejercicio de poder de la agencia judicial (generalmente incluido en el discurso «administrativo» y sometido al ejercicio de poder de las agencias no judiciales).

La función de los elementos negativos del discurso penal es altamente legitimante del sistema penal, porque reduce el ejercicio de poder de la agencia judicial en forma aparentemente racional, con lo que legitima el ejercicio de poder de las restantes agencias y estagniza al derecho penal, congelando su horizonte de proyección e impidiéndole intentar cualquier cambio de paradigma. Son elementos que resultan altamente funcionales a las agencias judiciales burocratizadas, dado que les ahorran esfuerzos y les evitan conflictos, dejando el ámbito de «lo penal» librado a los condicionamientos epistemológicos generados por el poder de las otras agencias.

4. La anterior reflexión nos señala que, siendo posible distinguir entre elementos *legitimantes, pautadores* y *negativos,* resultaría abstractamente posible eliminar del discurso jurídico-penal los negativos y los legitimantes y *reducir el mismo a los elementos pautadores.* La cuestión es cómo puede construirse un discurso jurídico-penal en base a elementos pautadores, que resulte racional, frente al ejercicio de poder de un sistema penal deslegitimado.

---

[25] Szilasi, Wilhelm: *¿Qué es la ciencia?,* México, 1970.
[26] Ver: Kuhn, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas,* México, 1985.

Los problemas por resolver son básicamente dos: a) Si el poder del sistema penal queda deslegitimado ¿de dónde deducimos las pautas? b) ¿Cómo delimitamos el horizonte de proyección del saber penal sin los elementos negativos?

En cuanto al primer interrogante, no por azar, encontramos en el ámbito de lo jurídico un discurso racional que se construye frente a un hecho de poder que está claramente deslegitimado: *la guerra*. Se trata, como es obvio, del *derecho humanitario*. Esta rama del derecho no pretende re-legitimar la guerra, sino que admite su existencia como la de un hecho de poder, un *factum*, que no desaparece con el mero discurso de los juristas. El *pacifismo* no es más que la ingenua pretensión de negar la realidad de un hecho, que, por deslegitimado que se halle, está en el mundo y, como es natural, los hechos de poder se mantienen mientras permanezca su poder, no mientras los juristas los legitimen. Podemos ser enemigos de la guerra, pero no podemos ignorar que hay guerras, que ellas se enmarcan en una red de poder mundial, que si cualquiera de nuestros países periféricos prescindiese de sus fuerzas armadas, sería invadido inmediatamente por su vecino (cualquiera de ellos), instrumentado desde algún sector central, interesado, aunque más no sea, en no perder un mercado para la venta de armamentos. Ante la realidad de la guerra, el derecho humanitario implica una reacción jurídica racional frente a un hecho de poder irracional. Reconoce la naturaleza de hecho de poder del fenómeno que enfrenta, reconoce la limitación del poder de que dispone, trata de extender sus límites, de ampliarlo, para reducir cada vez más la violencia del hecho que, de momento no puede eliminar o suprimir. Procura hacer uso racional de su limitado poder para reducir la violencia irracional de un mero hecho de poder.

El discurso jurídico-penal que se hiciese cargo de la deslegitimación del sistema penal, bien puede traducirse en una construcción dogmática que importe la pautación planificadora del reducido ejercicio de poder de la agencia judicial en forma racional, o sea, un conjunto de pautas decisorias configuradora de una estrategia reductora de violencia del sistema penal, como objetivo inmediato, sin perjui-

cio de un objetivo mediato, remoto o utópico, que sería la abolición del sistema penal y su reemplazo progresivo por distintos modelos de solución de conflictos. El dogmático que así operase sería un enemigo del sistema penal, pero no un abolicionista.

El segundo interrogante que planteamos es cómo reducir a su ámbito el saber penal, si carecemos de elementos negativos impuestos por las agencias legislativas. Sin duda que debemos basarnos en algún dato óntico para establecer el concepto limitador de «pena». Si tenemos en cuenta que el modelo abstracto del derecho penal no es un modelo de solución de conflictos por confiscación del derecho de una de las partes del conflicto, es posible en base a tal dato establecer que hay inflicciones de dolor o privaciones de derechos que no responden a ninguno de los modelos abstractos de solución de conflictos del orden jurídico (civil, laboral, mercantil, etc.). Esto nos proporcionaría un concepto de pena que la agencia legislativa no podría manipular a gusto y le proporcionaría a las agencias judiciales un campo de lucha para ampliar su ejercicio de poder hacia ámbitos de los cuales hoy se halla totalmente excluida.

No resulta en principio, pues, inconcebible, la construcción de un nuevo discurso jurídico-penal que implique la planificación normativa del ejercicio del poder de los juristas, como poder efectivo de su agencia judicial, libre de los obstáculos que hoy le impone la servil dependencia deductiva de un conjunto de elementos legitimantes y, consecuentemente, en libertad para una pautación decisoria legítima, en la medida en que persiga una menor violencia. El reconocimiento de los límites reales del ejercicio del poder de los juristas no sería más que la renuncia a una ilusión de poder (el que abarcaría la totalidad del ejercicio de poder del sistema penal), renuncia que resulta indispensable para procurar una ampliación de ese poder y una consiguiente oportunidad mayor de reducción de la violencia. Cualquier táctica ampliatoria del ejercicio del poder de los juristas está condenada al fracaso si se la intenta basada en un discurso que le oculta los límites a su ejercicio real de poder, pues nadie puede hacer esfuerzos racionales por ampliar un poder del que cree que ya dispone.

5. Del modo que lo dejamos señalado, el derecho penal puede ensayar una nueva construcción concebido como un *derecho humanitario del momento de la política.* Su resultado práctico sería una re-elaboración del derecho penal de garantías, más perfecta en cuanto a limitación de poder del Leviathan que la propuesta de Liszt, cuando en su lejana intuición, conforme al saber de su tiempo, concebía al derecho penal como la Carta Magna del delincuente, opuesto al poder estatal entendido en su terminología como «política criminal»[27]. La función que la agencia judicial desempeñaría dentro del sistema penal sería, sin duda, una función de contradicción limitativa del poder de las restantes agencias, idea que tampoco parecería resultar totalmente descabellada, al menos si reconocemos que en cierta forma su antecedente puede remontarse a un buen entendimiento de Montesquieu.

La pregunta que inmediatamente se nos formularía es cómo se pretende que este discurso pueda ser adoptado por las agencias judiciales, particularmente cuando éstas se hallan harto burocratizadas, siendo prácticamente inconcebible que asuman un discurso que les proporcionaría serios conflictos y las recargaría de trabajo. En realidad, esa objeción práctica minimiza demasiado el poder de las agencias reproductoras de ideología de los sistemas penales, es decir, de las universidades. No podemos olvidar que éstas son las encargadas del entrenamiento de los juristas, al menos en buena medida. Siendo ello así, la introducción de un discurso de esta naturaleza interrumpiría la función reproductora ideológica, cambiándola en una función de producción ideológica y, aunque no recibiese completa aceptación, por lo menos generaría una fractura en la reproducción monolítica que tiene lugar hasta hoy, generando una dinámica con efectos sobre el ejercicio del poder.

Superadas estas objeciones, sería menester precisar algunas de las características que podría asumir un discurso penal así concebido. En principio, sería menester reformular los enunciados de todos los principios del derecho penal de garantías, desde la óptica de que se trata de enunciados útiles para limitar la intervención punitiva, que en su apli-

[27] Liszt, Franz von: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge,* 1905, T. II, p. 80.

cación concreta y progresiva irían generando un *standard* de máximo de irracionalidad tolerada en función de la limitación del poder disponible por parte de la agencia judicial. Sabemos que la realización de todos los principios garantizadores del derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio que selecciona en razón de la persona (otros que no dan en el estereotipo o que no son vulnerables, no resultan criminalizados). A partir de esta selectividad queda deslegitimada cualquier pretensión de reproche, porque si bien la culpabilidad no es un reproche ético, tiene una base ética, que se hace insostenible a partir de la selección por la vulnerabilidad. Las garantías, por ende, serían los máximos *standards* de realización de estos principios (y la consiguiente limitación del ejercicio de poder arbitrario de las restantes agencias) logrados por las agencias judiciales, para lo cual deberán jugar progresivamente su poder y ampliar la realización de los principios en la medida en que logren afirmar y aumentar su ejercicio de poder.

6. Pese a lo expuesto —y sin pretender agotar aquí las innumerables dudas que seguramente generará este rapidísimo bosquejo de proyecto a desarrollar— una pregunta fundamental, entre muchas otras, quedará flotando: ¿cómo se compatibiliza este planteamiento con los Derechos Humanos? ¿Una dogmática penal sobre esas bases, no implica una contradicción entre el sistema penal, y los Derechos Humanos? En efecto, nuestra respuesta es que, en definitiva, desarrollando el planteamiento hasta sus últimas consecuencias, el ejercicio de poder de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los Derechos Humanos. Esto puede parecer un contrasentido, desde que todos los instrumentos de Derechos Humanos reconocen la legitimidad de los sistemas penales y se ocupan con cierto detalle de sus límites y garantías. No obstante, un análisis más detenido de la cuestión y, particularmente, su genealogía ideológica, nos demostrará que de esa circunstancia no puede deducirse una falta de contradicción ideológica irreductible, como la que afirmamos.

Los Derechos Humanos, tal como se consagran en los instrumentos internacionales, no son una mera «ideología instrumental», sino una ideología más o menos universal que configura una *programática para toda la humanidad.* Pero, un «programa» es una anticipación y, por ende, se trata de algo que no está realizado, sino que, por el contrario, debe realizarse, como transformación social e individual.

Es casi tan sencillo repetir que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», como difícil es vivenciarlo. En el actual estado del mundo, para vivenciar esta fórmula es necesario hacer una gran payasada susceptible de producir disrupciones: es necesario ponerse de cabeza, porque de ese modo puede percibirse el mundo al revés. Vivenciar el artículo primero de la Declaración Universal es una verdadera hazaña moral que 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 el saber que del mismo se desprende, para percatarnos que nada quedaría de nuestros sistemas penales si fuesen operados por esos númenes morales y, por supuesto, nada quedaría de ellos si viviesen hoy y se pusiesen al alcance de los operadores actuales de los sistemas penales. No cuesta mucho imaginar a Buda o a Cristo condenados por «vagancia» en el mejor de los casos, o «desaparecidos» por poner en peligro la «seguridad nacional» en la peor hipótesis, ni a San Francisco manicomializado y sometido al control de técnicos que procurarían hacerle remitir su «peligroso delirio místico» con «chaleco químico» en el mejor de los casos y con choques eléctricos en el peor. Cabe preguntarse, pues, 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 ante la Ley. Sin duda que se trata de una insensatez histórica sólo comparable a la que pretenda que mañana habrá un sistema penal que, con la estructura de cualquiera de los que hoy existen, se motivará en ese principio, cuando sabemos que es de la esencia de cualquier sistema penal su operatividad selectiva.

Pero *los Derechos Humanos no son una utopía (en sentido negativo), sino un programa de transformación de la humanidad de largo alcance.* Considerarlos de otro modo sería banalizarlos e instrumentarlos. Su positivización en documentos normativos internacionales sirve para proporcionarnos un parámetro con que medir hasta qué punto el mundo está «al revés». La pretensión de que los Derechos Humanos están realizados no pasa de ser una tentativa de ponerlos «al revés» y, por ende, de neutralizar su potencial transformador.

En tanto que los Derechos Humanos señalan un programa realizador de la igualdad de derechos de largo alcance, los sistemas penales son instrumentos de cristalización de la desigualdad de derechos de todas las sociedades. No en vano la temática normativa de todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos referida a los sistemas penales siempre es limitadora de su poder, señalizadora de fronteras estrictas al mismo, tan estrictas como la viabilidad política del instrumento lo posibilita[28]. Resulta claro que esos instrumentos se enfrentan con un hecho que quieren acotar y contener.

Este fenómeno se explica porque la ideología de los Derechos Humanos reconoce raíces muy lejanas, quizá presentes en todo el «saber milenario» de la humanidad, siendo absurdo que tal o cual jusnaturalismo reclame para sí su paternidad, como patrimonio exclusivo. Lo que no puede negarse es que su *formulación contemporánea* más inmediata proviene del siglo XVIII y de comienzos del XIX; es decir, de un momento de conciencia humanista impulsado por las clases de los propietarios de las máquinas, que le disputaban la hegemonía del poder a la aristocracia que se consideraba detentadora del mismo por «derecho divino». Su formulación más próxima la recibe en una lucha, como bandera enarbolada por el bando en ascenso que da origen a la civilización industrial. Esa formulación fue, pues, un sistema de ideas asentado sobre la ficción contractualista. El llamado «derecho penal liberal» fue, dentro de ese contexto, un freno opuesto a un he-

[28] Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la abolición progresiva de la pena de muerte, porque de consagrar directamente la abolición hubiese sido inviable políticamente su ratificación.

cho de poder que se había generado como resultado de la lucha que había dado lugar a la anterior revolución técnica —la revolución mercantil—, que había servido para consolidar el poder hegemónico de la forma de verticalización propia de la civilización mercantil y que había comenzado con la confiscación del conflicto (supresión de la víctima) en los siglos XII y XIII. A la hora de contener este poder del soberano, para dar paso a una nueva clase hegemónica, ésta procuró hacerlo mediante el discurso contractualista, pero su desarrollo coherente en definitiva, acababa desmontando el poder todo del sistema penal, como lo demuestra el hecho de que Marat, basado en la misma ficción contractualista, haya deslegitimado la totalidad de los sistemas penales de su tiempo. 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 en el sentido corriente. Es obvio que esto no sería tolerado por la clase que lo instrumentó, cuando ésta alcanzó la posición dominante y, por ende, conservó del contractualismo lo que fue funcional a sus intereses y archivó la mayor parte (casi todo, con el organicismo o neo-organicismo industrial, propio del positivismo y del nazismo).

Hemos venido repitiendo que nuestros sistemas penales se configuran con su aspecto actual en el siglo XIX, cuando en realidad se configuran en el siglo XII con la confiscación que se hace del derecho lesionado de la víctima y sólo se refuerzan en el siglo XIX, con la consolidación o aparición de las agencias policiales. En lugar, la formulación contemporánea de los Derechos Humanos más inmediata a nuestros tiempo proviene de una etapa que sólo fue tentativa de contención del poder que se había generado en el siglo XII, como el coyuntural discurso de lucha de una clase que lo dejó de lado cuando se asentó en el poder: basta para ello pensar en el código penal francés revolucionario y en el Código de Napoleón. Es obvio que esta diacronía genealógica muestra la contradicción ideológica entre los Derechos Humanos y el reforzamiento de los sistemas penales.

Por otra parte, cuando hablamos de «nuestros» sistemas penales en este margen latinoamericano del poder mundial, nos referimos a lo

«nuestro» como resultado de un proceso de planetarización civilizatoria por modernización incorporativa, llevado a cabo por medio de empresas altamente genocidas, tanto en América como en Africa, con la aclaración de que lo «nuestro» es sólo la transculturación ideológica, pero no la realidad operativa, que siempre fue diferente, porque diferente fue el ejercicio del poder en el centro colonizador y en el margen colonizado (tanto en el colonialismo mercantilista como en el neo-colonialismo industrialista). El principio conforme al cual todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos parece ser propio de númenes morales que orientaron los momentos de más alta moralidad de las culturas que fueron arrasadas por ese proceso de planetarización (se haya tratado de culturas europeas como periféricas). Tomando esto en cuenta la diacronía ideológica resulta más manifiesta aún. La oposición irreductible entre la afirmación de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos —propia de un programa de transformación de la humanidad a realizar— y un instrumento de poder que desde el siglo XII se usa selectivamente para regimentar verticalmente a la sociedad es demasiado clara.

El urgente reclamo de una dogmática jurídico-penal que se haga cargo de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal y que paute inmediatamente la estrategia de las agencias judiciales en función de la necesidad impostergable de controlar la violencia genocida, poniendo en juego el ejercicio de su propio poder en ese sentido, se nos impone también en función de un *imperativo jushumanista,* porque no otra cosa puede resultar desde la perspectiva de una programación transformadora de la humanidad —implicada en la ideología de los Derechos Humanos— y la constatación del hecho de poder en una posición planetaria marginal, donde el camino progresivo hacia la realización de ese programa aparece como abrupta y brutalmente interrumpido por una nueva revolución técnica que nos amenaza con un tecno-colonialismo de formidable capacidad destructiva.

7. Uno de los interrogantes que, a modo de objeción, se formularía contra el programa que trazamos, estaría referido a cómo pensa-

mos que puede ensayarse una dogmática jurídico-penal carente de elementos justificantes legitimadores, que se haga cargo de la realidad deslegitimante del sistema penal, sin caer en el reduccionismo sociológico. En definitiva, proponemos una suerte de nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología y el riesgo sería, justamente, la disolución sociológica del derecho penal.

Creemos que todas las discusiones jusfilosóficas han tenido como núcleo central la problemática «hecho-valor», por lo que cualquier pretensión de sintetizarlas resulta imposible. No obstante, las diferentes posiciones son susceptibles de clasificación primaria —defectuosa por la difícil ubicación de algunas posiciones, pero orientadora— distinguiendo perspectivas realistas e idealistas. El círculo «realista» lo integrarían las variables que, en conjunto, se inclinan hacia el criterio de que el valor jurídico no altera la estructura del objeto valorado, que es anterior y permanece independiente del mismo, en tanto que en las «idealistas» el valor cumpliría cierta función «creadora» respecto del objeto que «toca». El idealismo tiende a generar un «mundo del jurista», que le otorga mayor seguridad (al jurista), puesto que lo sustrae al permanente devenir y a lo inacabado, propios del mundo real, preservándolo de las discusiones acerca del mismo. En este sentido, el realismo siempre proporcionará respuestas menos absolutas, más contingentes, casi siempre provisionales. El jurista tiende a inclinarse por el primer camino, que le permite la construcción de teorías jurídicas cuya «estética» comparte los valores de la arquitectura autoritaria, que no por azar domina con su monumentalismo frontalista en casi todos los palacios de justicia. El realismo carece de esa seguridad, pero tiene la incuestionable ventaja de valorar un mundo no construido a la medida de las necesidades del valor (y por ende, del sujeto que valora). Por supuesto que hay grados de realismo y del idealismo, en cuyos extremos se hallan los reduccionismos y los solipsismos.

La considerable gama de neo-kantismos filosóficos permitió su paso al derecho penal con distintas intensidades de idealismo, dando lugar a una cierta consagración del positivismo jurídico y de la omnipotencia legislativa. El advenimiento de los totalitarismos europeos y

la Segunda Guerra Mundial generaron en la posguerra alemana federal un movimiento que, para eludir la omnipotencia legislativa, sostenía una vuelta a la «naturaleza de las cosas». Se trató de una generalizada actitud de rechazo frontal a la omnipotencia legislativa que no alcanzó nunca el nivel de una corriente única y coherente, pues abarcaba desde versiones harto prudentes hasta otras que eran la abierta renovación de varios jusnaturalismos de décadas y hasta siglos anteriores. Una de las primeras voces en esta senda —como es notorio— fue la de Gustav Radbruch[29] y, entre sus múltiples tendencias, que no fueron pocas[30], hubo una que fue considerada como una suerte de «programa mínimo» del movimiento[31] y que tuvo singular fortuna en el campo del discurso jurídico-penal: la teoría de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*)[32].

Desde la perspectiva de las *sachlogischen Strukturen* se renovó la teoría del delito, generando una larguísima polémica que no es del caso referir, por ampliamente conocida, entre «causalismo» y «finalismo», que hoy nos parece muy lejana, pese a su inmediatez cronológica. Sin embargo, el penalismo alemán posterior al finalismo, incorporó como componente casi irreversible de la mayoría de sus construcciones teóricas del delito, la estructura compleja del tipo penal, pero abandonó por completo el fundamento de las estructuras lógico-reales. El movimiento de «vuelta al realismo», que tanta fuerza tuviese hace tres décadas y aún menos, parece haberse opacado casi por completo.

El fenómeno es susceptible de diferentes lecturas, y de hecho, varias han tenido lugar: se ha afirmado que la teoría se agotó y que fue descartada por «infecunda»; se ha sostenido también que toda refe-

---

29 Radbruch, Gustav: «Fünf Minuten Rechtsphilosophie», 1945; «Gerechtigkeit und Gnade», 1949; «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», 1946, todos en: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970.

30 Un amplio panorama en Luis Recasens Siches: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México, 1971.

31 Baratta, Alessandro: «Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimo dieci anni», en: *Anuario Bibliografico di Filosofia del Diritto*, 1968, 227.

32 Welzel, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975.

rencia al «ontologismo» es reaccionaria y autoritaria; se la ha dejado de lado como un «jusnaturalismo metafísico»; se la condenó al olvido porque, en definitiva, sería una «antropología filosófica». Por regla general, se la mete en el mismo saco con todas las restantes e incompatibles tendencias de la *Natur der Sache* y se le archiva en el sótano del museo de las ruinas de los sucesivos jusnaturalismos.

No podemos reiterar aquí —ni tendría caso hacerlo— las principales características de la teoría de las estructuras lógico-reales. Nos limitaremos, en la medida de nuestro propósito, a rescatar algunos de sus componentes. Esta teoría se presentó como la antítesis del neokantismo, que sólo hacía accesible el mundo a la comprensión a través del valor: frente a la tácita función creativa que el valor desempeña en esas versiones neo-kantianas, la teoría de las estructuras lógico-reales afirma que el derecho, cuando se refiere a cualquier ente, debe reconocer y respetar el orden del mundo en que éste está inserto y que tal reconocimiento, como todo conocimiento, no altera al ente que conoce. Si el derecho quiere actuar sobre un ámbito de la realidad, debe respetar la estructura óntica de ese ámbito y no inventarla, porque en tal caso regulará otra cosa u obtendrá otro resultado. A través de un desarrollo que no podemos discutir aquí, esta teoría concluye en que el derecho no es un ente ideal, que cuando no es perfecto no es tal, como puede ser un círculo o un rectángulo, sino un instrumento, que puede ser más o menos defectuoso sin perder su carácter de tal, pero que lo pierde cuando queda desbaratado, reducido a pedazos, como el trozo de madera que fue mango de martillo. Esto no implica ningún jusnaturalismo —al menos en sentido «idealista»— como una ley superior que nos permita ver y conocer como «debe ser el derecho». Si algún resto de jusnaturalismo podía haber en esta teoría, sería lo que se ha calificado como «jusnaturalismo negativo», que no sería útil para decirnos cómo debe ser el derecho, sino qué no es derecho[33].

---

[33] Engisch, Karl: *Auf der Suche nah der Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 240.

Si rescatamos de ella estos elementos, sería infundado considerarla una teoría reaccionaria y autoritaria. Puede ser reaccionaria y autoritaria la forma en que el jurista pretenda que tiene el mundo, el orden de realidad en que quiere asentar el límite al legislador. En verdad que el orden de la realidad no es unívoco, porque también es resultado de saberes condicionados por poderes y el jurista puede ubicar un dato de realidad conforme a una visión muy particular y arbitraria. Pero mucho más autoritario sería pretender que el legislador puede cerrar e impedir cualquier debate, haciéndose señor de la definición de la realidad del mundo. Pretender que el poder de «fabricar el mundo» en las manos del legislador produce «seguridad jurídica» por su grado de certeza, importa confundir la «seguridad jurídica» con el bonapartismo o con la «seguridad» de la voluntad vertical de la autoridad. Afirmar que existe hoy un Estado «racional y democrático» que impide que el legislador «fabrique el mundo», es una ilusión negadora de la evidencia de lo que acontece en cualquier parte del planeta y de toda la experiencia histórica.

Pretender que la teoría de las estructuras lógico-reales fue una antropología metafísica, porque postuló la vinculación del legislador con una persona, como ente que vivencia su autodeterminación, porque la autodeterminación no se puede probar empíricamente, no pasa de ser un reduccionismo fisicalista propio del neo-positivismo. No se trata de probar empíricamente la autodeterminación, que por definición es imposible, sino de constatar simplemente su vivencia en todas las relaciones sociales, y tan «metafísica» es esta comprobación como la actitud de quien nos reprocha a gritos y nos insulta porque le hemos hundido el guardabarros de su automóvil con nuestra impericia en el tránsito. El lenguaje humano cotidiano, con el que se manejan las relaciones interpersonales en que el derecho penal quiere pesar, se halla enormemente enriquecido por esta «metafísica», que el propio jurista que la niega emplea coloquialmente, incluso para calificarnos a quienes no aceptamos su posición.

La objeción de que esta teoría presupone una antropología filosófica, no es realmente una objeción, sino un mérito, particularmente

cuando se trata de una antropología básica, elemental, «preparatoria» si se quiere, respecto de otras que pertenecen el ámbito de lo privado en una sociedad pluralista, pero necesaria para establecer bases mínimas de coexistencia. Menos objetable parece ser cuando esa antropología elemental coincide con la que reconoce la conciencia jurídica internacional a través de su positivización jushumanista a ese nivel.

Estas consideraciones nos conducen a la conclusión —o, si se quiere a la sospecha— de que el abandono de la teoría de las estructuras lógico-reales no obedece a que se haya agotado y dejado de ser fecunda, sino a otras razones que creemos ahora percibir más claramente, a la luz de la crítica sociológica deslegitimante del sistema penal.

Esta teoría fue aplicada al derecho penal en la posguerra y cabe reconocer que en ello hubo cierta visión aristotélica del mundo, pero que no invalida el método, sino la visión del mundo de quien lo aplica. La aplicación al derecho penal llegó a la teoría del delito, pero en modo alguno se aproximó a la teoría de la pena y menos aún a la de las medidas de seguridad. Las consecuencias jurídico-penales del delito quedaron fuera de su consideración, sufriendo una suerte de corte o solución de continuidad respecto de la reconstrucción teórica del delito. ¿Qué pasaría si desarchiváramos la teoría de las estructuras lógico-reales y la aplicásemos a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito? ¿Qué sucedería si con los datos de realidad de los actuales paradigmas críticos criminológicos intentásemos enfrentar la construcción de una teoría de la pena validos de la teoría de las estructuras lógico-reales? Creemos que el resultado sería una crisis del discurso jurídico-penal legitimante, que aparecería como falso, deturpante de la realidad, desconocedor de la materia que quiere referir, es decir, se produciría una deslegitimación y una necesidad de re-construirlo en forma completamente diferente, creemos que no muy diferente de como intentamos programarlo aquí [34].

[34] Hay algunas coincidencias curiosas, como que esta teoría es rechazada en Alemania Federal y paulatinamente reemplazada por el funcionalismo sistémico; que los soviéticos le imputen que permite al juez hacer 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

Nos parece que la teoría de las estructuras lógico-reales no fue archivada por infecunda, sino porque aplicada a la pena hubiese deslegitimado al sistema penal y quebrado la posibilidad de sostener el discurso legitimante. La teoría de las estructuras lógico-reales es infecunda para construir un discurso jurídico-penal legitimante del sistema jurídico-penal en un momento de seria crítica social y criminológica, pero la creemos aún muy fecunda para construir un discurso que se haga cargo de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal, sin caer por ello en un reduccionismo sociológico, sino en un nuevo modelo integrado. No se trata de ningún reduccionismo, sino simplemente de indicarle al jurista la necesidad de vincularse al mundo y respetar la realidad a la que se refiere, lo que, como es natural, le remitirá frecuentemente a disputas acerca de esa realidad, discusión que, como es obvio, no puede eludir ninguna pautación de esa realidad, porque es ineludible en la co-existencia misma. Buscar la «seguridad» en un mundo en que todo está «acabado» y el devenir detenido, será buscar la negación del mundo, hallarse «seguro» en un «no mundo», que sería el máximo de inseguridad imaginable. Hemos trabajado, en buena parte, conforme a una consigna absurda: «Como la seguridad no es de este mundo, inventemos otro, que no existe ni existirá, y desentendámonos de éste, que es muy complicado para nosotros, humildes penalistas». Esa humildad oculta la omnipotencia —característica adolescente y en general inmadura— y de ella nace el discurso legitimante del ejercicio de poder de todo el sistema penal.

«círculos monopolistas y vindicativos de la República Federal Alemana» (Zdrávomíslov-Schneider-Zélina-Rashkóvskaia, *Derecho Penal Soviético, Parte General*, Bogotá, 1970, p. 547); que haya sido rechazada por los penalistas adictos a las dictaduras del Cono Sur, que por lo bajo la catalogaban de «marxistas», aunque uno solo de ellos —por cierto que de los más conspicuos expositores del pensamiento penal de seguridad nacional del Río de la Plata— lo puso por escrito: «Lo cual —se nos ocurre— puede transformar al derecho penal en el paraíso de los doctrinos de una nueva *Weltanchaung* (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*' (Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico-penal. Reformulación y perspectivas*. Montevideo, 1983, p. 58).

En América Latina es urgente alcanzar la madurez y, aunque nuestra tentativa no sea más que un error, vendrán otros que respondan a la urgencia en forma más correcta y adecuada.

EL SISTEMA PENAL EN LOS PAISES DE AMERICA LATINA

1. CREO QUE EL segundo milenio ha sido el milenio del sistema penal, pues, en efecto, éste nace con la expropiación o confiscación del conflicto (es decir, con la supresión de la víctima) en los primeros siglos del milenio. Sólo puedo manifestar la esperanza de que el tercer milenio repare esta confiscación y sea el milenio de la «desaparición del sistema penal», reemplazado por mecanismos efectivos de solución de los conflictos y no por ilusiones que encubren un ejercicio de poder verticalizador, autoritario y corporativo.

2. Pero sin ir tan lejos ni avanzar tanto en el futuro, en cuanto a lo inmediato y particularmente en lo que parece ser el panorama de los últimos años de este milenio y los primeros del próximo y, concretamente en América Latina, estimo que debemos comenzar con una reflexión de orden demográfico.

La inercia del crecimiento demográfico va a hacer que en los próximos años, si bien disminuye el porcentaje de menores de 17 años, en términos absolutos aumentará su número. Esto significa que en el año 2000 tendremos más menores de 17 años que hoy, aunque su porcentaje sea menor sobre el total de la población.

Si observamos la tendencia a la contracción de nuestros aparatos productivos y los ajustes presupuestarios que se están haciendo para controlarla, veremos que el presupuesto para educación y salud está siendo reducido en todos nuestros países o que, al menos, no puede crecer en la misma proporción de los requerimientos de atención al mayor número de menores de 17 años. Todo esto nos indica que llegaremos al 2000 con más menores de 17 años en condiciones de salubridad e instrucción inferiores a las de nuestros menores de hoy.

Es casi innecesario que aclare que el sistema penal vulnera a jóvenes: los viejos no tienen nada que hacer en las cárceles y casi no cuen-

tan en las nóminas de ciudadanos victimizados por la policía ni en las de policías víctimas ni en las de víctimas no policías. Me estoy refiriendo, claro está, a las víctimas de muerte.

Este panorama nos indica que comenzaremos el tercer milenio con mayor número de candidatos a las diferentes victimizaciones letales que protagoniza el ejercicio de poder del sistema penal, los que incluso estarán en peores condiciones, es decir, que serán más vulnerables a las victimizaciones.

3. No voy a insistir en los caracteres negativos del ejercicio de poder de cualquier sistema penal, es decir, en sus caracteres negativos estructurales, que pueden ser más o menos pronunciados, según el grado de violencia del mismo que, en general, se corresponde con el grado de estratificación social y de inmovilidad vertical de una sociedad.

Desde la criminología llamada «liberal» ha quedado demostrado que el discurso penal es falso, porque se basa en una causalidad social falsa. Hoy sabemos perfectamente que los presos no están presos por el delito que han cometido, sino por su vulnerabilidad, es decir, que el sistema penal opera como una epidemia, que afecta a quienes tienen sus defensas bajas. Sabemos también —desde la asociación diferencial, es decir, desde antiguo— que forma parte de la vulnerabilidad la clase de delitos que cometen, o sea, que cometen esos delitos porque no saben cometer otros que cometemos todos los que no somos vulnerables y que no motivan ninguna criminalización secundaria y menos prisonización, pese a que su contenido injusto es igual, mayor o mucho mayor que el que da lugar a la prisonización de la mayoría de los presos. Sabemos también que hay una construcción social acerca del sistema penal que, entre otras cosas, lleva a creer que las cárceles están llenas de homicidas y violadores, cuando en realidad los homicidas y violadores son una minoría ínfima de los habitantes de las prisiones, y que la gran mayoría son pequeños delincuentes contra la propiedad e infractores de menor cuantía a las leyes de tóxicos. Los narcotraficantes, los zares del crimen organizado, los genocidias y torturadores y los homicidas y violadores, son casi una ultraminoría que se muestra para justificar el resto y para sustentar la ilu-

sión que hace que todos admitamos el control social punitivo en nuestra vida cotidiana.

También sabemos que el sistema penal ejerce un poder que no pasa por nuestras manos jurídicas. Nos hemos dedicado a elaborar un cuidadoso discurso de justificación del poder punitivo que es ejercido por otras agencias que no tienen nada que ver con nosotros, especialmente las agencias policiales y ejecutivas, las de publicidad (medios masivos) y las políticas. Somos la única agencia que se ha pasado el tiempo tejiendo finamente la teoría (o la ilusión) justificadora del poder del resto de las agencias y justificando con ello su propia renuncia o limitación al poder. En un mundo donde prima una terrible competencia por el poder, nosotros hemos protagonizado la ridícula tarea de justificar nuestra falta de poder y aún de explicar la necesidad de reducirlo más.

4. Insistir en que el poder del sistema penal no cumple con ninguna de las funciones que las llamadas «teorías de la pena» han pretendido asignarle al mismo, sería redundante. Sabemos que la pena no cumple ninguna función preventiva general ni negativa ni positiva, que tampoco cumple ninguna función preventivo-especial positiva y que la única función preventivo-especial negativa (al igual que general negativa) que podría cumplir sería a través de un uso generalizado de la muerte. Sabemos que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones «re» que se la han inventado («re»-socialización, personalización, individuación, educación, inserción, etc.), que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar fútbol dentro de un ascensor.

No voy a insistir en todos estos conceptos que ya conocemos y que hoy sabemos que no son meramente conyunturales de los sistemas penales, sino directamente estructurales, propios de su forma de poder: mientras haya sistema penal, así serán las cosas. Podemos atenuarlos o agudizarlos, pero nunca los haremos desaparecer. El sistema penal se sostiene porque hay una construcción social y un poder que

lo mantiene. Es como con las brujas: yo no sé si las brujas existen o no, pero en los tiempos en que se quemaban brujas, los que las quemaban lo hacían porque creían en las brujas, el pueblo los aplaudía porque también creía en las brujas y las brujas creían que eran brujas y actuaban como brujas: también se enfermaba gente y hasta se morían porque creían en las brujas y todo pasaba porque todos creían en las brujas. Algo parecido nos pasa hoy con el sistema penal.

5. No me voy a dedicar tampoco a ver qué puede suceder en el futuro lejano con el sistema penal. No creo en la muerte de las ideologías (creo que hay una decadencia de las ideas, que no es lo mismo) y menos aún en el fin de las utopías: las utopías son de invalorable importancia eurística, como dice Baratta, orientadora. No hay cambio sin utopía: después de todo, la república la soñaron como utopía los europeos y se realizó en América. El día que el hombre renuncie a la utopía renuncia a su condición humana, a la dinámica social, cultural, a su esencia: sería la terrible imagen de una sociedad de seres iguales operando como un panal o un hormiguero. En este sentido creo válida la discusión entre «minimismo» o «reduccionismo» penal y abolicionismo, pero no creo que haya que agotar allí la discusión ni mucho menos. Se trata de una discusión siempre importante, pero que no nos puede hacer olvidar que aquí, hoy, lo fundamental es saber que tenemos que ir hacia una reducción del sistema penal, sea como fuere, es decir, como paso inmediato o como paso final, porque toda demora en la reducción se cuenta en muertes. Nuestra atención debería centrarse principalmente en saber cómo ir hacia esa reducción, cómo desarmar esta caldera sin que estalle, para lo cual es necesario saber cómo funciona.

6. Al reconocer la realidad operativa del sistema penal en general, no es menos necesario dar un vistazo urgente a nuestros sistemas penales en América Latina, cuyo panorama general nos muestra una franca tendencia a aumentar el número de presos, sobre la base de un creciente sentimiento de inseguridad ciudadana, que en muchos países no se corresponde con brotes de violencia comprobados. Casos ejemplares en este sentido y verificados son la Argentina y Costa Rica,

donde no ha habido brotes de homicidio y hasta donde se ha advertido cierta tendencia descendente. Sin embargo, el sentimiento de inseguridad, alimentado por los medios masivos, ha crecido increíblemente, con tendencia a justificar ante la opinión pública las torturas y las ejecuciones sin proceso.

Las tasas de presos por 100.000 habitantes suben en toda la región: de 1987 a 1989 asciende en Bolivia de 49 a 50, en Colombia de 85 a 100, de 1981 a 1989 en Costa Rica de 111 a 138, en Chile de 114 a 192, en El Salvador de 74 a 105, en Guatemala de 61 a 68, en Honduras de 87 a 136, en México de 83 a 87, en Dominicana de 91 a 119, en Uruguay de 65 a 76, en Venezuela de 107 a 153.

De estas crecientes cifras de presos, es necesario advertir que predominan nítidamente los procesados: los porcentajes de procesados superan ampliamente a los de condenados y también el porcentaje, conforme a las investigaciones de los últimos años, tiende a subir en todos los países, es decir, que cada vez es mayor el número de presos procesados y menor el de condenados, lo que prueba acabadamente la falsedad del discurso jurídico. Si tomamos los datos de los últimos tres años, algunos de estos porcentajes son los siguientes: Colombia tiene el 54% de la población penal compuesto por procesados, Costa Rica el 44%, Chile el 53%, Ecuador el 70%, El Salvador el 91%, Guatemala el 73%, Honduras el 88%, México el 61%, Perú el 65%, Dominicana el 85%, Uruguay el 91%, Venezuela el 71%.

En cuanto a la composición de la población penal, podemos afirmar que se está operando un cambio en la misma: la criminalización por delitos contra la propiedad, si bien continúa siendo predominante, va viendo paulatinamente disputada su prioridad por la criminalización por «minidelitos» de tóxicos (usuarios, tenedores y minitraficantes), con los que también está aumentando el porcentaje de población penal femenina. Todos sabemos que el sistema penal está pensado fundamentalmente por hombres y para hombres, por lo cual la capacidad prisional para mujeres es poquísima y ahora se encuentra muy superada.

Estos fenómenos coinciden con la reducción presupuestaria general, que tiende a reducir saldos negativos y, por ende, las prisiones tienen menos presupuesto y más presos. El resultado son episodios en los que no quiero insistir, porque resultan truculentos, dado que van desde la noticia televisada de un preso declarando que ya se han comido todos los perros de la prisión, hasta el trascendido de que otros se han comido una placenta humana, desde motines con decenas de muertos hasta accidentes con igual resultado, desde muertes por sorteo y elección mayoritaria hasta cualquier aberración que pueda imaginarse en los que hoy se han convertido en verdaderos campos de concentración de prisioneros. Desgraciadamente, la opinión pública latinoamericana está aplaudiendo Auschwitz, la tortura y la ejecución sin proceso.

En este panorama carcelario no podemos pasar por alto la circunstancia de que esos campos de concentración se han convertido en centros de infección de SIDA. En algunos campos de concentración se hacen algunas reacciones elementales a quienes se supone que integran los «grupos de riesgo» (concepto que parece estar bastante caduco), con lo cual se crean «sidarios» y se genera la ilusión del objeto sexual «seguro» (quien no está en el sidario no tiene SIDA, por ende, con él puede hacerse de todo con seguridad) y, al mismo tiempo se introduce un nuevo factor de segregación y de marginación dentro de la marginación. En otras cárceles se opera en forma diferente y no se toma ninguna medida, retirando sólo a los enfermos sintomáticos o dejándolos morir en la prisión.

7. Una cifra mínimamente aproximada, que nos da una idea de que la pena de prisión en la región se está convirtiendo en pena de muerte, nos la proporcionan los datos de Costa Rica. Sabemos que el sistema penitenciario costarricense por una serie de circunstancias que no es del caso particularizar, es uno de los menos violentos de la región, en un país pequeño, bastante democrático, con gran estabilidad institucional. Teniendo en cuenta estas características de mucha menor violencia que en el resto de la región, nos resulta que del promedio de 1979/1988, el riesgo de victimización por homicidio en la

prisión costarricense fue 23,1 veces mayor que en la vida libre, en tanto que la posibilidad de suicidio fue 8,1 veces superior. Si estos son los datos del sistema penitenciario menos violento cabe imaginar el resto.

8. En cuanto a la represión ilícita, llama la atención en la región el fenómeno de la ejecución sin proceso. Las investigaciones que llevamos a cabo en la región parecen demostrar que estas ejecuciones tienen lugar en países donde esta represión punitiva se vale de una imagen de guerra, o sea, en países sin violencia política abierta y sin otro fenómeno que proporcione esa imagen. En esos países parece tender a crearse la sensación bélica sobre la base de una «guerra» contra la delincuencia convencional de escasa gravedad, para lo cual las agencias policiales practican ejecuciones sin proceso que publicitan con amplia cobertura periodística, mostrándola como signo de eficacia preventiva, no sin publicitar también muertes de policías, que son mostradas como otra prueba de la existencia de la «guerra». No obstante, los policías victimizados en esos países lo son en situaciones de emboscada y no en enfrentamientos armados. En este sentido, resulta claro que tampoco esa práctica se cuida de preservar la vida de los propios integrantes de las agencias policiales. Cabe agregar que tanto los victimizados por las ejecuciones (en general, ladrones de poca monta) como los policías victimizados en emboscadas, pertenecen a los sectores sociales carenciados. Una característica bastante común es la concentración de la autoría de esas muertes en reducidos grupos dentro de la agencia policial, o sea, en cuerpos de elite, especiales o «brigadas de choque». Por el contrario, los policías victimizados pertenecen a cualquier estamento de la agencia.

Hemos investigado el fenómeno en varios países de la región y las víctimas no policías del mismo corresponden a los mismos estereotipos de los prisonizados. Si bien es imposible hacer una cuantificación exacta del fenómeno, lo cierto es que en algunas ciudades del Brasil, de la Argentina y de Venezuela, mostró características semejantes y, en general, el riesgo de victimización policial parece ser de 1 en Europa, de 10 con franca tendencia al descenso en los Estados Unidos y

de 100 en algunas ciudades latinoamericanas (en los límites tenemos cifras de 0.02 por 100.000 en Alemania Federal y de 5.8 por 100.000 en Maracaibo, por ejemplo).

9. A nivel legislativo, los últimos años están mostrando una tendencia alarmante. Por un lado, tanto la legislación «anti-droga», que ha sido impuesta por alguna agencia de los Estados Unidos sobre un modelo único en toda la región, como otros fenómenos, tienden a crear una «excepcionalización» del derecho penal y procesal penal, que choca frontalmente contra todos los principios del derecho penal liberal o de garantías. El discurso jurídico se deteriora, apelando a elementos míticos transpersonalistas: «defensa social» es una expresión que ha cobrado un sentido del todo diferente al que concibieron sus sostenedores doctrinarios y que cumple la misma función que los elementos autoritarios que cerraban los discursos totalitarios de otros tiempos (defensa del estado, de la raza, de la nación, del proletariado, etc.).

Al mismo tiempo se viene deteriorando aceleradamente el nivel técnico-legislativo. Los operadores políticos de la región, es decir, nuestros políticos, no tienen espacio en este momento para producir hechos con significación socio-económica y, por ende, no encuentran mejor cosa que imaginar leyes penales improvisadas con las que pretenden resolver todo, desde la ecología hasta la economía, desde la corrupción hasta el peligro nuclear, y lo único que hacen es meter más ladronzuelos en la cárcel, dar mayor arbitrariedad (y, por ende, corromper) a la policía, condenar a muerte a los ladronzuelos y aterrorizar a la población. Ese es el mecanismo que en el último tiempo han concebido como más idóneo para obtener y mantener clientela política y a él se lanzan reafirmando su fe en las brujas. A esto se añaden los anecdóticos y folklóricos asesores, que son presentados a la opinión pública como «expertos» y «catedráticos» y que se ven obligados a fabricar esas leyes para justificar su permanencia y su salario.

10. Sin embargo, resulta también cierto que nuestros políticos en esto no inventan nada, porque no hacen otra cosa que tomar el discurso de la demagogia de la «nueva derecha» norteamericana e inglesa

que, curiosamente, viene a coincidir con el discurso soviético. En efecto: tanto en los Estados Unidos como en la Unión Soviética (y en la Inglaterra de Mrs. Tatcher) el sistema penal se halla extremadamente sobredimensionado. Los Estados Unidos tienen unos 700.000 presos y la Unión Soviética parece que alrededor de 1.200.000. Espero que pronto pueda disponer de datos más exactos respecto de la Unión Soviética, que confirmen mi tesis, pero creo que hay una íntima vinculación entre el mercado de trabajo y el número de presos. En los Estados Unidos esto se ve claro: se ha tercerizado la economía norteamericana en el decenio pasado, de modo que para evitar el desempleo fue necesario crear demanda de servicios. El sistema penal es la empresa mixta más idónea para demandar servicios. De allí que en esa década el número de presos haya aumentado en esa medida alarmante y que, al mismo tiempo haya aumentado notoriamente el número de policías privados. Es insólito, pero es posible afirmar que en los Estados Unidos, de cada treinta personas que caminan por la calle, una está alimentada total o parcialmente por el sistema penal.

Si en Brasil, por ejemplo, además de los 85.000 presos que hay se pudiesen recluir a los 250.000 que están con órdenes de captura incumplidas, estaríamos con cifras semejantes. La diferencia estriba en que Brasil y cualquier otro país latinoamericano jamás va a tener un presupuesto que permita inventar esa demanda de servicios. Nuestros políticos, por ende, recogen los discursos centrales, funcionales para la coyuntura económica central, pero sin tener en cuenta que nuestra coyuntura económica es justamente opuesta a esas, pues nuestra necesidad es reducir servicios y aumentar la producción.

Tengo la certeza de que en las economías planificadas ha pasado lo mismo. La circunstancia de que Cuba tenga 40.000 presos con 10.000.000 de habitantes, es decir, casi la mitad de los presos de todo el Brasil con una población catorce veces inferior, me parece evidenciar este fenómeno.

11. En cuanto al ámbito judicial, en la región se observa un deterioro del poder de la magistratura, que se lleva a cabo por diversas vías. En principio, el deterioro presupuestario va generando un des-

censo del nivel técnico, como resultado de una selección inversa de los candidatos. La selección inversa no sólo provoca una caída del nivel técnico, sino que corre el riesgo o produce una paralela pérdida de nivel ético. El mismo deterioro presupuestario genera una marcada tendencia a la burocratización de la magistratura, que conspira contra el efectivo ejercicio de una función controladora y de su propio desempeño como poder del estado. La designación y el ascenso meramente político o burocrático favorece estas tendencias y limita seriamente la independencia judicial, tanto interna como externa. La verticalización corporativa del poder judicial frena toda tendencia innovadora y liberal convirtiéndola en un obstáculo para el ascenso; degrada al poder judicial a un modelo administrativo, lo que, por su parte, resulta agradable a las agencias políticas, dado que de ese modo no las molestan o son complacientes. En general, la imagen pública del poder judicial tiende a deteriorarse, con la clara consecuencia de justificar cada día más el abierto desacato a sus decisiones. En algún país de la región se ha llegado al extremo de negar acatamiento a las órdenes de libertad dispuestas judicialmente.

12. Las agencias policiales sufren también las limitaciones presupuestarias de la política de recorte general. Ante esta limitación, reaccionan plegándose a las campañas de «ley y orden» y causando gravísima alarma social, que no es ajena a la imagen de guerra y a la producción de muertes ajenas y propias. Salvo las jurídicas, las otras agencias defienden su poder y las policiales no escapan a esa regla. Es así como presionan para obtener mayor presupuesto y generalmente lo obtienen en base a escándalos y sensacionalismo que las coloca frecuentemente en la misma trinchera con las agencias periodísticas: de las noticias sensacionalistas y alarmantes que sustentan las campañas de «ley y orden» sacan beneficios ambas (las periodísticas porque la sangre proporciona «rating» y las policiales porque exigen mayor presupuesto, personal, armamento, vehículos, etc.). Las cúpulas de las agencias policiales obtienen de este modo un grado de eficacia mucho mayor en la lucha por sus reivindicaciones corporativas que los maestros o médicos con sus huelgas.

13. En general, es posible afirmar que los sistemas penales latinoamericanos constituyen verdaderos genocidios en marcha y que las perspectivas actuales son las de un mayor número de víctimas como resultado de su inusitada violencia: matarán más personas supuestamente sospechosas, morirán más en las calles y en las cárceles, esto reproducirá la violencia, morirán más policías y guardacárceles y habrá más delitos y más víctimas de la violencia criminal, no conseguirán nada contra el crimen organizado, de modo que también habrá más víctimas de esta modalidad criminal. Tendremos más jóvenes, de modo que tendremos más candidatos a la victimización. Las agencias policiales tendrán más arbitrio, de modo que tendremos más violaciones a los Derechos Humanos fundamentales y éstas se corromperán más, en razón directa de su mayor arbitrio (poder sin control), en tanto que las judiciales se irán reduciendo conforme a la tendencia que se observa. Estas son las perspectivas reales del actual momento penal latinoamericano, tal como las muestran los números y los hechos.

14. Frente a esto, es posible tomar tres actitudes diferentes: a) La primera es negar la realidad. Para ello hay, a su vez, dos caminos: el primero es volver al neo-kantismo furioso, decir que somos juristas y que el deber ser es una cosa y el ser otra, que no tienen punto de contacto alguno y, de este modo, pasar a la historia (o a la «historieta») como comentaristas del «Martillo de las Brujas»; la otra es afirmar que todo esto es cierto, pero que es resultado de las estructuras sociales injustas y que, por ende, mientras esas estructuras no cambien, no sería posible cambiar nada y tendríamos que seguir haciendo lo mismo que hemos hecho hasta ahora, mientras esperamos que las estructuras cambien, lo que seguramente se producirá por algún efecto mágico. b) La segunda alternativa sería reconocer que todo esto es cierto y sentarse en el suelo y ponerse a llorar. No la creo del todo razonable. c) La tercera, que es la que creo más racional, es reconocer la realidad y tratar de usar del poder que tenemos para hacer algo que reduzca su increíble violencia. En este sentido, creo que el poder jurídico existe, que será todo lo limitado que se quiera, pero que es poder y que, como tal, tenemos el deber de operar con él conforme a cierta

ética humanista, o mejor, para no usar palabras que a muchos suenan huecas y ser más concretos, diría que tenemos el poder de operar con él en la forma que salve el mayor número de vidas humanas posible.

En este sentido, creo que nuestro poder jurídico tiene de momento tres ámbitos fundamentales sobre los que puede operar y en los que puede comenzar a hacerlo sin demora: a) el académico; b) el de la investigación; y c) el de los cursos, seminarios, encuentros, etc.

15. A nivel académico debemos recordar que la universidad es parte del sistema penal, porque es la usina de reproducción ideológica del mismo. En este sentido jamás puede despreciarse el discurso académico, precisamente porque es discurso y, por ende, es poder. Durante muchos años se ha caído en la trampa de un marxismo simplista y se ha despreciado el discurso como lo «supraestructural», mientras las dictaduras, que nunca fueron tontas en cuanto a abuso del poder se trata, nunca descuidaron el discurso y prueba de ello es la persecución universal de los pensadores por parte de todos los totalitarismos y autoritarismos.

Podrá disentirse con todo lo que ha dicho y escrito Foucault, pero resultará de irreversible valor su contribución al análisis del poder al revalorar adecuadamente el poder del discurso: el discurso es parte del poder, es poder. Con toda razón y gracia dice otro filósofo francés contemporáneo, André Glucksmann, que el poder no se ejerce con un ejército y un poco de salchichón, sino que también es necesario el discurso; sin discurso no hay poder o el poder se derrumba.

El poder no sólo genera su discurso, sino que aún más, genera al propio sujeto que conoce, al propio sujeto cognoscente. Esto es bien manifiesto en el sistema penal, donde cada agencia genera sus propios pichones, que conocen conforme a discurso y actúan conforme a discurso, esto es, a la medida del poder de la agencia. El sistema penal no está integrado por agencias compuestas únicamente por psicópatas y psicóticos. Algunos habrá, pero son los menos. Tampoco está compuesto por nazistas, fascistas, homicidas, etc. Simplemente, están integradas por hombres y mujeres formados a la medida del poder de

las respectivas agencias y cognoscentes según sus respectivos discursos. Modificar el discurso es, pues, modificar el poder.

16. En este sentido considero fundamental la modificación radical del discurso jurídico-penal: ya no podemos seguir sosteniendo la racionalidad de este ejercicio del poder punitivo. Debemos partir de la aceptación de que se trata de un mero ejercicio del poder, tan deslegitimado como la guerra y, sobre esa base, reconstruir todo el discurso jurídico-penal, retomando los principios más estrictos y limitadores del derecho penal y procesal penal liberal, en razón de ser la versión menos irracional y más limitadora del ejercicio del poder punitivo en los pocos casos que el poder jurídico debe decidir, porque las otras agencias los han seleccionado y los someten a su decisión.

El discurso jurídico-penal puede reconstruirse, como creo haberlo demostrado en *En busca de las penas perdidas*, siguiendo el modelo del derecho penal humanitario: nada hay en ese derecho que legitime la guerra; simplemente, como la Cruz Roja Internacional no tiene el poder suficiente para hacer desaparecer la guerra, se limita a evitar sus efectos más inhumanos, a contenerla hasta donde tiene poder efectivo para hacerlo. La magistratra sería, en este sentido, una «Cruz Roja» del momento de la política; la guerra sería el hecho de poder del momento bélico, el sistema penal sería el hecho de poder del momento político. Nada hay que legitimar, salvo nuestro propio ejercicio de poder jurídico y sólo en la medida en que sea contenedor o limitativo del poder punitivo.

17. En cuanto al discurso jurídico-penitenciario y penitenciario mismo, tampoco podemos seguir sosteniendo el discurso de la ideología del tratamiento ni ninguno de los discursos «re» a los que ya he hecho referencia. Es necesario admitir que la prisión siempre es deteriorante, como toda institución total. Por ende, es imposible proponerse una tarea «re». No obstante, como sabemos que los presos están presos por su vulnerabilidad, lo que es posible es operar en la prisión de modo tal que, al menos, la institucionalización se esfuerce por no aumentar la vulnerabilidad de la persona o, si es posible, por reducirle el nivel de vulnerabilidad. Esto es factible y puede trazarse toda una

estrategia para esto, incluso hasta planificar una clínica de la vulnerabilidad, por más que no me agrada la palabra.

18. Producir en el ámbito académico un discurso alternativo es poco menos que generar el contra-poder jurídico dentro del propio sistema penal, programar un poder judicial que ejerza la función de contra-poder que no es tan loca, porque en definitiva era la función que en su tiempo, con sus conocimientos y su lenguaje, propugnaron Montesquieu y von Liszt en sus respectivos contextos (o, por lo menos no está tan lejana de ellas). Esto implica la posibilidad de generar nuevos y diferentes sujetos cognoscentes, capaces de transformar la realidad ejerciendo el poder conforme al nuevo discurso.

19. En cuanto a la investigación, es cierto que los recursos materiales en el continente son limitados, si los comparamos con los disponibles en los países centrales. También es cierto que nuestros investigadores son muchos menos, porque nosotros no tenemos elites del pensamiento pagadas para criticar. Pero también es cierto que algunos recursos tenemos y algunos investigadores también, y gente dispuesta a trabajar, frecuentemente gratis, lo que no se concibe en el mundo central.

En esas circunstancias, entiendo que debemos extremar el cuidado para extraer el máximo provecho de los pocos recursos disponibles. Para ello es necesario orientar la investigación y focalizarla sobre lo que son los temas o problemas angulares, básicos, ineludibles. En este aspecto, entiendo que sería urgente centralizar los esfuerzos nacionales e internacionales, regionales y locales, en la investigación de dos grandes núcleos temáticos: a) el poder político de lo judicial; y b) los caminos para mantener el número de presos en los niveles actuales y procurar su disminución.

En cuanto al judicial, entiendo que es inevitable instalar en nuestras sociedades el debate político acerca del poder judicial. Se discute acerca del sistema parlamentario o presidencialista de gobierno, pero nada se discute acerca del poder judicial.

Nuestros jueces son nombrados políticamente, son «co-optados» o son nombrados por concursos burocráticos, pero nada se discute

acerca de las ventajas o desventajas de los sistemas de nombramiento, ascenso, remoción o gobierno. No hay una teoría al respecto, no se plantea la necesidad de discutir el tema y las facultades de derecho guardan solemne silencio a su respecto. Nadie se pregunta cómo puede hacerse para democratizar un poder judicial, cómo para que el mismo sea pluralista, para que genere tensiones internas, para que esas tensiones y contradicciones salgan a la luz pública y proporcionen la oportunidad de crítica y control público de los actos de un poder del estado, para que los jueces tengan garantizada su independencia interna y externa, es decir, tanto respecto de sus propios órganos colegiados como de poderes extraños al judicial. Todo esto parece ser un terreno silenciado, como si la cuestión fuese secundaria.

Sin embargo, si pretendemos extender el poder jurídico, será necesario crear las condiciones políticas para ello, y éstas sólo pueden generarse a partir de un debate sobre la estructura y gobierno del judicial. Sin ese debate no hay posibilidad de revertir el actual cuadro de deterioro del poder jurídico. No se trata de investigaciones judiciales de carácter funcional-burocrático, sino de la verdadera investigación acerca de la necesaria función política del judicial. En este sentido hubo un primer e interesante seminario en Santo Domingo en diciembre de 1989, organizado por UNICRI, ILANUD y el gobierno de la República Italiana, aunque limitado a algunos países.

30. El otro gran tema es el de la población penal. Es urgentísimo, por no decir que se ha perdido ya muchísimo tiempo y vidas, dedicar los esfuerzos a estudiar las diferentes vías posibles de reducción del número de presos, simplemente, porque no hay presupuesto para mantenerlos ni lo habrá y, por ende, sostener la actual situación y aún agravarla, implica imponer indiscriminadamente una pena de muerte al azar.

En este aspecto deberían investigarse desde las posibilidades reales de alternativas a la privación de libertad consagradas en el derecho comparado, como de otras que podemos inventar nosotros tan o más adecuadas a nuestras circunstancias, hasta las posibles desincriminaciones, despenalizaciones, hipótesis de «divertion», alternativas a la

prisión preventiva o provisoria, distintas formas de reducción penitenciaria o redención por trabajo, por instrucción, por comportamiento, etc.

Un programa de reducción del número de presos en la región implica la búsqueda de un camino propio para nuestros sistemas penales. En el mundo se observan claramente dos tendencias: la de la «nueva derecha» y la soviética, que tiende a aumentar indefinidamente el número de presos, haciendo del sistema penal un aparato demandante de servicios que sirve a su mercado laboral, y, por el otro lado, la que predomina en Europa continental, que tiende a mantener el número de presos dentro de límites razonables, apelando a diferentes recursos procesales, penales y penitenciarios. El primero es «camino prohibido» para nosotros, por las mencionadas razones presupuestarias; el segundo tiene la dificultad de chocar con la realidad de sociedades más estratificadas. Nuestro desafío es programar una solución análoga a la segunda en una realidad social mucho más estratificada. Esa es, sin duda, nuestra urgencia más inmediata. Se alzan voces pesimistas que dicen que es imposible. Creemos que no lo es, o, por lo menos, que vale la pena hacer el intento de tomar al toro por los cuernos.

21. Por último, nos restan los recursos para congresos, conferencias, simposios, seminarios, etc.

En este sentido la actividad de la región es bastante intensa. No obstante, podemos llevar a cabo los mejores programas de investigación, podemos proponer las ideas más geniales para resolver las dificultades, pero en nada cambiaremos el plano de la realidad si no interactuamos sobre y con otras agencias del sistema penal, especialmente las políticas y las de comunicación social o publicidad. Insisto en que en materia de sistema penal el poder es algo que, estrictamente hablando no se da en forma de «sistema», sino en forma de equilibrio de poderes de agencias, que, a su vez, están integradas por personas que están formadas de acuerdo al saber de esas agencias. No se trata, insisto una vez más, de sujetos patológicos, sino de sujetos cognoscentes conforme a un discurso, que muy frecuentemente actúan de

determinada manera porque nadie les ha mostrado que de ese modo están matando cientos de personas. Parece absurdo, pero es real. Tengo la certeza de que muchos pretenderán negar mis afirmaciones y preferirán ver en esto una verdadera conspiración de altísimo vuelo. No comparto este punto de vista en modo alguno: cada una de las agencias responde a sus propios intereses: las policías buscan poder e ingresos; las judiciales buscan mantener su tranquilidad burocrática; las penitenciarias buscan sostener el orden disciplinario; las de publicidad buscan «rating»; las universitarias buscan prestigio y recursos para investigación; etc. No creo que se trate de ninguna conspiración, sino de un equilibrio de intereses, a veces contrapuestos, pero todos esos intereses corporativos o agenciales que generan discursos conforme modelan a sus operadores y también limitan el conocimiento de éstos.

La única forma de introducir discursos alternativos y abrir los discursos provincianos o agenciales a niveles de realismo es la quiebra de los compartimientos que separan a las agencias, en forma de introducir el diálogo abierto, no sólo a nivel de cúpulas, sino a nivel de la totalidad de sus integrantes.

Es altamente importante discutir entre nosotros, pero no es suficiente. Corremos el riesgo de producir libros bien encuardenados, cuando en realidad deberíamos tratar de evitar muertes.

22. Creo que la tarea, si bien es un desafío colosal, formidable, por cierto, no es imposible. Podemos hacer mucho para que todos crean un poco menos en las brujas y para que nosotros mismos hagamos lo propio.

EL FUNCIONALISMO SISTEMICO Y SUS PERSPECTIVAS JURIDICO-PENALES

1. DELIMITACION TEMATICA

EL FUNCIONALISMO sociológico se remonta sin duda a Durkheim y al promediar nuestro siglo fue Robert K. Merton quien marcó un hito importantísimo por este sendero. Nuestro propósito aquí no es presentar una detallada exposición del funcionalismo, sino centrarnos brevemente en lo que podemos llamar «funcionalismo sistémico en sentido estricto» —o quizá funcionalismo del «máximo sistémico—, esto es, en aquellos autores que hacen del «sistema social» el eje central de su teoría. De allí que, pese a ser Merton uno de los más destacados funcionalistas —y quizá el más original— lo excluyamos de nuestro análisis, porque su interés sistémico es un tanto lateral, debido a su concepto abierto de «sistema social».

Dentro de la corriente a la que nos limitamos, creemos que los autores más destacados son Talcott Parsons en los Estados Unidos y Niklas Luhmann en Alemania. Nos interesa la ideología de esta corriente, para formular brevemente su valoración crítica y, teniendo en cuenta la importancia que se le ha otorgado en la dogmática penal, señalar las perspectivas que ofrece desde el ángulo jurídico, aunque también desde el criminológico —que abarca el político-criminológico— y particularizar en estas perspectivas con respecto a nuestro margen latinoamericano. Aclaramos que la expresión «ideología» la empleamos en un sentido neutro, o sea, no peyorativo, análogo al de Abbagnano.

Quisiéramos precisar desde ahora que con este recorrido pretendemos demostrar: a) que el funcionalismo sistémico es una nueva versión del organicismo o un neo-organicismo; b) que la versión norte-

americana fue la garante sociológica del estado de bienestar keynesiano; c) que la versión alemana se acerca peligrosamente a un equivalente central de la llamada «doctrina de la seguridad nacional» de uso periférico; d) que sus consecuencias jurídico-penales llevan al ocaso del llamado «derecho penal liberal» (o de garantías o realizador de Derechos Humanos); e) que su transferencia a América Latina provocaría la represivización del discurso jurídico-penal y eventualmente aceleraría la generalización de la deslegitimación del discurso jurídico-penal en el área.

2. EL IDEALISMO SOCIOLOGICO DE PARSONS Y LA «DESVIACION»

Como hemos dicho, pese a que el sociólogo más original del funcionalismo, después de Durkheim, fue Merton, éste no llevó su idealismo hasta el extremo de los autores del pensamiento sistémico en sentido estricto. El pensamiento social sistémico —al igual que su predecesor, el organicismo— es, sin duda, un pensamiento idealista. Es sabido que Comte pretendió echar las bases del método positivo, pero en realidad echó mano del organicismo social, esto es, de un concepto idealista o romántico, al que envasó en el recipiente de la «ciencia empírica», porque es imposible demostrar empíricamente que la sociedad es un organismo, tanto como demostrar que es un «sistema». En este sentido, sostenemos que Talcott Parsons es mucho más idealista que Merton, puesto que Parsons, después de pasar del conductismo social al funcionalismo, presentó en su obra de 1951 —*The Social System*— una teoría mucho más centrada en el «sistema» que la de Merton, en la que convergen influencias difíciles de individualizar, pero, no obstante, cabe señalar, por su claridad, la afición psicoanalítica y el afán sistémico que parece heredado de Pareto (cfr. Martindale, 567).

En tanto que para Merton el sistema social no fue objeto formal de análisis, dado que su método consistía en analizar los elementos y establecer su funcionalidad mediante la interdependencia de los mis-

mos, construyendo así un sistema abierto que se iría completando con sucesivas investigaciones de campo, Parsons cae directamente en el idealismo procediendo de modo contrario, es decir, centrando su objeto en el sistema mismo, sin el cual no podría comprenderse ninguno de sus elementos, que siempre debían referirse al «todo». «El punto de partida fundamental —escribía Parsons— es el concepto de sistema social de acción. La interacción de actores individuales tiene lugar en condiciones tales que es posible tratar a semejante proceso de interacción como un sistema en el sentido científico y sujetarlo al mismo orden de análisis teórico que ha sido satisfactoriamente aplicado a otros tipo de sistemas en otras ciencias» (Parsons, 3).

Dejando de lado la discusión metodológica y las críticas generales a la construcción de Parsons, en lo que hace a nuestra materia nos interesa su concepto de «control social» (las críticas generales: Cohen, Percy S., 123; Gouldner, 184). Para Parsons, «un proceso es cualquier vía o modo en que un estado o sistema determinado o una parte del sistema cambia a otro estado» (201), en tanto que cuando el investigador aísla uno de estos procesos y «focaliza ese interés en el significado de resultados alternativos del proceso para el sistema o para otras partes del mismo, el proceso se llama un *mecanismo*» (p. 202). La asignación de roles sociales implica un proceso de aprendizaje, que por sus particularidades se llama *proceso de socialización.* «El proceso motivacional mediante el cual se produce, visto en términos de su significado funcional para la interacción del sistema, son los *mecanismos de socialización*» (205). Para Parsons, tanto el reparto del personal en roles como el proceso individual de socialización «son el mismo proceso, visto desde dos perspectivas». «El reparto de roles es el proceso visto desde la perspectiva de significación funcional para el sistema social como sistema, en tanto que la socialización es el proceso visto en términos de la motivación del actor individual». En esta teoría, «socialización» y «control social» no se identifican, sino que recién cuando la socialización no tiene éxito, en razón de presentarse tendencias hacia la desviación, surgen los espacios para el «control social» (207). *El «control social» parsoniano es pues, un concepto limitado a la neutralización de la «conducta desviada».*

La primera observación que puede formularse a la tesis de Parsons es que éste parece ignorar que en la distribución de roles existe también una asignación de «roles desviados», siendo demasiado ingenuo creer que toda la «socialización» es un proceso puro y limpio, éticamente hablando. Además hay una socialización para ciertos roles que en modo alguno son agradables o placenteros, sino todo lo contrario. Cuando esos roles particularmente desfavorecidos se multiplican socialmente, es más o menos natural que surjan resistencias en grado considerable. En esas condiciones, lo que Parsons llama «control social» no sería más que un reaseguro de la «socialización», o sea que su esquema estaría compuesto por un proceso de domesticación social y otro de neutralización a los que no responden a la domesticación, llamando al primero «socialización» y al segundo «control social». Pero de cualquier manera, incluso como expresión de realidad, esto ni siquiera tiene lugar en las sociedades centrales, porque no se trata de procesos independientes, sino de una continuidad con múltiples zonas grises. En nuestras sociedades periféricas, donde la posición marginal de la sociedad misma provoca una mayor polarización de riqueza y la consiguiente multiplicación de los «roles» desfavorecidos y desagradables, el volumen de control es mayor y aumentan con él las zonas grises y comunes hasta casi superponerse.

Resulta claro que Parsons es uno de los mayores teóricos del «Estado de bienestar», con una imagen paternalista de la sociedad. Si Merton es un «crítico cauteloso», no pasa lo mismo con Parsons, que no es ningún crítico, sino directamente el constructor del discurso sociológico del «Estado de bienestar». La obra de Parsons no era funcional al poder hasta 1929, pero después de la crisis fue necesaria una teoría que tratase de introducir *todo* en un *sistema*, acorde con el *New Deal* y con Keynes, lo que, obviamente, no podía hacer el velado moralismo de los ecólogos de Chicago con su nostalgia ruralista. Esa es la obra que Parsons culmina con su *Social System*, aunque puede ser que haya conservado demasiados elementos de «libre mercado» (cfr. Gouldner, *Crisis*, 136-142). Parsons es el sociólogo del «orden» paternalista del «Estado benefactor», siendo lógico que presentase un «Es-

tado social» que avanzaba domesticando bondadosamente para el bienestar, recogiendo en la cesta de su «control social» a algunos «malos» que no comprendían su bondad domesticadora. Con razón, pocos años después de Parsons, Don Martindale le criticó duramente la estrechez de su concepto de «control social», al cual, a diferencia de éste, definía en forma amplia, como «el sostenimiento de la influencia y del poder», que encuentra su campo en la «teoría del poder social» y en la cual la «desviación» y su control no son más que una parte del poder (Martindale, *Sociedad,* 304).

La explicación de la «desviación» en Parsons no puede menos que ser excesivamente psicologista. Ello es una nota común a casi todas las tesis del «Estado de bienestar», a la que no se sustrajo Parsons. Afirma que puede conceptuarse a la «desviación» de dos maneras: *a nivel individual,* como la tendencia de un actor a infringir una pauta institucionalizada, o *a nivel de sistema social,* como tendencia de una parte del sistema interactivo a provocar un desequilibrio en ese plano. Insiste en que lo importante es este segundo nivel, aunque destaca que el primero está implicado en él. Parsons admite que «desviación» es un término relativo, referido a un sistema de pautas y valores, lo que es bastante difícil de establecer, teniendo en cuenta la complejidad de sub-sistemas y la pluralidad de roles de los actores.

Parsons parte del supuesto de que la interacción requiere una complementariedad de expectativas entre «ego» y «alter». Cuando la expectativa de «alter» crea una frustración en «ego» surge tensión, que puede resolverse por inhibición, por transferencia del vínculo a otro objeto o por renuncia o redefinición de la pauta valorativa. También puede suceder que sea «alter» quien abandone su comportamiento. De cualquier manera el equilibrio se restablece, sea por un cambio en el sistema o por la vuelta al estado anterior al mismo.

No obstante, Parsons admite que existe otra salida, que es la relación ambivalente con «alter»: «ego» mantiene el vínculo con «alter», pero sufre el costo frustrante de ese vínculo y le incorpora un componente de hostilidad, generando un conflicto en su propia personalidad. Esta relación ambivalente se resuelve en una alternativa: puede

reprimir un lado de la estructura ambivalente o encontrar un modo de gratificar ambos lados de la motivación ambivalente. Si se resuelve en la primera forma, «ego» puede reprimir el lado negativo, continuar vinculado con «alter» y motivarse conforme a la pauta; también «ego» puede reprimir el lado positivo, desvincularse de «alter» y rechazar la pauta.

En este género de vínculos ambivalentes, Parsons llama al componente positivo «disposición de necesidad conformativa» y al negativo «disposición de necesidad alienativa». De este modo, en la terminología parsoniana, la alienación siempre es parte de un vínculo ambivalente, lo que no sucede con la conformidad, que sólo eventualmente lo es.

Cuando la vinculación ambivalente se mantiene y predomina el componente de conformidad, se produce la *conformidad compulsiva*, en tanto que, si domina el alienativo, se produce la *alienación compulsiva*. Lo «compulsivo» surge como resultado de la compensación de la frustración reforzadora de la motivación, sea positiva (el vínculo y la necesidad compulsiva de aprobación de «alter»), sea negativa (el rechazo). En la medida en que el vínculo ambivalente continúa, la compulsión se torna acumulativa (neurótica) y en ella hallan su génesis las enfermedades psico-somáticas y la criminalidad.

La explicación parsoniana respecto del mecanismo de la ambivalencia, que en modo alguno es original, por cierto, es perfectamente aceptable y halla múltiples ejemplos en el sistema penal. Uno de ellos, bastante frecuente, es el curioso fenómeno que se opera en algunos componentes de segmentos no militarizados del sistema penal (jueces, fiscales, etc.), que suelen ser «más papistas que el Papa». No obstante, es bastante obvio que ese mecanismo no puede justificar la explicación total al problema de la criminalidad y que a este respecto la pretensión teórica de Parsons es completamente reduccionista.

Siguiendo su teorización Parsons clasifica las direcciones de la orientación «desviada», teniendo en cuenta que pueden manifestarse en forma activa o pasiva, del siguiente modo:

	Actividad	*Pasividad*
Predominio conformista	1. Actuación orientada compulsivamente	2. Sumisión compulsiva a expectativas de status
Predominio alienativo	3. Rebelión	4. Retirada

Cada una de estas cuatro orientaciones de las direcciones desviadas las desdobla en dos orientaciones, según que el foco de la ansiedad producida por la ambivalencia resulte depositado en el «alter» o en la pauta institucionalizada misma. Así, resultan las siguientes ocho orientaciones:

Actuación orientada compulsivamente: *a*) dominación (focalización en el objeto); *b*) cumplimiento compulsivo (focalización en la norma).

Sumisión compulsiva a expectativas de «status»: *c*) sumisión (focalización en el objeto); *d*) observancia perfeccionista (focalización en la norma).

Rebelión: *e*) agresividad hacia el objeto social (focalización en el objeto); *f*) incorregibilidad (focalización en la norma).

Retirada: *g*) independencia compulsiva (focalización en el objeto); *h*) evasión (focalización en la norma).

Cuando Parsons compara esta clasificación con la de Merton indica que el «conformismo» mertoniano es la condición equilibrada del sistema interactivo sin conflictos, en tanto que las reacciones que Merton califica como «innovación» y «ritualismo» son los dos tipos compulsivamente conformistas, y las categorías mertonianas de «rebelión» y «retraimiento» corresponden a los dos tipos de predominio alienativo. Parsons considera que su construcción es más universal que la de Merton, porque no corresponde a una sociedad orientada al éxito únicamente. Por ello, considera que el sistema mertoniano es un supuesto particular de su tipología más universal.

Para cerrar su sistema Parsons apela a una psicologización del mismo que aparentemente lo hace más universal, pero sólo lo logra a costa de un reduccionismo. De esta manera, es decir, por la vía del reduccionismo psicologista, el sistema de Parsons resulta mucho más conservador y apto para una sociedad de consumo y un estado de bienestar, que el planteo de Merton.

Para Parsons la criminalidad es el resultado del conformismo compulsivo, es decir, de un conformismo ambivalente. Su análisis a este respecto no supera en mucho a los primeros reduccionismos psicoanalíticos etilógicos y prácticamente no contiene datos sociales. Si tomamos en cuenta cómo operan las sanciones en las teorías parsonianas, resulta bastante claro que usa elementos selectivamente tomados del psicoanálisis para construir una explicación de la que se deduce la necesidad de prudencia y mesura en las sanciones. No negamos la validez de sus apreciaciones, pero lo cierto es que están mejor explicitadas por los psicólogos y su construcción en este aspecto no alcanza nivel sociológico, dejando fuera de su ámbito claras relaciones de poder, lo que evidencia su notoria pobreza sociológica.

El análisis de las sanciones de Parsons al que nos referimos es el siguiente: «ego» interacciona con «alter», pero cuando «alter» tiene reacciones ambivalentes, las actitudes motivacionales que «alter» tenga en relación a «ego» serán también exageradas, drásticas, esto es, sanciones crueles y desmesuradas, con las que «alter» estará reprimiendo sus propias tendencias o componentes alienativos de su orientación ambivalente. La sanción inflexible o exagerada, en lugar de debilitar el comportamiento alienativo de «ego», lo reforzará, puesto que «ego» percibirá que hay «algo» en «alter» que aprueba su tendencia y que se pone de manifiesto en la propia ambivalencia de «alter», manifestada no sólo en la exageración de la sanción sino también en la equivocidad de su actitud (Parsons, 274-5). Es obvio que este mecanismo es semejante al que muchos años antes ponían de manifiesto Alexander y Staub y, como acabamos de señalar, su valor de verdad a nivel psicológico es en cierta medida indudable, pero no alcanza para explicar a nivel sociológico la cuestión criminal ni sirve, por supuesto, para

comprender el funcionamiento de todo el sistema penal, porque se reduce a señalar algunos mecanismos que operan dentro del sistema, dejando de lado múltiples interrogantes. Del mismo modo, Parsons incorporó conceptos como «sub-cultura» y explicaciones al «gang», que no superaban el nivel psicológico, sino que, hasta cierto punto lo empobrecían (p. 286).

El «macrofuncionalismo» —como suele denominarse a la corriente en que se insertan Merton y Parsons—, «está anclado tan profundamente en el organicismo que, prácticamente, todo aspecto que se diga peculiar del funcionalismo ha sido adelantado por los organicistas» (Martindale, 544). Es natural que en este esquema teórico la idea de «desviación» haya encontrado su campo propicio y que una creciente solidificación del concepto de «sistema» haya respondido a un momento de incomparable poder mundial de una sociedad sumamente segura de caminar hacia el «progreso».

Es obvio que la construcción parsoniana muy poco tiene que ver con las tendencias actuales y ahora casi nadie la sustenta en criminología ni en sociología. Los aportes de este funcionalismo sistémico a la criminología carecen de originalidad, pues ya se hallaban en las fuentes psicológicas de las que fueron recogidos. A esto se debe que, pese a que Parsons es el autor oficial del período funcionalista (cfr. Lazarsfeld, 355), ejerció muy poca influencia en la problemática criminológica. No deja de ser interesante para nuestros fines, adelantar que su revaloración y vigencia es obra de los juristas y sociólogos del derecho, lo que no hace más que proporcionar más evidencias indiciarias de su idealismo y de su carácter de discurso de justificación del sistema (suponiendo que exista un «sistema»). Por nuestra parte, creemos que también es otro elemento corroborante de la tremenda clausura que ha operado el discurso jurídico, encerrándose en sí mismo hasta el punto de que la única solución para su formidable orfandad es abrirse a un organicismo que le permita justificar los avances autoritarios con pretendido fundamento sociológico.

Si algún elemento útil para la crítica presenta Parsons, quizás sea la insistencia —no novedosa por cierto— en la exageración «manie-

rista» de las sanciones severas que el «sancionador» usa para reprimir sus propias tendencias a la «desviación» y el efecto reforzador de esa orientación que tienen semejantes reacciones. No deja de ser interesante esta observación en un sociólogo tan sistémico como Parsons. Si su desarrollo se complementase con la inevitable selectividad del sistema penal, constituiría un dato revelador de que el reforzamiento de pautas «desviadas» por medio de jueces, policías, legisladores y funcionarios «duros» sería un mecanismo «equilibrante» del «sistema».

3. LA RECEPCION ALEMANA DEL FUNCIONALISMO SISTEMICO: LUHMANN

En las últimas décadas ha cobrado particular prestigio en Alemania, particularmente entre los penalistas, la versión del funcionalismo sistémico elaborada por Niklas Luhmann. Es necesario detenerse en este marco teórico porque se ha erigido en garante de un discurso que se pretende novedoso.

La diferencia más notoria entre el concepto de «sistema» de Parsons y el de Luhmann finca en que para Parsons el «sistema» es algo autónomo, cerrado en sí mismo, que convive con otros «sistemas», o sea que, una sociedad sólo reconoce otras sociedades junto a ella. Luhmann proporciona una versión mucho más organicista: para Luhmann el sistema no está cerrado en sí mismo, no se agota en lo «intrasistémico», sino que se halla abierto en permanente relación con el medio ambiente. De esta manera, el sistema ya no es algo estático, sino dinámico, o sea, en permanente relación con el «medio ambiente», que es extra-sistémico y, por ende, no controlable por el sistema, pero frente al cual el sistema reacciona (*con el objeto de mantener su propio equilibrio interno*) apelando a estrategias de *selección* y de *reducción*. Por esta razón, el macrofuncionalismo de Luhmann debe plantearse permanentemente la cuestión de los límites del sistema, que responden a la constante dinámica del medio ambiente.

Sin embargo, no debe pensarse que Luhmann se haga cargo de una teorización dialéctica, del tipo de las marxistas o neo-marxistas, sino que, frente a los dos grandes modelos sociológicos de los países centrales (el del sistema cerrado en sí mismo y el del conflicto dialéctico), Luhmann adopta un criterio diferente, conforme al cual el sistema opera mediante la selección y reducción de elementos del medio ambiente, en forma *pragmática* (según las necesidades que le impone el sostenimiento de su equilibrio interno), *sin que pueda explicarse esto por vía de la casualidad, que deja de ser un criterio de verdad.* El único criterio de verdad —y de justificación— del sistema es su eficacia selectiva para mantener su equilibrio interno.

En este planteo macro-funcionalista no es difícil adivinar nuevamente la ya casi clásica simbiosis de positivismo e idealismo organicista: la selección de elementos del medio ambiente, cuando es útil para el equilibrio del sistema, es la «verdad» del mundo. Lo que el sistema no selecciona del medio ambiente no es «verdad», porque no sirve para su equilibrio. Luego, la «realidad» es lo que el sistema necesita para su equilibrio y el resto pertenece a un mundo falso o no real (cfr. Mosconi, 145). Por supuesto que a esta objeción se respondería desde un punto de vista sistémico que los problemas de la realidad del mundo y de la verdad son problemas filosóficos y no «científicos», pues lo «científico» sólo se reduciría al criterio de «eficacia o ineficacia». Esta respuesta se enmarca en el planteo pragmático y con ello se reedita en terminología mucho más oscura lo que se planteó hace muchos años en términos claros: cuando desde distintos puntos de vista se criticaba al positivismo organicista (racismo criminológico), el «pragmatismo» quiso renunciar a la «verdad» y reemplazarla por la «eficacia», principalmente por obra del profesor español Quintiliano Saldaña (ver Saldaña). Pero un saber que renuncia a la verdad es una contradicción insalvable: o es un «no saber» o es un «ocultamiento de la verdad», juego que le fue puesto en descubierto por aquellos años, cuando se le observó que el pragmatismo es un «positivismo con cálculo de rentabilidad».

En el sistema de Luhmann —y aunque no se la llame así— *la única verdad es el «equilibrio del sistema».* Esto implica una legitimación *a priori* del sistema y de su equilibrio, que no admite ninguna réplica.

La tesis sistémica de Luhmann requiere una definición del «medio ambiente». Para ello, Luhmann no acepta el concepto tradicional de sociedad como el conjunto de individuos o de su interaccionar, sino que para este autor el individuo y la sociedad son dos «sistemas», que por sus diferencias estructurales nunca pueden compararse. Luego, el «medio ambiente» del sistema social no es otra cosa que el «sistema-hombre» y el equilibrio del primero es su equilibrio respecto del conjunto de «sistemas-hombres» que le están sometidos (Luhmann, 1972, 31-9). Como Luhmann es un teórico de la sociedad industrial avanzada, considera que el «ambiente» está compuesto por sub-sistemas cada más diferenciados (fenómeno diverso del que tendría lugar en las sociedades «primitivas»), pero al mismo tiempo más necesitados de dependencia. El «progreso» generaría mayor incompatibilidad y, a la vez, mayor dependencia entre los hombres, requiriendo de este modo una permanente re-elaboración del sistema para mantener su equilibro frente a la creciente complejidad social.

La complejidad que el ambiente opone al sistema es la multiplicidad de vivencias de los hombres, que pluraliza las expectativas dispares. Pero esto es complejo para el sistema, porque se ve ante la necesidad de armonizarlas para estabilizarse, de modo que siempre será el «sistema» el que determine qué es lo complejo y qué debe seleccionar y reducir de ello. Así, el sistema va seleccionando sus límites pero también va armonizando las expectativas mediante una *simplificación* de las seleccionadas, que no es más que el establecimiento de normas generalizantes, o sea, una *creciente separación de los roles respecto de las concretas expectativas de los hombres* (cfr. Mosconi, 154). En síntesis: toda la teoría se sustenta sobre la necesidad del control que se legitima por sí misma y opera mediante un creciente reforzamiento de roles.

Aquí surge una clarísima manifestación de organicismo extremo: las conciencias, o sea, las elecciones individuales, deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran. La riqueza

de la conciencia quedaría reducida a la incorporación simplificada al sistema en forma de roles más o menos generalizados y siempre normados funcionalmente. Luhmann niega para ello las relaciones de causalidad tanto como las de finalidad: los sistemas se explican sólo por la funcionalidad. Los hombres actuarían funcionalmente en la medida en que se adapten a roles cuya función es equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para obtener el sostenimiento de su equilibrio, y así seguiríamos dentro de este círculo.

Luhmann afirma que estas selecciones normativas (simplificadoras) no hacen más que «facilitar» la elección de los hombres, descargándoles del peso de actuar conscientemente de todo en cada circunstancia, lo cual es imposible ante la creciente complejidad de la sociedad industrial avanzada (Luhmann, 1972, 136). Nos parece claro que esto se halla muy cercano a la resignación frente a la manipulación o anulación de la conciencia o bien, en términos existenciales, a una glorificación de la inautenticidad. Esto casi lo confiesa abiertamente el propio Luhmann cuando afirma que la norma o regla proporciona una orientación para la elección, que evita la búsqueda de la orientación en la expectativa misma, lo que puede llevar a errores (1972, 94 y ss.), o sea que el sistema pareciera equilibrarse en mayor medida cuanto más los hombres comienzan a asemejarse a burócratas obsesivos. Esta «facilitación de la elección» provocaría un «consenso» que sólo sería la «falta de disenso» originada en una ignorancia cada vez mayor y pareja con la creciente falta de información e indiferencia.

En cuanto a los valores, Luhmann los reduce prácticamente al equilibrio del sistema, en tanto que todo el resto se relativiza, quedando degradados a meros valores instrumentales, de los que puede echarse mano o desecharlos, según resulte funcional para ese equilibrio (o sea, para el sistema). Así, afirma que el discurso jurídico, por ejemplo, no puede tomar en cuenta datos de realidad, como la excepcionalidad de la puesta en movimiento del sistema penal, porque perdería funcionalidad, que sólo puede mantenerla mediante la conservación de sus características de «esquematicidad y normativismo» (1983, 109-110), es decir que el discurso jurídico-penal es «verdade-

ro» porque es «falso». Ello es así, porque la legitimidad no depende de ningún valor, ni siquiera del valor de verdad, sino de la eficacia operativa que tiene para el sistema. Esto obedece a que las «expectativas de comportamiento estabilizadas en forma que resisten las variaciones de las situaciones fácticas», resaltan el símbolo del «deber ser». Esta sería una ineludible necesidad del sistema y, para Luhmann el derecho es únicamente una normación generalizada que debe ser aceptada mecánicamente, sin que su aceptación requiera ninguna motivación. El derecho se legitima, pues, porque es aceptado. En esto la contradicción es más que evidente: el derecho se legitima porque es aceptado, pero no se deslegitima porque en la inmensa mayoría de los casos no opere. Lo importante parece ser que se lo acepte como tal, sin preguntarse por qué ni para qué, es decir que lo importante es la disposición a adaptarse a cualquier normativa, sólo porque la normativa es necesaria para el equilibrio del sistema.

Para Luhmann la aceptación estabilizante de la normación jurídica se opera distraídamente, del mismo modo en que nadie se pregunta por qué toca el timbre cuando llega a una casa o paga a la persona que le lavó el automóvil. No obstante, como Luhmann se percata que la creciente complejidad —pluralidad de expectativas— genera una pareja incapacidad de las normas generalizantes para satisfacerlas, o sea, que la mayor complejidad genera mayor frustración, entiende que el equilibrio del sistema apela a una instancia particularizadora, que es la *praxis* judicial, capaz de «repetir, en una sociedad diferenciada, lo que en los sistemas sociales más pequeños puede llevarse a cabo sin hacer distinciones» (Luhmann, 80).

Para que esta *praxis* judicial opere se hace necesario el *procedimiento,* que es un ejemplo importantísimo para Luhmann, porque es el instrumento mediante el cual la diversidad de expectativas son reducidas a un rol, que cumple la función de absorber o canalizar la protesta. Esta idea del procedimiento no es más que la coronación de la tajante separación que Luhmann hace entre el sentido del sistema y el sentido del sujeto, o sea, entre el sacrificio de las expectativas individuales y la aceptación inmotivada del derecho.

4. CONSECUENCIAS POLITICO-CRIMINOLOGICAS DE LA TEORIA SISTEMICA

La teoría de Luhmann es en buena medida desconcertante. Algunas de sus observaciones sobre el poder son exactas, reales, hasta el punto de hallar varias coincidencias con aspectos relevados por teorías fuertemente críticas y deslegitimantes. Así, por ejemplo, se han puesto de relieve grandes coincidencias con Foucault en relación al concepto de «poder» (cfr. Mosconi, 231). Lo desconcertante es que, mediante la apelación al pragmatismo, Luhmann cambia el «ser» en «deber ser», lo cual da por resultado que la realidad social de los países centrales, cuyas contradicciones están conduciendo a una progresiva represivización del control social, resulte legitimada sólo porque esas contradicciones existen y porque esa represivización se produce. Si trasladásemos el planteamiento a una estructura jurídica o de control social represivo en un país colonial, dado que el «sistema» (el colonialismo) lo requiere para mantenerse, el control social represivo colonialista quedaría perfectamente legitimado en tanto ese control resulte funcional para su sostenimiento.

Este criterio, curioso por cierto, se inserta en una teoría organicista en la cual desaparece el hombre, reducido a un «sub-sistema» y fagocitado por un gran organismo que lo incorpora previa «simplificación» a roles funcionales para su equilibrio interno. Esta capacidad del organismo —o sistema— para la fagocitación del hombre mediante una manipulación que le deja indiferente, ignorante e impotente, es lo que parece revelar para Luhmann la «salud» del sistema, que se ve permanentemente amenazado por la conscientización y el pluralismo. Dicho en términos hegelianos —luego tomados por el marxismo y el existencialismo—, el sistema es más «saludable» cuanta más capacidad de alienación tiene. No deja de ser organicismo esta tesis por la circunstancia de que Luhmann rechace el concepto de sociedad integrada por individuos, porque el salto cualitativo de lo individual a lo social es característica de organicismos muy tradicionales. Luhmann construye un organismo proteico —que llama sistema— y que se ali-

menta y redefine continuamente sus límites, fagocitando todo lo que puede y haciéndolo funcional. Para el sistema, el riesgo no está en un exceso de poder, como la mayoría de los pensadores contemporáneos observa, sino en todo lo contrario, es decir, en una falta de poder, resultante de la posible incapacidad del sistema para fagocitarse la pluralidad creciente de expectativas, lo que habla a las claras de un organicismo reductor y limitador del pluralismo social y de uno de los pensamientos más anti-humanistas que pueda ofrecer el panorama de las ideas actuales.

No cabe duda que Luhmann describe un fenómeno que es real: el poder trata de neutralizar y de manipular de modo funcional cualquier manifestación diferenciada, lo que frecuentemente logra. La historia nos proporciona múltiples ejemplos de este fenómeno, que en las décadas recientes se observa más aceleradamente. Una contracultura se la reduce a una moda; la música de protesta se mercantiliza; las minorías sexuales se orientan en roles funcionales; etc. Cuando la disidencia no puede ser fagocitada por el organismo, éste echa mano del último recurso, que es la violencia. Coherente con este planteamiento, Luhmann, pese a su macrofuncionalismo sistémico, no se pliega a las teorías de la «conducta desviada» (en las que incluye al interaccionismo), porque la división entre conducta desviada y conducta adecuada no le sirve para establecer los límites del sistema, es decir, conductas funcionales y disfuncionales no equivalen a conductas adecuadas y desviadas (1972, 116 y ss.). Ni siquiera se preocupa por rebatir la realidad del etiquetamiento, y cabe pensar que lo hace en razón de su eventual funcionalidad equilibrante que lo legitima.

En síntesis, Luhmann parece percibir el riesgo de que la sociedad de consumo pluralice tanto las expectativas que, con la crisis del estado de bienestar, el sistema pierda la capacidad de variar y complejizarse en forma necesaria para proveer más respuestas, conforme al «teorema de Ashby» («un sistema tiene mayor capacidad de supervivencia cuando tiene mayor capacidad para responder a la creciente variedad y complejidad del ambiente con su propia variedad y complejidad crecientes», cfr. Aniyar de Castro). Las respuestas deben ser predomi-

nantemente manipuladoras y sólo en último recurso violentas, pero, de cualquier manera, implica un requerimiento de creciente control social. Esto permite intuir en Luhmann la creación encubierta de un «estado de excepción permanente» bajo el ropaje de formas externas liberales (cfr. García Méndez, 121).

Resulta bastante claro que el poder mundial está generando un crecimiento de las contradicciones y antagonismos tanto en el centro como en el margen, lo que provoca la paralela demanda de creciente control social en ambas posiciones, aunque sus manifestaciones, como es natural, sean diferentes. La teoría de Luhmann nos parece que constituye un organicismo central deshumanizado que, como veremos, se corresponde con la llamada «doctrina de la seguridad nacional» en nuestro margen. En el reforzamiento del control social central tiende a prevalecer la manipulación, en tanto que en nuestro margen cada vez es mayor el espacio de la violencia abierta.

La tesis sistémica de Luhmann no lleva a una criminología etiológica, esto es, a una criminología que se pregunte por las «causas» del delito o de la «conducta desviada». En tanto que a Parsons podía afiliárselo a una «criminología etiológica», por su reduccionismo psicologista, a Luhmann no puede enrolárselo en esta corriente, sino que la teoría de una criminología elaborada sobre esas bases se limitaría a responder a la pregunta acerca de cuáles son las conductas frente a las cuales el sistema debe reaccionar y cómo debe hacerlo para conservar su propio equilibrio o, lo que es lo mismo, para evitar su desequilibrio.

Cabe observar que no es meramente casual la consecuencia práctica de una eventual criminología construida sobre la base teórica del macro-funcionalismo sistémico alemán (siempre admitiendo que eso pudiese llamarse «criminología»), pues viene a coincidir con las conclusiones de un conocido escritor de la criminología de la «nueva derecha» norteamericana, que cabe suponer que no conoce a Luhmann: James Q. Wilson. Este autor, en opinión que más recientemente corrigió (ver Wilson-Herrnstein) ante la imposibilidad de salvar la contradicción en que caía por falta de base teórica (quizá la lectura de Luhmann se la hubiese proporcionado), afirmaba que era práctica-

mente inútil perseguir las «raíces causales» del delito, porque «la demanda de soluciones causales es un modo de postergar alguna acción o de criticar alguna política. Se trata de un defecto de entendimiento que inevitablemente distrae la atención de aquellas pocas cosas que el gobierno puede hacer razonablemente bien y la orienta hacia aquellas muchas cosas que no puede realizar en absoluto» (Wilson). Con esto puede pretenderse que no hay causas del delito, que si las hay son desconocidas o que si se las conoce no interesan, pero esto parece que no es obstáculo para que Wilson, casi de inmediato, se dedique a atribuir el crecimiento del número de delitos en los Estados Unidos a la «quiebra moral» de los años veinte, al reemplazo de la moral del siglo pasado por la «ética de la auto-expresión», a Freud, a la antropología comparada y a Margaret Mead, al triunfo de la auto-expresión sobre el autocontrol, «a la exaltación de los derechos sobre los deberes, de la espontaneidad sobre la lealtad, de la tolerancia sobre la conformidad, de la autenticidad sobre la convención». Está demás decir que el discurso criminológico de Wilson es paupérrimo, hasta el punto que, después de toda esta moralina sin originalidad, no sabe cómo vincularla al aumento de la criminalidad norteamericana, particularmente porque se encuentra frente a una distancia temporal de cuatro o cinco décadas. Sin embargo, Luhmann podría facilitarle la respuesta: lo que generaría el fenómeno que alarma la moral «nacionalista» de Wilson es un aumento de expectativas, una complejización que genera una disminución de poder peligrosa para el equilibrio del sistema, sin que interese si es «causa» o no del aumento de la cantidad de delitos. Como vemos, estas expresiones de las «nuevas derechas» no se preocupan ya por una criminología etiológica tácitamente legitimante y menos aún por una criminología cuestionadora del sistema, sino que parten de una legitimación expresa del sistema y sólo les interesa lo que puede hacerse para mantener su «equilibrio». Frente al paradigma etiológico y al paradigma de la reacción social, la versión macro-sistémica de Luhmann (y su incoherente correlato norteamericano de Wilson) alzan el paradigma de la represión necesaria para el sistema. A esto cabe agregar que la mutabilidad de los límites del sistema impiden una fijación objetiva

de lo necesario para su equilibrio, porque es el propio sistema el que va marcando sus límites; podría decirse que en la práctica alzan el «paradigma de la represión que el sistema quiere».

Cabe consignar que el macro-funcionalismo sistémico no surge en Alemania como una irrupción extraña y completamente insólita, sino que su discurso penal y su particular «criminología» se fueron instalando en el curso de una pugna entre un discurso jurídico-penal basado en la pena retributiva con acentos kantianos, aunque desconociendo la garantía liberal del bien jurídico (pretensión de tutelar pautas morales), que se materializó en el «Proyecto Oficial» de 1962, y otro discurso jurídico-penal fundado en la pena preventivo-especial, que liberalizaba en cierta forma el anterior, pero con marcados elementos pragmáticos (ver Moccia), lo que, ante la desilusión europea respecto de la prevención especial dejó expedito el camino para la famosa «prevención-integración» inspirada en Luhmann.

Las escasas o casi nulas consecuencias criminológicas positivas del funcionalismo y de su recepción alemana obedecen a que «todo lo más que el funcionalismo representa es una mera reagrupación de ideas que ya estaban dadas y a las que concede un nuevo acento. Esta es una de las razones por las que, cuando se formula un programa funcionalista, éste suele parecer o bien un antiguo error o bien algo que siempre se ha sabido» (Martindale, 544). La originalidad de la construcción de Luhmann —y quizás su única ventaja— es que es menos encubridora, al igual que la ideología de la seguridad nacional (cfr. García Méndez, 242), es decir, que es mucho más franca en cuanto a sus propósitos, a veces podría decirse que casi cándidamente sincera.

5. EL FUNCIONALISMO SISTEMICO Y LA DOGMATICA PENAL

En el discurso jurídico-penal extraído de Luhmann se considera que el delito simboliza una falta de fidelidad al derecho, que lesiona la confianza institucional y, por ende, la pena se hace necesaria para restablecer la confianza en el derecho (Jakobs, 6).

Este discurso jurídico-penal sostiene una pena que se justifica sólo por la necesidad de equilibrar el «sistema» o sea, de mantener al organismo, archivándose los argumentos de prevención general y de prevención especial. No se trata de prevención general, porque no se busca que los terceros no infractores se abstengan del delito, sino que confíen en el derecho, aunque éste no sirva para que nadie se abstenga de nada. Surge, pues, un discurso jurídico-penal en que «los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la pretensión punitiva del Estado frente al individuo, esto es, el principio del delito como lesión a bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen definitivamente quebrados y sustituidos por elementos de una teoría sistémica en que el individuo ya no es el centro y el fin de la sociedad y del derecho, sino un 'sub-sistema físico y psíquico' (Jakobs, 385), valorado por el derecho en la medida de su rol funcional frente al sistema social general, como todos los otros sub-sistemas» (Baratta). La pena —y por ende el derecho penal— como instrumento de conservación de la confianza en las instituciones, da lugar, por esta vía, a *la pretendida «nueva teoría de la pena» conocida como «prevención-integración»*, que poco tiene de nueva, porque no es más que un confuso resultado de neo-organicismo mezclado con el funcionalismo de Durkheim, el pensamiento sistémico de Parsons y algunas ideas hegelianas, aunque con mucho menor vuelo teórico que sus fuentes, con muchas más contradicciones y lagunas, es decir, con todas las características propias de un pensamiento cuyo bajo nivel de abstracción —frecuentemente oculto bajo un alto nivel de oscuridad expresiva— no hace más que poner de manifiesto su carácter *decadente*.

Como es sabido, cada concepción de la pena importa una concepción del derecho penal. Si bien en la historia del pensamiento penal hubo casos en que una formulación de la teoría de la pena no se tradujo en una entera teoría del derecho penal, ello se debió a falta de desarrollo teórico meramente coyuntural. Siguiendo esta premisa, el funcionalismo sistémico, al generar un concepto de pena, ha tenido ya numerosas manifestaciones dogmáticas, sin que nos sea posible se-

ñalarlas aquí en su totalidad (ver Baratta). Nos limitaremos a señalar algunas de ellas y a destacar brevemente sus consecuencias, particularmente en su proyección y en nuestro margen latinoamericano, o sea, las perspectivas de una dogmática jurídico-penal inspirada en el pensamiento sistémico desde nuestro margen y dentro del marco de la dependencia.

a) Como es natural, la primera consecuencia del pensamiento sistémico en dogmática penal es el opacamiento del concepto de «bien jurídico». Para los sistémicos, la norma puede tener un fin, pero cumple una «función» que no coincide con el fin y, por ende, lo tutelable es esa función, o sea, que el delito es la lesión a esa función, con lo cual reaparece la idea de la «dañosidad social» del viejo organicismo. La construcción del «bien jurídico» sobre esta base se debe principalmente a Knut Amelung. Es necesario observar que este corte entre «fin» y «función» de la norma nos acerca peligrosamente a la tesis de Wilhelm Gallas en tiempos del nacional-socialismo, lo que nada tiene de extraño, si tenemos en cuenta la cosmovisión organicista que subyacía y nutría la idea de «comunidad biológica» nazista. Extremando este razonamiento llegamos a la conclusión de que cuando se realiza una acción descripta en un tipo penal (conforme a una interpretación exegética del tipo) poco importa que se haya afectado o no el objeto que la norma quiere tutelar, porque pasa a primer término la desobediencia que desacredita la autoridad del estado.

El deslizamiento del concepto funcionalista del «bien jurídico» hasta estos extremos es sumamente sutil, tan sutil que es imposible contenerlo hasta llegar al absurdo, tales como las sentencias argentinas que afirmaron que la presencia de restos de marihuana en los bolsillos de un joven afectaba la seguridad nacional; o que en la hipótesis de que el poder ejecutivo incluyese el café en la lista de estupefacientes, tomar café sería delito; o que el conductor del vehículo de transporte público de pasajeros que no se detuviese en la parada indicada sino trescientos metros más adelante, cometía una privación ilegítima de libertad; etc.

La tesis de Jakobs, según la cual el limitado valor de la teoría del bien jurídico debe pasar siempre por el «filtro» de la «dañosidad social», muestra esta tendencia casi imposible de contener, porque afirma que por este filtro pasan normas que tutelan bienes jurídicos, otras que los crean y otras que se dirigen sólo a la protección de la «paz social», con lo cual el criterio final sería la «dañosidad social» y no la afectación de un bien jurídico (Jakobs, 37-8). La tesis de Otto sobre los bienes jurídicos como «unidades sociales funcionales» (*Sozialen Kunktionseiheiten*) y como una *geistige Realität* es bastante más prudente, pese a partir de análogo marco teórico (Otto, 60-61).

b) Desde el ángulo funcional sistémico, Roxin ha construido su implicación de la política criminal en el sistema del derecho penal y creemos que sus consecuencias más graves aparecen al desarrollar su concepto de culpabilidad, que queda altamente confundido con la punibilidad, pues al derivarla de la teoría de los fines de la pena, la distinción deviene casi imposible. No podemos ocuparnos aquí del concepto de culpabilidad de Roxin y menos aún de su crítica pormenorizada, pero podemos observar que si Roxin aproxima hasta confundir su concepto de culpabilidad con el de punibilidad, ubica la «conciencia de la ilicitud» en el tipo subjetivo y sustenta la tesis de los elementos negativos del tipo, basta con llamar «punibilidad» a lo que él llama «culpabilidad», «culpabilidad» a lo que él llama «tipo subjetivo» e «injusto» a lo que llama «tipo objetivo», para estar de nuevo en el sistema de Liszt, sólo que ahora no por vía organicista, sino sistémica. La derivación de la culpabilidad de los fines de la pena lleva también a Roxin a una etización de las motivaciones, como en el caso del desistimiento de la tentativa, que llenaría de felicidad a Garofalo.

c) Aunque no podamos desarrollar aquí todas las consecuencias, no cabe duda que la asignación de un objetivo legitimante de «tutela de funciones», de «neutralización de la dañosidad social» entendida como disfuncionalidad, de pena como respuesta al «mal ejemplo» y, en definitiva, la idea de Luhmann de «normalizar» para equilibrar el sistema, no puede menos que hacer marchar a la dogmática en el sentido de minimizar cada vez más lo objetivo en el derecho penal y acen-

tuar lo subjetivo, pero no como parte de la realidad de la acción, sino lo subjetivo como *geistige Realität* también, o sea, como éticamente desvalorado. Son disfuncionales las conductas que expresan un ánimo perturbador del sistema. El derecho penal tiende a ser una suerte de reglamentación para la educación de los que no fueron educados bien y el delito el mero signo de esta «mala educación». Se trata de una función de disciplinamiento social que se acerca a la teoría del «acto sintomático» y si no cae francamente en ella o la sobrepasa, ello sería más bien por razones prácticas, como lo hacía Bentham cuando afirmaba que no podía penarse todo lo inmoral, simplemente por la dificultad que acarrearía. De lo contrario, por este camino puede afirmarse sin lugar a dudas que dos acciones idénticas, pueden dar lugar a que una de ellas sea calificada como delito, si la comete un «enemigo» del sistema con ánimo perturbador y evidenciando con ello su «mala educación», en tanto que la otra, cometida por un «amigo» del sistema, que no revela ese ánimo ni esa disposición, pudo cometer la otra, que no debe considerarse delito.

Es curioso observar cómo a la hora en que una parte importante de la dogmática penal alemana se lanza por el funcionalismo sistémico con acentuados ecos de pragmatismo, el pensamiento anglosajón o, al menos, una parte importante del mismo, como Hart, por ejemplo, procura incorporar elementos de antropología filosófica, aunque no los llame de esa manera.

Creemos que la dogmática de cuño sistémico cumple hoy la función de reintroducir los criterios del positivismo peligrosista desde una base teórica más idealista y, por ende, menos contaminada con el organicismo racista cuyo uso «científico» fue admitido mientras cubrió la empresa colonialista del siglo XIX y parte del presente, hasta que se tornó «camino prohibido» a partir de la Segunda Guerra Mundial. Primero fue el «estado de pecado» («teológico»), luego el «estado peligroso» («científico»), y ahora es el «estado de no reductibiliad disfuncional al sistema», no menos «científico» que los anteriores. Por ello la solución fue, primero la «expiación», luego la «medida de seguridad» y ahora el «tratamiento normalizador». De allí que el delito

haya sido siempre un síntoma: del pecado, de la peligrosidad o de la disfuncionalidad. La dogmática penal parece ir a la zaga de estas concepciones organicistas, que no son más que ideologías generales de distintos momentos del poder mundial. El «liberalismo» (Feuerbach, por ejemplo), no fue más que un momento coyuntural en que una clase necesitó ese discurso de justificación para desplazar a otra, pero cuando la desplazó, volvió al organicismo, sólo que en envase «científico». Pero los que ocupamos el margen debemos tener bien presente que nuestro «estado de pecado» sirvió para que nos conquistaran, para que eliminaran a la mayor parte de la población originaria y para que importaran a los negros como esclavos; que nuestra «peligrosidad» sirvió para que nos tiranizaran las oligarquías proconsulares del poder central en parodias de repúblicas hasta entrado nuestro siglo; y que ahora nuestra «disfuncionalidad» sirve para consolidar nuestra dependencia periférica.

La parcialización del saber, la compartimentalización académica, la epistemología depurada y rigurosa, no son más que los obstáculos que el poder le coloca al saber, para impedirle acceder a estas relaciones más amplias. Tratar de expresarlas no es de «buen tono», no reviste rigor científico, es «pecado —o crimen— de lesa ciencia», que conlleva la estigmatización como «anti-científico» o «intucionista», que refuerza nuestro complejo de subdesarrollados y lleva a nuestros intelectuales a ser frecuentemente más cuidadosos que los autores centrales, en su afán por evitar el etiquetamiento que les excluiría o dificultaría la admisión en los círculos de «científicos serios».

6. LAS PERSPECTIVAS DE LA RECEPCION ALEMANA DEL NEO-ORGANICISMO SISTEMICO Y NUESTRO MARGEN

Hemos señalado que la teoría de Luhmann es un equivalente central de la teoría de la seguridad nacional. Se ha afirmado a este respecto, que el capitalismo pasó por una primera etapa de *laissez-faire*, por una segunda del «bienestar social» y que está entrando en la tercera,

que sería el «capitalismo de la seguridad nacional», lo que sería válido tanto para el centro como para la periferia (cfr. Holland). En principio, creemos que esta esquemática afirmación es certera, puesto que las contradicciones del capitalismo, tanto en el centro como en el margen, están generando una tendencia a la violencia indiscriminada a nivel planetario, esto es, en los llamados «primero», «segundo» y «tercer» mundo y no únicamente en el último. La única observación que nos merece este aserto es que no creemos que deba limitárselo al capitalismo, sino que nos parece que la observación es válida para toda la sociedad industrial, pese a que sea evidente la necesidad de reconocer diferencias entre las relaciones de poder de los sistemas de *economía descentralizada* y los de *economía centralizada*.

No obstante, el nivel de conflictividad en los países centrales (y especialmente en Europa y Japón) es relativamente bajo, comparado con el de nuestro margen, por lo cual si bien el control social hace frente a un aumento de conflictividad, de momento no tiene razones para alcanzar los niveles de violencia de nuestro margen, donde el control debe ejercerse sobre la mayoría carenciada. De allí que la tesis de Luhmann pueda cumplir esta función en el centro, permitiéndose un nivel de sinceridad desmistificadora que no conoce la doctrina de la seguridad nacional, que parte de presuponer el consenso y la homogeneidad social en Latinoamérica, lo que es ridículo (cfr. García Méndez, 120-1). De allí que se haya afirmado que si se conociese la teoría de Luhmann en nuestro margen y se echase mano de ella para justificar nuestro control social represivo, se la rechazaría a nivel general, aunque se aceptasen sus «formulaciones relativas al desarrollo de técnicas de control social para el gobierno de la crisis» (idem, 119).

La realidad a controlar en nuestro margen es más contradictoria y antagónica que la central, y la tarea de vestir como «seguridad nacional» una empresa de consolidación de estructuras de dependencia mediante la desintegración comunitaria requiere un juego de birlibirloque tan extremo que sólo puede cumplirse con una colección de parches argumentales mal unidos (buen ejemplo de ello es Domínguez, 704-717; sólo recubierto con sofismas y lenguaje de tecnocracia

jurídica, Bayardo Bengoa, 1975). De allí que existan notorias diferencias entre la teoría de Luhmann y la ideología de la seguridad nacional, que básicamente se centran en que la «fagocitación» del hombre por el sistema en Luhmann es preferentemente manipuladora y sólo en última instancia violenta, lo que no sería posible en nuestro margen, donde las grandes contradicciones y la enorme polarización de riqueza impiden el mismo grado de manipulación. Pese a ello reconocen elementos comunes muy importantes: en ambas la seguridad asume un valor supremo; ambas presuponen el consenso; en ambas el enemigo desempeña un papel protagónico, aunque más central en la seguridad nacional; en ambas la función primordial es la neutralización de los comportamientos molestos (cfr. García Méndez, 129).

De cualquier manera, la tesis de Luhmann no deja de proyectar una sombra siniestra sobre nuestro margen. En este momento parecen haber pasado de moda los regímenes abiertos de seguridad nacional, aunque, claro está, permanecen y se agudizan muchas contradicciones. El «estado de excepción permanente» de que habla García Méndez parece estar instalado en casi todo nuestro margen y la deslegitimación del discurso jurídico-penal es poco menos que innegable. La teoría de Luhmann no dejaría de ser apta para fabricar un nuevo discurso de justificación que barriese con las pocas trabas que aún mantiene, en muy limitada medida por cierto, el discurso más o menos liberal en lo jurídico-penal. Esto no se ha producido, pero no porque el neo-organicismo del funcionalismo sistémico no lo permita, sino porque la pobreza franciscana del discurso jurídico-penal conservador latinoamericano no alcanza el nivel de abstracción teórica de Luhmann. Hasta ahora tampoco le fue necesario un discurso con mayor coherencia, toda vez que el poder en nuestro margen fue ejercido con un increíble nivel de violencia abierta, que le permitía valerse de niveles discursivos groseros, frecuentemente repetidos en los propios centros de reproducción ideológica, esto es, en las propias universidades. Ante el cambio de situación que plantean los regímenes constitucionales de los últimos años, donde muchos —no todos, por cierto— renuncian o controlan la violencia abierta contra disidentes, pero

mantienen —prácticamente todos— elevados grados de violencia en los órganos del sistema penal, ahora dirigida sólo contra las mayorías carenciadas, no podemos descartar que elementos inorgánicamente tomados del discurso de Luhmann o de sus seguidores, se amontonen con los restos discursivos del positivismo, del retribucionismo más idealista y hasta de la «teocracia» integrista y del racismo, para debilitar las garantías que aún restan en nuestros discursos jurídico-penales o los argumentos de quienes pretendemos defenderlas.

El efecto paradojal de esta posible influencia sería una contribución a la deslegitimación del discurso jurídico-penal latinoamericano. Pese a que no podemos explicar aquí detalladamente nuestra percepción del fenómeno, digamos brevemente que no creemos que el verdadero sistema penal latinoamericano sea el «formal», esto es, el que pasa por los jueces, sino que el verdadero ejercicio de poder del sistema penal para nosotros es el configurador (en el sentido de Foucault), el ejercido por las agencias policiales militarizadas, desde los orígenes mismos de los sistemas penales latinoamericanos, que fueron claramente militares (las ordenanzas de levas para «vagos y malentretenidos»). El discurso jurídico-penal es para uso de jueces y partes, o sea, para un segmento limitado de un poder ya muy limitado: si el sistema penal «formal» es la justificación —o base justificadora— del verdadero ejercicio de poder que hay en el sistema penal, incluso dentro de esa función secundaria, de ese poder reducido y justificador, el segmento judicial cumple una función también secundaria en el proceso selectivo, porque también aquí la principal función selectiva se la reservan las agencias policiales. Como para la credibilidad de la propaganda del sistema penal es necesario que haya un mínimo de realidad, el discurso jurídico-penal surte un efecto mínimo (el indispensable para no hacer totalmente increíble la justificación del poder normalizador militarizado). Dentro de este efecto mínimo, los juristas progresistas, los abogados prácticos y los jueces democráticos, procuran defender las garantías de los pocos que quedan atrapados en el sistema penal formal, con lo cual caen en el juego de sostener el discurso jurídico-penal como verdadero, porque es el

único instrumento de que disponen para defender los Derechos Humanos en ese limitadísimo campo que el poder les concede. No obstante, esto no significa que el discurso jurídico-penal liberal sea verdadero en América Latina, sino que tiene una eficacia muy limitada, pero que puede hacerlo creíble a un sector progresista que teme quedarse sin ese mínimo instrumento. Si vienen elementos sistémicos a debilitar esta eficacia ya doblemente limitada (por pertenecer a un ejercicio de poder secundario para el sistema penal y por ejercer una función selectiva secundaria dentro de este ejercicio), no harían más que acelerar la deslegitimación del discurso jurídico-penal ante esos sectores progresistas que aún lo sostienen como verdadero.

A nuestro juicio la clave está en percibir la diferencia entre el valor instrumental y el valor de verdad del discurso jurídico-penal latinoamericano, para establecer una táctica, dado que la estrategia estaría definida por los Derechos Humanos. Si el discurso jurídico-penal latinoamericano no se ha deslegitimado en forma generalizada y radical, es porque la diferencia entre ambos valores no se percibe claramente: si en el momento en que alguien está a punto de matarme, el grito de una lechuza hace desistir al asesino, que cree firmemente en el anuncio de mal presagio y muerte de ese grito, bendeciré el resto de mi vida la oportunidad del paso de la lechuza, pero no por eso daré por cierta la vinculación de las expresiones de las lechuzas enamoradas con los malos presagios.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ABBAGNANO, N.: *Dizionario di filosofia,* Torino, 1980.

ALEXANDER, Franz y STAUB, Hugo: *Der Verbrecher und seine Richter,* Wien, 1929.

ANIYAR DE CASTRO, Lola: *Resumen del pensamiento de Niklas Luhmann,* mult., s.d.

AMELUNG, Knut: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft,* Frankfurt, 1972

BAYARDO BENGOA: *Protección penal de la Nación,* Montevideo, 1975.

BARATTA, Alessandro: «Integrazione-prevenzione.Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica», en *Dei delitti e delle pene,* 1, 1984.

COHEN, Percy S.: *Teoría Social Moderna,* Río de Janeiro, 1976.

MARTINDALE, Don: *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas,* Madrid, 1979.

————: *La sociedad norteamericana,* México, 1970.

DOMINGUEZ, Carlos Horacio: *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva,* Buenos Aires, 1980.

DURKHEIM, E.: *De la división du travail social,* París, 1893.

FOUCAULT, Michel: *Microfísica del poder,* Madrid, 1980.

————: *Historia de la sexualidad, 1, La voluntad de saber,* Madrid, 1980.

GOULDNER, Alvin W.: *La sociología actual: Renovación y crítica,* Madrid, 1979.

————: *La crisis de la sociología occidental,* Buenos Aires, 1979.

PARSONS, Talcott: *The Social Systems,* New York, 1966.

HOLLAND, Edward Joseph: «La crisis económica en los países del Atlántico Norte», en *Concilium,* 161, enero de 1981.

GARCIA MENDEZ, Emilio: *Autoritarismo y control social. Argentina, Uruguay, Chile,* Buenos Aires, 1987.
HART, Herbert L.A.: *Responsabilità e pena,* Milano, 1981.
JAKOBS, Günther: *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Berlín, 1983.
LAZARSFELD, Paul F.: en Piaget y otros. *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales,* Madrid, 1973.
LUHMANN, Niklas: *Rechtssoziologie,* München, 1972.
————: *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* Madrid, 1983.
————: *Fin y racionalidad en los sistemas,* Madrid, 1983.
MERTON, Robert K.: *Teoría y estructura sociales,* México, 1964.
MOSCONI, Giuseppe A.: *La norma, il senso, il controllo,* Milano, 1986.
MOCCIA, Sergio: *Politica criminale e riforma del sistema penale,* Napoli, 1984.
OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. Ein Lernbuch,* Berlín, 1976.
GALLAS, Wilhelm: «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung», en *Festschrift für Graf von Gleispach,* Berlín. 1936.
ROXIN, Claus: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* Berlín, 1973.
SALDAÑA, Quintiliano: *La nueva criminología,* Madrid, 1936.
WILSON, James Q.: *Thinking about crime,* New York, 1975.
WILSON, James Q. y HERRNSTEIN, Richard J.: *Crime and Human Nature,* New York, 1986.

LA CULPABILIDAD EN EL SIGLO XXI

1. LA DESTRUCCION DEL DERECHO PENAL LIBERAL O DE GARANTIAS

LOS PENALISTAS liberales de la primera mitad del siglo XIX trataron de construir un derecho penal de acto, como correspondía a su visión del mundo. Establecida la burguesía en el poder en la segunda mitad del siglo pasado, comenzó una tarea de verdadera destrucción del derecho penal liberal[1] que alcanzó su máxima expresión autoritaria con el peligrosismo, penetrando en este siglo con esta versión y con la variante espiritualizada del tipo de autor (*Tätertyp*) y de la culpabilidad del autor (*Täterschuld*)[2].

Por debajo de todos los debates y matices que oscurecen la visión de fondo, las múltiples y contradictorias teorías que se mueven vertiginosamente no hacen más que enturbiar las aguas y ocultar un profundo *Talweg* o cauce divisorio de aguas profundas, que separa al derecho penal liberal, garantista o *de acto*, del derecho penal autoritario, ilimitado o *de autor*.

Las *dos concepciones básicas* que se enfrentan corresponden a dos diferentes concepciones de la sociedad, del estado y del poder punitivo. El *derecho penal liberal* concibe una sociedad de hombres que eligen su vida, que existen y a los que se les prohiben ciertos actos, cuya realización es la única que justifica el ejercicio del poder punitivo en la estricta medida de la imputación objetiva y subjetiva del acto. Las distintas versiones del *derecho penal autoritario* conciben a la sociedad como una estructura de hombres que sólo pueden elegir su

---

1 Una visión amplísima de esta destrucción la proporciona Luigi Ferrajoli: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.

2 Sobre ello, Karl Engisch: «Zur Idee der Täterschuld», en: *ZStW*, 1942, 170; Paul Bockelmann: *Studien zur Täterstrafrecht*, Berlín, 1940.

vida —existir— dentro del marco de las opciones que les permite una super-opción que es de carácter social y a los que se les prohiben todas las demás formas de vida o elecciones existenciales, siendo los actos prohibidos meros síntomas de estas elecciones o formas de vivir, de existir o de ser prohibidas.

En cuanto a la justificación del derecho penal autoritario, ha habido dos grandes vías racionalizadoras: una que corre por cuenta del positivismo evolucionista (Spencer, Darwin, Haeckel, Moleschott, Lombroso y Ferri), en tanto que la otra lo hace por la de una «deglución penal» muy particular de elementos de la ética aristotélica. Por vía del positivismo se inventa el *estado peligroso* y por la aristotélica un *estado de pecado penal*[3]. El positivismo realizó su labor de destrucción del derecho penal liberal *reemplazando a la culpabilidad por la peligrosidad*, en tanto que el espiritualismo la *reemplazó por el reproche a una vida o existencia prohibida.* Para cualquiera de ambos la prohibición se degradó a *síntoma* de un *estado*, de modo que su individualización estricta perdió importancia, dado que lo prioritario era el *estado* (de peligro o de pecado). En el plano procesal, la relativización de la importancia de la precisión individualizadora del hecho llevó a la necesaria relativización del principio acusatorio, con su delimitación clara del objeto procesal y, por ende, fomentó un fortalecimiento del principio inquisitorio, o sea, que fue propicio al retroceso del proceso penal garantizador, con nítida división de las tres funciones, y al avance de la concentración de estas funciones en un único órgano estatal.

2. LA SITUACION ACTUAL

Prácticamente a lo largo de todo el siglo XX se siguió viviendo esta lucha entre el derecho penal liberal y el derecho penal autoritario. Los *Tätertypen* se reprodujeron, tales como «reincidentes», «habituales»,

---

[3] Expresamente, Giuliano Allegra: *Dell'abitualità criminosa*, con prefazione dell'Avv. Prof. Eugenio Florian, Milano, 1928.

«enemigos del pueblo», «enemigos de la nación», «parásitos», «enemigos del proletariado», «subversivos», «drogadictos», etc. Al amparo del *Tätertyp* de turno avanzaron las distintas versiones del derecho penal autoritario, que oportunamente retrocedieron para volver luego a la carga con otro *Tätertyp.*

Estamos viviendo el último cuarto de siglo bajo el signo de una gravísima parcialización del conocimiento. Por un lado, continúa la lucha entre ambas tendencias en base a diversos argumentos, que entroncan con los ejes reseñados. Por otro, las ciencias sociales nos están demostrando que el discurso jurídico-penal se elabora sobre *ilusiones* y *alucinaciones*, que estas ciencias desmienten rotundamente. Esto significa que las discusiones jurídico-penales se desarrollan sobre la base de argumentos que en el plano de la realidad social son falsos. Algunos —la mayoría— parecen preferir ignorar directamente los datos de la realidad, en tanto que otros —pocos— parecen desconcertados y en búsqueda de alguna explicación.

3. LA DIFICIL SITUACION DEL PENALISMO FINISECULAR

Estas son las condiciones bajo las cuales damos comienzo a la última década del siglo XX: con las embestidas de nuevas versiones (o caretas) del viejo derecho penal autoritario y argumentando con datos falsos acerca de la realidad.

Nos percatamos de que el poder punitivo no pasa sino ínfimamente por nuestras manos jurídicas, siendo ejercido en su parte troncal por las agencias ejecutivas, policiales y políticas. Vemos que hemos construido un discurso de justificación de nuestra propia reducción de poder jurídico; que el poder punitivo no previene conflictos ni los resuelve, sino que los multiplica; que ese poder extrae a los conflictos de su contexto y los oculta y complica; somos conscientes de que este poder causa un altísimo número de muertes y que reimplanta la tortura; sabemos que condiciona conductas criminales en lugar de prevenirlas; conocemos sobradamente que su máxima expresión, que es

la prisonización o enjaulamiento de personas en instituciones totales [4] o de secuestro [5] se ejerce sobre los sectores más carenciados de nuestras poblaciones y con selectividad clasista y racista; sabemos que la estructura de filtro selectivo del ejercicio de poder penal se burla de nuestro principio de igualdad; tenemos clara idea de que ese ejercicio de poder no cuida ni siquiera mínimamente nuestro pretendido principio de legalidad ni ninguna de sus manifestaciones. Aunque nos resistamos a admitirlo, la mala conciencia nos dice que la pena no cumple ninguna de las funciones preventivas que se le atribuyen ni puede cumplirla. Así llegamos al siglo XXI, *enredados en un discurso que debemos defender sólo porque es mejor que nada.*

Por cierto que no es nada lucido el papel intelectual del penalismo finisecular: comprometido con un ejercicio de poder cuestionado y deslegitimado, o tratando de contener ese ejercicio de poder con un discurso que sabe que es falso y con la consiguiente mala conciencia[6].

4. EL DESAFIO PARA EL DERECHO PENAL VENIDERO

Sólo un rápido giro discursivo puede llevarnos hacia el camino que nos evite el ridículo ante el siglo que ya viene y que proporcione a éste la pista de una salida. El ejercicio de poder punitivo no es más que eso: mero ejercicio de poder repartido entre muchas agencias o corporaciones. Nuestro poder jurídico, muy limitado, también lo es. *No nos incumbe la tarea de justificar el ejercicio del poder de las otras agencias, sino de ampliar el de las nuestras (jurídicas) y usarlo para hacer descender los niveles de violencia de todo el ejercicio del poder punitivo.*

---

[4] Su concepto sociológico en Erwin Goffman: *Manicômios, prisões e conventos*, São Paulo, 1974.

[5] La expresión es de Michel Foucault: *Microfísica del poder*, Madrid, 1979.

[6] No sólo existe la «mala conciencia del buen criminólogo» de que habla Massimo Pavarini (*Introduzione a... la Criminologia*, trad. de Ignacio Muñagorri, México, Siglo XXI), sino también la del «buen penalista».

Sobre esta base nos enfrentamos a la tarea de reconstruir el discurso jurídico-penal por analogía con el discurso del derecho humanitario. Creemos que es correcto partir de la premisa de que tanto la guerra como el ejercicio del poder punitivo, son ejercicios del poder deslegitimados, *frente a los cuales el limitado poder jurídico debe operar tratando de ampliar su ámbito y conteniendo su violencia.*

En el plano de la teoría del delito ¿cuál sería la táctica discursiva más adecuada a este fin? En principio, sin duda que lo es la recuperación más plena posible del derecho penal liberal o de garantías, no porque sea verdad su fundamento sobre la metáfora o ficción del contrato o de la guerra de todos contra todos, sino porque tiende a un control mucho mayor de la violencia del poder, su intolerancia a la irracionalidad de ese ejercicio es mucho mayor y por ende más limitativo de la violencia. Dentro de las pautas del discurso jurídico-penal de garantías, la decisión de los pocos casos que el poder punitivo selecciona y somete a la decisión de las agencias jurídicas, es menos violenta y garantiza *límites máximos de tolerancia de la irracionalidad.*

Creemos que el desafío que tenemos por delante es la reconstrucción del derecho penal de garantías sobre esta base [7] o sobre cualquier otra que no intente la re-legitimación del poder punitivo.

5. EL PANORAMA DEL DEBATE SOBRE LA CULPABILIDAD COMO SIGNO DE UNA CRISIS DE DISOLUCION DISCURSIVA

En este marco debemos preguntarnos cuál será el futuro de la culpabilidad en el siglo que viene. Para ello, es conveniente que pasemos revista al panorama actual del debate acerca de la culpabilidad, dentro de los discursos jurídicos que legitiman el ejercicio del poder punitivo, puesto que la crisis de esos discursos viene acentuándose en las últimas décadas y, a nuestro juicio, la gama de opiniones hetero-

---

[7] Trazamos este programa en: *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bs. As., 1989.

géneas e incompatibles en torno de la culpabilidad es uno de los signos más claros.

Se ha descartado la peligrosidad como fundamento de la pena y, con ella, la del derecho penal autoritario que se pretendió fundar sobre ese concepto. La diferencia entre el derecho y un simple orden coactivo no parece poder asentarse sobre otra base que la concepción de la sociedad como conjunto de personas responsables[8]. El apartamiento de la peligrosidad no está reducido ya a una simple cuestión de derecho penal, sino que hace al fundamento mismo del derecho y, en último análisis, del discurso jurídico político constitucional y del consagrado en los instrumentos mundiales y regionales de Derechos Humanos. La antropología jushumanista y constitucional democrática en todas sus variables y la antropología peligrosista, son radicalmente incompatibles.

A partir de esto, se reitera que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, como lo dice expresamente el parágrafo 46,1 del código alemán federal, el parágrafo 32,1 del austríaco y el artículo 72,1 del portugués, para no mencionar más que los últimos de Europa. Sin embargo, fuera de esta expresión verbal, el acuerdo parece terminar.

En efecto: para unos se trata de la «culpabilidad» a secas, pero para otros hay allí un concepto de «culpabilidad de cuantificación penal» (*Strafzumessungsschuld*) diferente de la culpabilidad del delito[9], lo cual, como se ha señalado, corre siempre el riesgo de convertirse en una culpabilidad de autor [10], lo que algunos autores admiten expresamente por la vía de un concepto mixto de culpabilidad (de acto y de autor), especialmente en la versión de «culpabilidad por la conducción de la vida» (*Lebensführungsschuld*)[11], denominación que

---

8 Anton Griffel: «Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit», en: *ZStW*, 1986, 31.

9 Así, Heinz Zipf: *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, p. 28.

10 Cfr. Wolfgang Frisch: «Gegenwärtigen Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik», en: *ZStW*, 1987, 349.

11 Así, Hans-Heinrich Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlín, 1988, p. 366.

inventó Mezger en 1938[12] y que corresponde a la «culpabilidad por la decisión de la vida» (*Lebensentscheidungsschuld)* de Bockelmann en 1940[13].

Por otra parte, en tanto que nos ven en la culpabilidad el fundamento de la pena —la mayoría—, otros prefieren ver en ella sólo un límite [14] y otros consideran que no sirve como límite ni como fundamento, por lo cual postulan su reemplazo [15]. Como puede observarse, no hay siquiera un acuerdo mínimo acerca de qué es y para qué sirve, pese a la disposición legal.

Esto habla por sí mismo de la *disolución doctrinaria del discurso jurídico-penal legitimante del poder punitivo.* El desacuerdo general sobre la pena y su función (y con ello acerca de todo el discurso penal, que depende a esta base) no puede menos que reflejarse sobre lo que se supone que debe ser su criterio de cuantificación punitiva. Como bien lo señala Bruns, la expiación, la compensación de la culpabilidad, la retribución del injusto, la prevención especial en la forma positiva de la resocialización mediante el mejoramiento, la educación y la cura, y la negativa del encerramiento y la disuasión, y la prevención general en la variante positiva del fortalecimiento de la conciencia de la antijuridicidad y la negativa de la disuasión general de los otros autores potenciales, cada uno de estos fines de la pena no sólo posibilita, sino que exige una determinada pena y una consiguiente cuantificación[16].

No se trata de desacuerdos de detalle, sino de desacuerdos básicos, que afectan los principios angulares en que se asienta o debe asentarse todo el edificio doctrinario: el fin de la pena, el del criterio cuantifi-

---

12 Edmund Mezger, en: *ZStW,* 1938, p .689.

13 Bockelmann, *op. cit.*, p. 153.

14 Así Roxin, *ZStW,* 1984, p. 651.

15 Günter Ellscheid y Winfried Hassemer: «Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Heftung», en: *Seminar abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, herausgegeben von Klaus Lüderssen und* Fritz *Sack,* Band 1. *Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik,* Frankfurt a.M., 1975, p. 266.

16 Hans Jürgen Bruns: *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis,* Köln, 1985.

cador, el de la culpabilidad como engarce entre las teorías del delito y de la pena. Todo va dando la sensación de una *necesidad cada vez más angustiante de racionalizar una práctica, sin acertar con el camino para hacerlo.*

Procuraremos aproximarnos un poco más a estos caminos dispares y contradictorios.

6. LA CULPABILIDAD EN SU VERSION VIGENTE MAS TRADICIONAL

Muchos son los autores que defienden el concepto de culpabilidad más próximo al tradicional, fundado en la idea de hombre libre y responsable, como un dato de realidad proveniente de los planos ético y moral[17]. Dentro de esta corriente pueden distinguirse varias versiones, pues en tanto que algunos se inclinan por una apertura hacia la culpabilidad de autor limitada[18], otros construyen la culpabilidad en forma tradicional o de acto, algunos la fundamentan en una omisión del control de impulsos primarios[19] y otros se mantienen en los cánones clásicos de la elección libre.

En tanto que algunos piensan en la libertad de elección como un sentimiento subjetivo de libertad[20], otros creen que esta libertad es un hecho, aunque se insiste en que para el derecho penal se trata de una «libertad relativa», afirmación que viene de antiguo y que se sigue repitiendo [21].

---

[17] Así, Hans Welzel: *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 142; Jescheck, *op. cit.*; Baumann/Weber, *Strafrecht. Allg. Teil*, 1985, p. 365; Herrmann Blei: *Strafrecht. Allg. Teil*, 1983, p. 176; Arthur Kaufmann: *Das Schuldprinzip*, 1976, p. 225; Stratenwerth: *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzip*, 1976, p. 29; Maurach / Zipf, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1987, 473; etc.

[18] Así, Jescheck, *op. cit.*, p. 366.

[19] Así, Welzel, *op. cit.*, también en *Das neue Bild.*

[20] Maurach / Zipf, *op. cit.*, 470.

[21] Ver Jürgen Tiemeyer: «Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschftlich gesicherten Schuldbegriffs», en *ZStW*, 1988, p. 545.

La cuestión de la libertad «relativa» es la que ahora algunos vinculan con la tesis de la falta de respuestas o de control de los estímulos instintivos en el delincuente, que de este modo gozaría de una libertad «relativa» mayor que la del ciudadano «común»[22], lo que, sin duda, reflota los viejos conceptos del primitivo psicoanálisis criminal de Alexander y Staub[23].

En líneas generales, se critica a esta tesis desde varios ángulos. En principio, se afirma que la libre determinación no es verificable empíricamente[24], para lo cual se apela al criterio de verdad de las ciencias naturales, lo que otros niegan, tratando de hacer de la libertad una cuestión moral o metafísica. La mezcla de planos es harto elocuente, porque es obvio que la psicología puede llegar a informarnos acerca del posible catálogo de conductas de una persona en una circunstancia, pero no puede decir nada acerca de la libertad como concepto filosófico. No obstante, también es cierto que no se puede medir ni graduar un concepto filosófico y que lo único mensurable es el dato psicológico.

Partiendo de la aceptación de la libertad de decisión «relativa» se elaboraron los conceptos de «marco» y de «ámbito» de culpabilidad para graduar la pena, que servirían para indicar un límite, pero que para muchos, que reafirman la imposibilidad de medición o la disparidad valorativa al respecto, no pasaría de ser un sofisma[25]. Se afirma así que la *Rahmenschuldstrafe* y la *Spielraumtheorie* no son teorizaciones con algunas fallas o carencias, sino que sirven para encubrir meras consideraciones preventivas[26], lo que parece acertado: en la medida en que se hable de culpabilidad como límite y sea arbitrario el manejo

---

22 Así, Haddenbrock, *JZ*, 1969, p. 123, cit. por Tiemeyer, *ZStW*, 1988, p. 545.

23 Franz Alexander y Hugo Staub: *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, Madrid, 1935; en sentido crítico, Rudiger Herren: *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973.

24 Es el punto de partida de la construcción de Roxin, *ZStW*, 1984, p. 643.

25 Frisch, *op. cit.* p. 362.

26 Así, Scünemann, *GA*, 1986, p. 309.

que se haga de la culpabilidad, lo que queda es claro que son meras consideraciones preventivas formalmente amparadas por un concepto hueco, por una «no garantía», por un «no límite».

7. UNA CULPABILIDAD A LA MEDIDA DE LA PREVENCION GENERAL NEGATIVA

Para evitar los inconvenientes de cuantificación del ámbito de libertad y de los problemas filosóficos que genera el concepto, es decir, para quitar del medio tanto a la psicología como a la filosofía, se intenta apelar a una «libertad para el derecho penal» construida más o menos expresamente sobre la idea de un «hombre normal»[27] a partir del concepto *preventivo general* de la pena. Se dice, por ejemplo, que «las penas estatales presuponen para su capacidad preventivo-general sólo que los hechos con los que se vinculan puedan entenderse como ejemplos de conducta defectuosa»[28].

Esta posición no es otra cosa que el primer paso hacia la «normativización» del contenido del concepto de culpabilidad. No se trata de la normativización de la culpabilidad —que data de 1907, cuando Frank redescubrió a Aristóteles—, sino de la *normativización de su contenido*: no sabemos si el hombre es libre y responsable, pero hay una libertad «penal», construida sobre la base de un hombre «normal» desarrollado y sano, construida a la medida de la prevención general.

Esta normativización del contenido de la culpabilidad a la medida de la prevención general choca con las objeciones que pueden formulársele a la prevención general, o sea, que *no se sabe si existe* y, en caso

---

[27] Así, Jescheck se refiere al «poder medio de actuar de un modo distinto» (*op. cit.*, p. 371); en análogo sentido Paul Bockelmann: *Strafrecht. Allg. Teil.*, München, 1979, p. 112.

[28] Eberhard Schmidhäuser: *Strafrecht. Allg. Teil.* Tübingen, 1982, p. 188.

de existir, *nadie puede medir su magnitud,* o sea que, trabajando sobre un concepto con contenido normativizado (una creación jurídica, que sería la propia prevención general) se gradúa la pena mediante otro concepto normativizado (que sería la culpabilidad) y, por ende, como ningún criminólogo está en condiciones de decir cuál es la pena adecuada para la prevención general, ésta sería la que el juez cree adecuada[29].

Todo lo anterior debe ser entendido sin desmedro de destacar que la prevención general es una idea que viola abiertamente la «regla de oro» kantiana[30], pues usa al penado como medio para disuadir a potenciales autores, o sea, para infundir miedo a los otros y, por este camino, su lógico final es la pena terrorista. «La prevención general, libre de todo ligamen con la idea de una justa retribución, llevada directamente al terrorismo penal. Se ha dicho bien que en la lógica de la prevención general hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos»[31]. Además, la mayor pena en razón de la prevención general viola claramente el principio de personalidad de la responsabilidad penal, puesto que la necesidad de esa hipotética y nunca probada prevención general dependería de la disposición de los otros para hacer lo mismo que hizo el autor, lo cual no pasa de ser un dato coyuntural y mutable y que nada tiene que ver con la conducta misma del autor ni con la concreta magnitud del daño causado.

8. EL ABANDONO DE LA CULPABILIDAD

Ante las dificultades que presenta un concepto filosófico para ser cuantificado psicológicamente (catástrofe epistemológica generada por la confusión de niveles de análisis), por un lado comenzó a abrirse

---

[29] Cfr. Frisch, *op. cit.*, p. 365.
[30] Ver: Mario Cattaneo: *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant,* Milano, 1981.
[31] Giuseppe Bettiol y Luciano Pettoello Mantovani: *Diritto Penale, Parte Generale,* Padova, 1986, p. 826; con cita de Guarneri.

paso la tendencia a la construcción normativa del contenido de la culpabilidad, o sea, a reducir a la misma al reproche jurídico de un objeto jurídico, lo que no es más que la consagración de la arbitrariedad judicial en nombre de una prevención general que tampoco nadie conoce, en tanto que, por otro lado, se volvió a postular el abandono del concepto mismo de culpabilidad.

A partir de la premisa de que las alternativas a la acción serían una hipótesis indemostrable y que la culpabilidad no parece ser el fundamento para la imposición de la pena sino el límite que la administración de justicia necesita para la imputación subjetiva, lo que en definitiva se plantea es la búsqueda de un «principio de proporcionalidad» (*Verhältnismässig-keitsgrundsatz*), que permanece como un problema sin resolver. De allí que la tarea sería la búsqueda y profundización de este principio, que reemplazaría a la culpabilidad[32].

Este principio de proporcionalidad, no obstante, queda sumamente nebuloso, porque, o bien se ancla en una proporcionalidad con el contenido del injusto, o bien vuelve a caer en una construcción artificial en función de limitados datos normativos escogidos a voluntad que, aunque no se llamen «culpabilidad», no pasarían de ser otra construcción jurídica de reemplazo. Siempre que nos mantengamos en la pretensión de legitimar la pena y el poder punitivo, tan poco razonable resulta fabricar una libertad «jurídico-penal» como tomar en cuenta más o menos los mismos elementos con que fabricamos ésta y bautizarla de otra manera.

A nuestro juicio, el mérito de quienes postulan el reemplazo de la culpabilidad por el principio de proporcionalidad estriba en que subrayan adecuadamente la función encubridora que cumple el concepto manipulado de la culpabilidad en el discurso legitimante del poder punitivo: destacan acertadamente que la culpabilidad, en ese discurso, al centrar la atención sobre el autor, sustrae al conflicto del marco

---

[32] Ver Ellscheid Hassemer, *op. cit.*; en sentido crítico: Arthur Kaufmann: «Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz», en: *Fest. f. Lange*, Berlín, 1976, p. 27.

de la interacción social, implicando la consagración jurídica de la teoría del «chivo expiatorio»[33].

Sin embargo, un reemplazo de la culpabilidad por una «proporcionalidad» con algunos caracteres subjetivos y objetivos del delito, no eliminaría la realidad del «chivo expiatorio» en el plano social, sino que sólo se limitaría a ignorarla en el jurídico, lo que, por cierto, no resuelve el problema del valor deslegitimante que la teoría del «chivo expiatorio» tiene sobre el discurso jurídico-penal.

9. LA CULPABILIDAD COMO LIMITE A LA PREVENCION ESPECIAL

La tendencia a convertir a la culpabilidad en un concepto jurídico relleno también jurídicamente en base a otro principio de igual naturaleza, se pone de manifiesto también por otra vía diferente. Ya vimos como se expresa a partir del *dogma de la prevención general.* Pues bien: otro sendero análogo se recorre por la ruta del *dogma de la prevención especial.* Según esta corriente, la libre voluntad no sería una realidad, sino un «principio jurídico regulativo». La Constitución y el derecho en general, al considerar al hombre como libre y responsable, no tomarían partido en la cuestión filosófica, sino que consagrarían un principio regulativo[34].

Las intervenciones punitivas, desde este ángulo, no se justificarían de otro modo que «político-criminalmente», o sea, en función de una simple necesidad preventiva, donde la medida de la culpabilidad sólo serviría como límite. De allí que no haya necesidad de que la pena siempre alcance el límite de la culpabilidad[35].

Se han formado varias críticas a esta posición. En principio, su más claro expositor —Roxin— parte de la indemostrabilidad de la libre

---

[33] Winfried Hassemer: *Fundamentos del Derecho Penal,* trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, p. 299.
[34] Roxin, *ZStW,* 1984, p. 643.
[35] *Idem,* p. 651.

determinación en función de un criterio de verdad científico-empírico. Siendo ello así, la libertad sería una suerte de ficción o de presunción. Un límite ficticio, creado por el derecho en la forma de «principio regulativo», no tendría más límite que el impuesto por él mismo y, en la medida que no abarque una realidad o se refiera a ella, quedaría «autosostenido». Nadie puede medir una ficción, simplemente porque la ficción es una «no realidad».

Todo esto debe ser entendido, sin perjuicio de considerar también que la libertad y la responsabilidad del hombre, en el plano jurídico-constitucional y político, no parece responder a una ficción[36]. Es algo bastante grave considerar que la dignidad del hombre, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de Derechos Humanos se asienta en una ficción y no en la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La diferencia entre un totalitarismo y una democracia quedaría reducida a una elección, en que el primero rechazaría y la segunda aceptaría un mero principio jurídico regulativo. La propia jurisprudencia alemana parece afirmar la realidad del contenido de la culpabilidad, al considerar que la pena perpetua no era adecuada a ella en alguna hipótesis de asesinato[37] y con razón se ha preguntado si el legislador puede ser tan omnipotente como para decidir apoyarse en un sentimiento —que en definitiva sería un error— para considerar justa la imposición de una pena[38].

Parece bastante contradictoria la tentativa de asentar la pena sobre la prevención especial (que es tan dogmática como la general), basándose en el determinismo, para luego limitarla en función de una ficción indeterminista[39].

---

[36] Griffel, *op. cit.* , p. 29.

[37] Jurisprudencia del BGH y del BVerf. GE cfr. Griffel, pp. 29-30.

[38] Griffel, *op. cit.*, p. 30.

[39] Un camino próximo a éste, aunque aceptando que el límite de la culpabilidad se puede reconocer y que la prevención especial no era sinónimo de determinismo, seguimos en nuestro *Tratado*. Aceptamos allí un reducido correctivo por vía de la peligrosidad, que luego abandonamos, para abandonar ahora todo intento de relegitimar la pena. Nos percatamos ahora que nuestra fundamentación de la pena en la prevención especial no era más que otra racionalización legitimante de una práctica que siempre es reproductora.

10. LA CULPABILIDAD A LA MEDIDA DE LA PREVENCION GENERAL POSITIVA

Por último, otro de los caminos recorridos en este afán normativizador del contenido de la culpabilidad es el *concepto funcionalista de la culpabilidad.* Entroncado con la tesis sistémica de Luhmann[40] se construye una «culpabilidad» a la medida de los requerimientos de la prevención general positiva, o sea, en vez de buscar como punto de partida el temor necesario para que los otros no delincan, parte de la búsqueda del reforzamiento de la confianza en el derecho por parte de los conciudadanos[41]. La afirmación de Jakobs, según la cual la culpabilidad es un derivado de la prevención, no se modifica con la aclaración de que «prevención general positiva significa, más bien, tomar en cuenta las exigencias de autoestabilización de los conciudadanos, que implica la atribución de culpabilidad al autor»[42], pues siempre se tratará de una construcción jurídica, que no toma en cuenta más dato de realidad que esa pretendida necesidad de autoestabilización, pues «el derecho penal no acepta ninguna culpabilidad antes de él, sino que la construye»[43], según la propia afirmación de Jakobs.

Este concepto de culpabilidad que mira hacia el futuro, o sea, en el efecto que la pena producirá en la generalidad al reforzarle su confianza en el derecho[44], se hace acreedor a varias observaciones. En principio, no deja de ser un concepto sistémico, que sobrepone el «sistema social» a la persona. En tal sentido da lugar a un *derecho penal transpersonalista.* En segundo lugar, es tan violatorio de la «regla de oro» kantiana —o cristiana— como el de la prevención general

---

40 Ver nuestro trabajo, «El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales», en *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor,* Sgo. de Compostela, 1989, p. 747.

41 G. Jakobs: *Strafrecht, Allg. Teil., Die Grundlage und ihre Zurechnungslehre,* Berlín, 1983, p. 439.

42 Franz Streng: «Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuld:begriff auf dem Prüfstand», en: *ZStW,* 1989, p. 273.

43 G. Jakobs, p. 439.

44 Sobre ello, Tiemeyer, p. 528.

negativa e igualmente lesivo del principio de personalidad de la pena, porque nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del resto con el hecho en sí mismo, ni depende en nada del comportamiento del autor. Por último, tampoco hay quien pueda medir esta hipotética necesidad de autoestabilización que, de este modo, se convierte en otro dogma que permite al juez imponerle la medida que su parecer le indique.

Además de lo dicho, se ha observado con razón que Jakobs da un inmenso rodeo, pero al final del mismo parece volver a colocar la libertad del autor nuevamente en el punto central de la cuestión[45], entre otras cosas porque el reforzamiento de la confianza en el derecho no podría menos que presuponer en los destinatarios de la norma la capacidad de adecuarse al derecho[46], dado que de lo contrario se identificaría nuevamente con el positivismo y degradaría al derecho a un mero orden coativo.

11. BALANCE: LA «CULPABILIDAD» COMO «NO CULPABILIDAD»

En definitiva, la cuestión que hoy nos plantea la culpabilidad no tiene solución: *Si no sabemos para qué se pena, no podemos saber cómo penar y la expresión «culpabilidad» no ha hecho más que dar un nombre a una disputa teórica.* Esta disputa oculta una *disputa de dogmas, que son las diferentes teorías de la pena.* Los dogmas de la pena no tienen contenido real, pues *son meras construcciones jurídicas que legitiman una práctica burocrático-judicial.* Ningún dato de realidad social confirma que la pena cumpla alguna función preventiva general o especial. Por el contrario, *los datos sociales indican que el poder punitivo tiene efecto reproductor.* Como la pena se construye conceptualmente fuera de todo dato de realidad, una tendencia pretende *construir una culpabilidad a la medida de los requerimientos de sus dogmas elegidos y*

---

[45] Lenckner, en: *Schönke-Schröder,* párag. 13.
[46] Tiemeyer, 551.

sin ningún contacto con los datos antropológicos. Eso, en definitiva, es una renuncia a la culpabilidad, por el camino de su reemplazo por la ficción.

Una culpabilidad a la medida de la prevención general, positiva o negativa, o de la prevención especial, es una «no culpabilidad». La juridización total del contenido de la culpabilidad es la negación de la esencia de la misma y también la negación de la esencia del concepto del derecho, entendido como un orden normativo dirigido a personas, o sea, a entes responsables por capaces de determinarse conforme a sentido. Creemos que esto no es más que otra prueba de que el discurso jurídico-penal legitimante no es compatible con las ideas angulares del jushumanismo[47]. La aislada propuesta de abandonar la culpabilidad para reemplazarla por un «principio de proporcionalidad» tiene la virtud de ser más sincera en este planteo, pero deja la situación tal como la había hallado.

La clave explicativa de esto radica en que *la práctica punitiva no es racional* y en que *el ejercicio de poder penal es un puro ejercicio de poder que no es susceptible de legitimación.* La pretensión de legitimar una práctica de poder irracional no puede menos que ignorar los datos de realidad que no son susceptibles de comprenderse en términos racionales. En el injusto, el discurso jurídico-penal puede mantenerse sobre carriles menos irracionales y generar mayores acuerdos, porque la teoría del injusto cumple la función de individualizar y circunscribir conflictos, pero cuando se trata de particularizar el conflicto en profundidad respecto de un autor concreto y decidirlo, como el modelo penal no permite resolverlo (dado que le falta una de las partes del conflicto, que nunca logró reemplazar satisfactoriamente el soberano), su racionalidad se quiebra. La *ficción básica de solución* que proviene de la «confiscación» del conflicto (expulsión de la víctima) impide la entrada de los datos de la realidad, hasta el punto de llevarle a renunciar a un dato elemental del derecho, esto es, a apartar al hombre como persona.

---

[47] Ver nuestro trabajo en: *Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 431.

La crisis de la culpabilidad es el resultado del fracaso del discurso jurídico-penal en su empresa por legitimar un ejercicio de poder sustancialmente irracional y que se asienta sobre una ficción de solución de conflictos. Su insuficiencia explicativa no es más que una muestra de la imposibilidad de su empresa: no puede ignorar por mucho tiempo más la realidad, porque ha llegado al extremo de negar al propio derecho. *Es imposible salvar el concepto del derecho mediante la afirmación de que las cosas no son como los penalistas dicen que son, pero los efectos penales son como no son.*

12. EL ABANDONO DE LA CULPABILIDAD DE ACTO POR SU ESCASA CAPACIDAD LEGITIMANTE

Cabe preguntarse si en realidad, el abandono del concepto más tradicional de culpabilidad, esto es, de la culpabilidad fundada en la aceptación *real* del hombre como persona, obedece a las razones científicas que se esgrimen o a razones «político-criminales» (es decir, a la imposibilidad de legitimar la práctica punitiva con un concepto clásico de culpabilidad de acto).

Nos inclinamos a creer que los argumentos críticos que llevan al rechazo del concepto tradicional de culpabilidad no tienen entidad. Un concepto filosófico no se destruye por medio de una hipótesis psicológica. La psicología no puede menos que buscar explicaciones y, por ende, debe presuponer, como cualquier ciencia, una concatenación comprensible de los hechos del universo científico que abarca, pero esto es un presupuesto inevitable del saber y no una «profesión de fe». Siempre resta un espacio que corresponde a lo que no se puede explicar satisfactoriamente más que por hipótesis, pero en modo alguno anula la idea de «responsabilidad».

El indeterminismo es tan indemostrable como el determinismo, sólo que toda investigación sobre el comportamiento humano debe presuponer que éste responde a reglas y regularidades, pero esta presuposición no tiene por qué implicar una pretensión de «demostrar»

el determinismo, o sea, la pretensión omnipotente de explicar la determinación de cualquier conducta, en cualquier momento, lugar y circunstancia.

La psicología, sin embargo, nos puede brindar elementos muy útiles para apreciar el grado de esfuerzo que una persona debiera haber realizado para comportarse de un modo diferente a cómo lo ha hecho en la circunstancia dada. Un psicodiagnóstico no es un certificado de «no responsabilidad», sino un elemento utilísimo para poder estimar la magnitud del catálogo de conductas alternativas posibles.

No es exacto que no pueda apreciarse la amplitud de este catálogo en el hecho ni que la acreditación de esto sea imposible en el proceso penal. Se trata de un aspecto fáctito tan susceptible de prueba como cualquier otro. La falta de entrenamiento judicial para practicarlo no implica en modo alguno su imposibilidad procesal. No es el único hecho en que el juez requiere asistencia e ilustración pericial.

Lo que nos parece más cercano a la realidad es que la culpabilidad así entendida no sirve para legitimar la práctica punitiva. No creemos que la tendencia hacia la juridización del contenido de la culpabilidad provenga de una insuficiencia de las ciencias de la conducta para brindar un criterio en los casos límite[48], sino de una insuficiencia de la culpabilidad de acto entendida en la forma tradicional e ilustrada por los conocimientos de las ciencias de la conducta, para legitimar las prácticas burocrático-punitivas.

En efecto, una culpabilidad de acto estricta —y no hay otra— debe llevarnos a consecuencias que parecen paradojales en relación con las prácticas punitivas, pero que son las únicas compatibles con el concepto de persona:

a) Cuando las características personales hagan que más se incline la persona a la realización del acto, la culpabilidad será menor (exactamente al contrario de lo postulado por el derecho penal de autor).

---

[48] Ver Tiemeyer, *op. cit.* Parece señalar este defecto, Roxin, en: *Fest. f. Bockelmann,* 1979, p. 291.

b) La culpabilidad de acto estricta no permite legitimar la práctica que pena más gravemente al más entrenado y asumido para el rol de enemigo de la sociedad y que, mediante esa criminalización secundaria irracionalmente desproporcionada con la culpabilidad del acto, refuerza la imagen pública del enemigo de la sociedad.

Dicho más brevemente: *creemos que el desconcierto y la disolución discursiva provienen de que al quebrarse la peligrosidad como discurso legitimante, no se encuentra otro que sirva para cumplir la función de legitimar la misma práctica.* Al convertirse en «caminos prohibidos» los discursos más sinceramente autoritarios del derecho penal de autor, se hizo manifiesta la anarquía y la insuficiencia explicativa de los otros intentos discursivos. La peligrosidad y la culpabilidad de autor salieron por la puerta, pero quieren entrar por la ventana con distintos nombres y rostros, porque la práctica no cambió, sino que se quedó sin discurso de justificación satisfactorio.

La práctica punitiva no puede apelar a la culpabilidad de acto del derecho penal liberal, porque las consecuencias de la punición conforme a ella son diametralmente opuestas a las de la peligrosidad y la culpabilidad de autor, que son las que explicaban su proceder: sigue procediendo de la misma manera, pero no encuentra el discurso que reemplace a los desprestigiados por su excesiva sinceridad.

La culpabilidad de acto no puede explicar la agravación por reincidencia ni ninguna otra que pretenda fundarse en una condena anterior[49], porque conforme a los datos de las ciencias sociales, cada intervención del poder punitivo limita aún más la autonomía de voluntad de la persona y su espacio social.

---

[49] El rechazo liberal de la reincidencia puede verse desde el Código Toscano de 1786 (Carlo Paterniti, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padova, 1985) y en Mittermaier, C.J.A., en nota a Feuerbach, *Lehbuch*, Giessen, 1847; en Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*, París, 1836; también en los autores citados por Ferrajoli, *op, cit.*: Morelly, Tissot, Pagano, Carmignani, etc.

13. LA DISYUNTIVA DE LA CULPABILIDAD

El futuro de la culpabilidad dependerá, en las actuales circunstancias, del futuro del ejercicio del poder punitivo y de la capacidad del derecho penal para reconstruirse como discurso.

En la medida en que el discurso jurídico-penal continúe siendo la justificación de un ejercicio de poder irracional y deslegitimado por el saber social, irán aumentando sus signos de disolución y se irá aislando progresivamente de los datos sociales, hasta llegar a cerrarse completamente en sí mismo y empequeñeciéndose, degradado a mera racionalización burocrática.

Si, por el contrario, el discurso jurídico-penal contiene suficientes reservas de salud para reaccionar y operar como una planificación del ejercicio de poder de las agencias jurídicas para contener y limitar el ejercicio del poder punitivo, para reducirlo progresivamente y llevarlo a sus expresiones mínimas con la utópica orientación hacia su cancelación o minimización extrema, el futuro de la culpabilidad debe partir de un retorno primario a la originaria culpabilidad de acto, como parte del derecho penal de acto, que es sinónimo de derecho penal liberal o de garantías.

14. PENA CONFORME A CULPABILIDAD DE ACTO NO ES PENA «JUSTA», SINO LA MENOS INJUSTA

Colocándonos en la segunda hipótesis, esto es, en la reconstrucción racional del discurso jurídico-penal, no debe pensarse que la recuperación del derecho penal liberal o de garantías como discurso limitador, implique una legitimación de la práctica punitiva adecuada a sus pautas. La deslegitimación del ejercicio de poder punitivo es prácticamente radical y el límite conforme a los principios del derecho penal de garantías lo único que logra es un descenso del nivel de irracionalidad y violencia de ese poder. Los límites garantísticos son

patrones del máximo de irracionalidad tolerable, que deben impulsarse en sentido reductor. La culpabilidad de acto, dentro de este cuadro, no es más que un límite a la irracionalidad. *Las penas graduadas conforme a ella, seguirán siendo irracionales, aunque mucho menos irracionales que las graduadas conforme al derecho penal autoritario.*

El derecho penal liberal operaría como una suerte de convenio de Ginebra para el tiempo de la política o de la paz. Esto no significa que las penas deban graduarse *necesariamente* conforme a la culpabilidad de acto, porque ésta no es un fundamento legitimante de la pena, sino que la pena, como parte del poder punitivo, siempre quedará deslegitimada. El respeto a las reglas sobre el trato de los prisioneros de guerra no legitima la guerra sino que se limita a ser el marco de un máximo de violencia tolerada. *La pena que pueda imponerse por debajo de ese límite siempre será mejor y menos violenta e irracional.*

De allí que el concepto de culpabilidad, *al menos en cuanto a su función cuantificadora penal,* deberá *complementarse* o *integrarse* con el dato fáctico de la posibilidad de reducir su valor indicativo. Creemos que la agencia judicial debe tratar de imponer la pena menor que las circunstancias permitan, procurando que ésta se halle por debajo del límite máximo indicado por la culpabilidad de acto, que sólo será *un límite máximo a la tolerancia de la irracionalidad sustancial de la pena.*

15. LA PROPUESTA DE UNA CULPABILIDAD POR LA VULNERABILIDAD

La cuantificación penal reconocería como límite máximo la culpabilidad de acto, pero no hemos explicitado con ello el correctivo fáctico que permitiría establecer penas por debajo de ese límite. A nuestro juicio, esto puede practicarse a partir *de la vulnerabilidad que la persona ofrece al ejercicio del poder punitivo.* Es un dato de la realidad que cuanto mayor es el esfuerzo que una persona ha hecho para hacerse vulnerable al ejercicio del poder punitivo, menor será el espa-

cio de la agencia judicial para bajar la pena del límite que le señala la culpabilidad, y viceversa[50].

De este modo, la cuantificación penal, consistente siempre en la tarea de imponer la pena menos violenta posible, arrojaría un límite máximo (magnitud «0») que estaría dado por la culpabilidad de acto. El espacio de poder de la agencia judicial para cuantificar la pena por debajo de ese límite (magnitud «-1», «-2», etc.) dependerá siempre del esfuerzo que haya hecho la persona por alcanzar la situación de vulnerabilidad en que lo ha sorprendido el poder punitivo, esfuerzo del que formará parte la magnitud del contenido injusto del hecho, entre otros datos (caracteres personales que corresponden o no al estereotipo, por ejemplo).

Una persona cuyas características personales coinciden con las del estereotipo criminal, basta con que incurra en un injusto leve para que sea vulnerable. Por regla general, la vulnerabilidad alcanzada con poco esfuerzo concede a la agencia judicial un espacio de poder muy considerable para imponer penas mínimas o muy leves, sin que las restantes agencias de poder punitivo tengan argumentos o elementos para criticarla y desprestigiarla. Inversamente, ante esfuerzos muy grandes, la agencia judicial carece de poder para proceder de igual forma. Partiendo del principio de que *la pena más leve es la menos violenta*, la agencia judicial tiene poder en el primer caso para bajar a magnitudes -1, -2, etc., en tanto que no puede hacerlo en el segundo, so pena de sufrir desprestigio, críticas y pérdida de poder, caso en el que no le restará otro medio que mantenerse cerca de la magnitud «0» (indicada por la culpabilidad de acto).

Es posible pensar en una culpabilidad de acto pura como carácter del delito y en una culpabilidad por la vulnerabilidad (culpabilidad de acto corregida con el dato fáctico del esfuerzo por la vulnerabilidad) como culpabilidad de cuantificación penal (*Strafzumessungsschuld*).

No obstante, no creemos que sea conveniente esta división, pues no descartamos la posibilidad de un efecto de la consideración del es-

---

[50] Hemos enunciado este criterio en *En busca de las penas perdidas*, cit.

fuerzo por la vulnerabilidad dentro de la propia teoría del delito, como un camino para impulsar judicialmente la descriminalización de injustos menores, pero que de cualquier manera no puedan ser excluidos en función del principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico.

Nos parece que constituye un claro caso de *punición aberrante* que una persona que halla un paquete de golosinas en la calle sea condenada por apoderamiento de cosa perdida cuando su culpabilidad se halla reducida por su condición social y por su motivación en llevarlo a sus niños y el esfuerzo para alcanzar la vulnerabilidad por un injusto tan reducido y con culpabilidad de acto tan baja, haya sido ínfimo, pues lo determinante fue justamente su condición social, que lo hace «sospechoso» al poder. Es posible pensar en una *insignificancia del delito* cuando coinciden bajos niveles de injusto, de culpabilidad por el acto y de esfuerzo por la vulnerabilidad. La pena siempre es violenta, pero en un supuesto como el ejemplificado, resulta más intolerablemente violenta.

16. ¿POR QUE LA CULPABILIDAD POR EL ACTO NO PUEDE FUNDAR LA PENA?

Si admitimos la culpabilidad por el acto, es bastante lógico que construyendo la misma sobre la base de un dato que consideramos real, como es la esencia de persona del hombre, se piense que esa culpabilidad puede fundar la pena y no sólo colocarle un límite máximo.

No obstante, un dato elemental de las ciencias sociales nos muestra su incapacidad legitimante: la culpabilidad es un reproche que se le formula a un autor, pero a un autor previamente seleccionado conforme a un estereotipo, entre un universo de personas que cometen conductas primariamente criminalizadas, pero que no son sometidas a un proceso de criminalización secundario, porque sabemos que es de la esencia del poder punitivo su ejercicio selectivo, dada su escasísima capacidad operativa comparada con la planificación punitiva de

la criminalización primaria. La posibilidad de criminalización secundaria siempre es raquítica comparada con la planificación abstracta que se lleva a cabo mediante la criminalización primaria.

Debido a ello, la culpabilidad *es siempre un reproche selectivo que se le formula a un «chivo expiatorio».*

Esa selección no puede legitimarse mediante un juicio de culpabilidad que ignore este dato, por más que ese juicio reconozca a la persona su carácter de persona. Este juicio será menos irracional que el que directamente le desconozca ese carácter y pretenda hacerle sufrir aún más las consecuencias de su utilización como «chivo expiatorio», pero en modo alguno legitima el reproche, porque sigue siendo selectivo y, por ende, gravísimamente violatorio de la igualdad ante la ley.

La selección que lleva a cabo el poder punitivo implica, en cierta medida, *el fracaso del autor en la empresa en que la inmensa mayoría tiene éxito, es decir, en permanecer en el anonimato del universo en que se hallan todos los demás que cometen delitos.*

Esa selección no puede legitimarse con un juicio de culpabilidad que la ignora. Admitir que el límite que indica ese juicio es un patrón máximo de violencia, tolerada ante la falta de otro medio de resolver el conflicto, es una cosa, pero *pretender que por debajo de ese límite no hay violencia sólo sería posible ignorando la violencia de la altísima selectividad clasista, racista, política, ideológica, etc., del poder penal.*

17. LOS MINIMOS DE LAS ESCALAS PENALES SUPERIORES A LA PENA INDICADA POR LA CULPABILIDAD POR EL ACTO

Durante mucho tiempo se ha pretendido justificar los mínimos de las escalas penales en función de consideraciones de prevención general. La prevención general no pasa de ser un dogma, y la pretensión de una supuesta división del trabajo entre el legislador ocupado en ella y el juez ocupado en la prevención especial, no es tampoco más que una forma de instrumentar ese dogma para que el juez no pueda objetar nada a la vocación terrorista del legislador. Son frecuentes en nuestros

países los impulsos demagógicos que asimilan cada vez más delitos al homicidio, en tanto que los estados latinoamericanos siguen siendo los primeros homicidas. Parece que de esta manera se está haciendo realidad en nuestro continente el vaticinio de Bettiol, y la atribución de los mínimos de las escalas penales a «prevención general» de incumbencia legislativa implica dejar al juez impotente frente a esos abusos. Se trata de un elemento negativo del discurso penal, en el sentido de que limita el poder de la agencia jurídica —renuncia a un elemental deber de control de límites de irracionalidad— cediéndolo graciosamente a las agencias políticas.

Lo cierto es que en la práctica abundan los casos en que la magnitud de la culpabilidad de acto indica una pena cuyo límite máximo es menor que el mínimo establecido en la respectiva escala legal. El propio legislador reconoce este fenómeno en textos que contemplan la llamada «emoción violenta» genérica (al estilo suizo) o los casos específicos de homicidio por adulterio (al estilo de los arts. 310 y 311 del código del D.F. mexicano), para delitos contra la vida y la integridad física, pero no la reconocen para los otros delitos. En estos textos, que no reconocen fórmulas generales de culpabilidad disminuida que permitan imponer penas por debajo de los límites mínimos, cabe preguntarse cómo debe procederse cuando es evidente que la pena conforme al mínimo legal viola el límite máximo que señala la culpabilidad de acto.

Conforme al código argentino, por ejemplo, si una persona que reclama el pago de una deuda y recibe como respuesta burlas y sarcasmos e injurias de su deudor, en el caso en que extrajese un arma, y bajo los efectos de la ira que le provoca la injuria del deudor, lo matase, sería pasible de una pena cuyo mínimo sería de un año de privación de libertad. Si en la misma circunstancia, en lugar de matarlo se limitase a amenazarlo, el mínimo de la pena sería el mismo. Pero si en lugar de matarlo o amenazarlo, se llevase la cosa debida o algo de valor equivalente, la pena mínima sería de cinco años. Además, si al calor de la ira, sin usar arma alguna, le imputase falsamente un delito, también tendría la misma pena que si le matase.

Esta consecuencia parece ser inadmisible. Podría argumentarse que en este caso, de imponerse una pena inferior al mínimo legal, no sería la pena «legal» y que, por ende, la opción sería entre «pena legal» o ninguna pena. No creemos en esta solución. La legalidad de la pena es una garantía de medida máxima y en este supuesto, la imposición de una pena menor que la indicada por el mínimo legal, no afecta en nada tal garantía.

En este sentido, creemos que *la culpabilidad de acto constituye un elemento utilísimo para corregir las tendencias terroristas del legislador penal.* Sería otra razón más para explicarnos la disfuncionalidad de este concepto para cualquier empresa legitimante de la práctica punitiva burocrática.

18. CONCLUSION

La culpabilidad en el siglo XXI es un interrogante que, desde esta etapa finisecular, sólo podemos ver como una alternativa unida al destino del poder y de la sociedad. Si la sociedad del siglo XXI consigue consolidar vínculos de co-existencia en base a procedimientos racionales y efectivos de solución de conflictos, reducirá su necesidad de ocultar su incapacidad resolutiva mediante la «penalización» que implica la confiscación de los conflictos y manipulará menos a su población mediante la fabricación de una «guerra» en que los únicos enemigos son los que previamente fabrica mediante la misma prisonización. A la construcción de esta sociedad brindaría un aporte fundamental un discurso jurídico-penal reductor del poder penal, orientado hacia la utopía abolicionista. En el marco de este discurso, una culpabilidad de autor complementada en la forma de culpabilidad por la vulnerabilidad ejercería un papel reductor muy importante.

Por el contrario, en la medida en que el siglo XXI siga profundizando la tendencia autoritaria y manipuladora de las sociedades incapaces de brindar soluciones a los conflictos, el derecho penal continuará siendo un discurso legitimante de la práctica burocrática, falso y abe-

rrante desde el punto de vista jurídico, porque manipulará cualquier idea de derecho penal de autor para fabricar una culpabilidad —o un equivalente— que prescinda de la realidad sustentadora de todo el orden jurídico: *la persona.*

Buenos Aires, julio de 1990.

REINCIDENCIA

1. CONCEPTO DE REINCIDENCIA

ES DIFÍCIL proporcionar un concepto satisfactorio de «reincidencia» a nivel internacional, dado que los esfuerzos que se vienen realizando en este sentido desde hace décadas no resultan alentadores, como lo demuestran las tentativas en el Congreso Internacional de Criminología de 1955 y en el Curso Internacional de 1971 (cfr. Bergalli). Esta dificultad obedece a varias razones: a) Conspira contra una definición pacíficamente aceptada la disparidad de presupuestos exigidos en la legislación comparada, que da lugar a la clasificación más corriente entre *genérica* o *específica* y *ficta* o *real*. b) Esa misma disparidad y la incorporación legislativa de conceptos que implican a la reincidencia o que le son próximos (como la *multireincidencia*, la *habitualidad*, la *profesionalidad* o la *tendencia*), hacen inevitable la parcial superposición con éstos. c) Ocasionalmente, estos conceptos próximos y parcialmente superpuestos admiten hipótesis de *reiteración*, lo que confunde más las cosas al desdibujar los límites entre ésta y la reincidencia. d) Por último, los intereses científicos de los juristas y de los criminólogos no suelen coincidir en esta materia, por lo cual los objetos que focalizan son diferentes y, por ello, las delimitaciones conceptuales resultan dispares.

El presente relato se centra en el planteamiento jurídico de la reincidencia. Por supuesto que el planteamiento jurídico no puede ignorar los datos que provienen del campo de las ciencias sociales, aclaración que saldría sobrando de no ser porque frecuentemente los planteamientos jurídicos parten de afirmaciones dogmáticas acerca de la realidad, que son diametralmente opuestas a lo que muestran las ciencias sociales. En buena medida creemos que esto tiene lugar respecto del tema que nos ocupa.

Considerando que el planteamiento es jurídico, preferimos renunciar a una definición y optar por una delimitación del objeto de análisis, entendiendo que nos ocupa *la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito.* Por *consecuencia más grave* entendemos tanto una pena mayor como la imposición de una medida de seguridad o la privación de ciertos institutos o beneficios (condenación condicional, perdón, libertad condicional, salidas anticipadas, libertad provisoria procesal, etc.).

Esta delimitación amplia de la reincidencia, que permite la entrada de otros institutos cercanos a la misma y que excluye totalmente la reiteración, obedece a la convicción de que el *Kernel* de la interrogación jurídica acerca de la reincidencia es la admisibilidad de un plus de gravedad en la consecuencia jurídica de un delito en razón de uno o más delitos anteriores ya juzgados o de las penas sufridas por esos delitos. Si se concluye en que este plus ya no resulta admisible, será innecesario perfeccionar definiciones acerca de los diferentes supuestos y características de la mayor gravedad. En este entendimiento nos referimos en lo sucesivo sólo a «reincidencia», pero aclarando que lo hacemos en el ya acotado sentido amplio, es decir, abarcando todos los institutos vecinos a la misma, con la única exclusión de la reiteración delictiva.

2. *LAS TEORIAS EXPLICATIVAS*

Desde el advenimiento del derecho penal de garantías en el siglo XVIII hasta hoy, se han ensayado muchísimas explicaciones para la reincidencia, unas procurando compatibilizarla con los principios de este derecho penal y otras abiertamente fuera del mismo.

No es posible enumerar aquí y someter a crítica todas estas teorías, pero al menos, en forma sumamente sintética, nos ocuparemos de las

más difundidas, aunque cabe precisar que las restantes son variables sin mayor originalidad.

a) La justificación por vía de la «doble lesión»

La tesis de que el delito provoca dos daños (uno inmediato y otro mediato o político) es antigua. Por este camino se ha pretendido ver en la reincidencia un injusto mayor en razón de la mayor alarma social que causaría el segundo delito (y consiguientemente, el mayor daño mediato o político). Este criterio, recogido en el Codice Zanardelli, no responde a la realidad, pues autores de todas las épocas (Carrara, Antolisei) han objetado que el mayor daño político es eventual o es muy poco probable que se produzca, dado que en la mayoría de los casos son sólo los jueces y la policías quienes saben del carácter de reincidente. Este «daño político» se convirtió en algo más abstracto, del tipo de un elemento que cierra el discurso, a los efectos de evitar su contingencia, transformándoselo en una lesión al «interés general en la preservación del orden jurídico» (Manzini). Admitir esta idea implica afirmar que el delito lesiona por lo menos dos bienes jurídicos y que la obediencia al estado es un bien jurídico lesionado en todo delito, siendo independiente de la lesión del bien jurídico del victimizado. En alguna medida es una tesis que opaca el concepto de bien jurídico como base del principio de *ofensividad*, que es uno de los pilares del derecho penal de garantías.

Por la misma senda puede ubicarse la tesis que ve en todo tipo dos normas: una que prohibe la conducta típica y otra que impone la abstención de cometer otros delitos en el futuro (Armin Kaufmann). Esta duplicidad de normas, aparte de ser una figura bastante atormentada, deriva necesariamente de un nuevo bien jurídico que sería la mera voluntad estatal. Es incuestionable que en este planteamiento la disciplina se convierte en un bien jurídico, pues en modo alguno puede sostenerse que la segunda norma se limita a tutelar el bien jurí-

dico afectado por el segundo delito, dado que en ese caso no se explicaría el plus de penalidad.

b) La justificación a través del abandono del derecho penal de garantías

Abiertamente fuera del derecho penal de garantías, es decir, prácticamente en abierta oposición a los principios liberales del racionalismo, se colocó el positivismo monista italiano, que explicó la reincidencia a través de la peligrosidad (Ferri), o sea, reduciendo al hombre a una «cosa» regida mecánicamente y restándole su jerarquía de persona. Incluso dentro de esta vertiente autoritaria la explicación de la reincidencia mediante la peligrosidad resulta contradictoria, puesto que todo juicio de peligrosidad debe entenderse como juicio de probabilidad, es decir, que no puede presumirse. Sin embargo, se cae en una contradicción jamás explicada al apelar a la «peligrosidad presunta», que de este modo se transforma en un concepto incomprensible.

c) La justificación a través de la culpabilidad de autor

En sus variantes de «culpabilidad de autor», de «carácter» o «por la conducción de la vida», todas las cuales exceden el marco del derecho penal de acto y, por lo tanto, del derecho penal de garantías, la *culpabilidad por lo que se es* ha servido a un considerable número de autores para explicar la reincidencia.

A diferencia del positivismo, que pretende explicarla por una característica del autor que se proyecta hacia el futuro, la culpabilidad de autor prefiere hacerlo por la vía de una característica del autor que se proyecta desde el pasado. El positivismo pretende salirse de las pautas garantistas en función de un concepto preventivo-especial de pena y la culpabilidad de autor lo hace en función de una idea retributiva de la pena.

Es claro que en estos últimos intentos se reprochan —y por lo tanto se retribuyen— caracteres personales que no son acciones, o bien, son acciones anteriores y atípicas. De alguna manera, son corrientes que no hacen más que perfeccionar dogmáticamente teorías que provienen de mucho más lejos y que la mayor gravedad de la pena del segundo delito la justificaban porque ponía de manifiesto una mayor perversidad del autor (Pacheco, por ej.). En cierto sentido, y fuera del planteo dogmático en términos modernos, también cabría considerar aquí la explicación por la vía de la insuficiencia de la pena sufrida, que pondría de manifiesto una mayor insensibilidad del autor (Carrara), lo que bien puede emparentarse con una mayor necesidad de «controspinta penale» (Romagnosi) o de «psychologische Zwang» (Feuerbach).

d) La justificación por la mayor culpabilidad de acto

En algunos autores ha primado el criterio de que la reincidencia implica un desprecio por el valor admonitorio de la condenación precedente. En forma expresa algunos autores piensan que así como existen beneficios para quienes ponen de manifiesto su arrepentimiento, es natural que suceda lo contrario cuando con la reincidencia se muestra la falta de arrepentimiento (Latagliata). La admonición de la primera condenación generaría una mayor o más actual conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor grado de culpabilidad (Maurach).

Nos parece que esta afirmación es gratuita, porque la conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho es por completo independiente de la condena anterior, pudiendo ser incluso menor o no existir, sin que para nada tenga relevancia a sus efectos el primer hecho. El argumento sería relativamente válido sólo en caso de reincidencia específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para la comprensión de su antijuridicidad.

En resumen: *podemos comprobar que la reincidencia se explica en los*

planteos jurídico-penales en la medida en que se abandona el derecho penal de acto, aunque a veces, ni siquiera en estas posiciones la explicación resulta coherente. Por el contrario, las tentativas de explicarla dentro del marco de un derecho penal de acto son todas insatisfactorias.

3. LOS DATOS CRIMINOLOGICOS Y LAS AFIRMACIONES JURIDICAS

Desde hace algunas décadas, la criminología nos señala los efectos deteriorantes de las instituciones totales (Goffman, por ej.) y particularmente de la prisión (Stanley Cohen, por ej.). En modo análogo, se nos alerta acerca del efecto estigmatizante de la intervención punitiva y la consiguiente reducción del espacio social de quien resulta afectado por ella. En general —y no es el caso de analizarlo aquí—, sin superar los límites de la llamada criminología «liberal», es posible afirmar que la criminología nos muestra a la intervención punitiva como fijadora de roles criminales y condicionante de tales conductas (Lemert).

Es cierto que estos datos ponen en crisis mucho más que el concepto de reincidencia e indican la urgencia de compatibilizar el discurso jurídico-penal con datos elementales de las ciencias sociales, pero particularmente en este ámbito de la reincidencia resultan demoledores de varias tesis jurídicas, cuyo contenido, desde la perspectiva de las ciencias sociales, resulta trágicamente ingenuo.

Si tomamos en cuenta estos datos elementales de la criminología actual, resultaría que el supuesto mayor daño político o mediato del segundo delito, la presunta mayor probabilidad de un nuevo delito o la pretendida mayor perversión de la personalidad del autor, serían efecto de la intervención punitiva anterior, o sea, atribuibles al propio estado, en tanto que, en lugar de una imaginaria mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud de la reducción del ámbito de autodeterminación que genera la previa intervención punitiva, por estigmatizante y reductora del espacio social del penado. Con esto queremos decir,

simplemente, que los argumentos justificadores que hemos criticado, además de las críticas internas que les hemos formulado, cabe observarles que *resultan paradojales cuando los confrontamos con los datos que nos proporcionan las ciencias sociales.*

Vemos de este modo que *las tentativas de fundar la agravación por reincidencia en un mayor contenido injusto del hecho,* sólo se sostienen —y muy dificultosamente— cuando se perturba la claridad del concepto de bien jurídico, acudiendo a la elaboración de un bien jurídico estatal que, en último análisis, sería un autoritario derecho estatal a la obediencia pura, en tanto que *los argumentos de mayor culpabilidad* sólo pueden sustentarse desde la admisión de un reproche normativo de personalidad, o sea, apelando al concepto de culpabilidad de autor, salvo, claro está, el superado intento positivista de abierto autoritarismo consistente en *suprimir la culpabilidad.* Además de las críticas internas que en el mismo discurso jurídico-penal pueden oponerse a esta tentativas, la confrontación de estos argumentos con los datos provenientes de las ciencias sociales no resiste el menor análisis.

4. EL PASO DE LA REINCIDENCIA A LA HABITUALIDAD

Fuera de las murallas del derecho penal liberal o de garantías se fue creando una tendencia que, por vía espiritualista o por vía materialista, esto es, invocando la autoridad de Aristóteles y Santo Tomás o de Darwin y Spencer (sin excluir otras), generaron la idea de un «estado de reincidencia», que sería una suerte de «estado peligroso presunto» del positivismo o de «estado de pecado» del tomismo. Poco a poco esto fue derivando en otro concepto más específico, como el de *habitualidad.*

Desde la desviación positivista la «habitualidad» es un producto del afán clasificador de esta corriente, cuyo anarquismo nosotáxico llega a ser desesperante (cfr. Bergalli). La diferencia entre el *reincidente* y el *habitual* es nebulosísima, pudiendo aventurarse la opinión de que,

por debajo de las complejas y contradictorias clasificaciones, el «habitual» sería algo así como el reincidente «deshauciado» y, por ende, sometido a una segregación o a un tratamiento intensivo.

Desde la desviación espiritualista, el reincidente sería el pecador al que es necesario corregir más severamente para que se enmiende, en tanto que el habitual es el pecador que no resiste a sus fuerzas internas y que merece indulgencia del confesor (cfr. Allegra), pero que debe ser sometido a una «medida» que neutralice su actividad dañosa.

Ambas son desviaciones del recto camino del derecho penal de garantías, caminando la primera por la vertiente del discurso penal de peligrosidad y la segunda por la del derecho penal de culpabilidad y de tipo de autor. Lo curioso es que ambas líneas argumentales tratan de explicar un fenómeno que hoy las ciencias sociales nos explican desde un ángulo mucho más claro: por ambos caminos se intenta justificar una mayor gravedad de la reacción a medida que avanza y se profundiza la «desviación secundaria» hasta que se asienta la asunción del rol asignado. Ambas desviaciones constituyen argumentos que pretenden justificar una suerte de diatrogenia penal, para lo cual van apartando los obstáculos que les opone el discurso jurídico-penal liberal y se van muniendo de elementos autoritarios, pretendiendo pasar por alto que «cuanto mayor es la pena, más se consolida la exclusión del condenado de la sociedad y se le refuerza la identidad desviada» (Ferrajoli, 404).

5. *LA CONFRONTACION BASICA: DERECHO PENAL LIBERAL O DERECHO PENAL AUTORITARIO*

La pregunta acerca de si «se puede aplicar una *pena más severa* que la que corresponde a la *clase de delito* de que se es culpable; si han cometido un primer delito por el que fueron penados, infligirles una nueva pena por ese crimen ¿no será violar abiertamente a su respecto el *non bis in idem,* que es una de las bases fundamentales de toda le-

gislación en materia criminal?» (Carnot, 196), se viene repitiendo y respondiendo negativamente desde hace doscientos años por los defensores de un estricto derecho penal liberal o de garantías. El párrafo 57 del Código Criminal Toscano de 1786 establecía que, consumada la pena, «no podrán ser considerados como infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido». Mittermaeir se acercaba a la crítica de la ciencia social contemporánea cuando afirmaba que no raramente, debido al estado de las prisiones, era el estado el que debía cargar con la culpa de que alguien devenga reincidente, y que en modo alguno se justificaba la mayor gravedad penal, al menos en general. Morelly, Pagano, Tissot, Carmignani y muchos otros autores del penalismo liberal fueron abiertamente abolicionistas respecto de la reincidencia.

Ninguno de los argumentos justificadores, que por la desviación autoritaria materialista (peligrosista) o espiritualista (tipo o culpabilidad de autor) han querido explicar la mayor gravedad de la pena del segundo delito, ha podido levantar la objeción de que el plus de gravedad es un nuevo reproche del primer delito. La poco convincente tentativa de duplicar la norma de cada tipo (y con ella el bien jurídico) de Armin Kaufmann es, sin duda, la única que aspiró a hacerse cargo del problema en profundidad, aunque con el pobre resultado de implicar la invención de un bien jurídico que sería el viejo y autoritario pretendido derecho subjetivo estatal a la obediencia pura. Al no resolverse el problema en el campo del injusto, porque el contenido injusto del delito del reincidente es exactamente igual que el del primario, el problema se desplaza a la culpabilidad (o a su equivalente autoritario, que es la peligrosidad) y, a partir de allí se nos revela que la admisión o rechazo de la reincidencia se convierte en una cuestión de respeto o de apartamiento de las garantías.

En efecto: por debajo de las críticas sin sustento y que no pueden disimular su impotencia en base a argumentos racionales y que apelan a considerar a sus críticos como «rígidos» (Grispigni) o «anti-históricos» (Dell'Andro, cit. por Mir Puig), el debate, en definitiva, es

entre *derecho penal liberal o de garantía* o *derecho penal autoritario.*

Es natural que el debate se resuma en estos términos, porque el análisis de las principales estructuras argumentales de justificación del instituto nos muestra claramente que ambas se desvían del derecho penal liberal o de garantías, retomando unos elementos propios de la ideología penal anterior al derecho penal liberal (es la línea espiritualista del «estado de pecado» y de la culpabilidad de autor), en tanto que otros toman elementos prestados del movimiento antiliberal de la segunda mitad del siglo pasado (es la línea peligrosista del positivismo evolucionista). Ambos, aunque parezca curioso, ocultan con sus construcciones discursivas, una realidad que sin pasar el nivel de la criminología liberal, la ciencia social muestra como absolutamente falsa (cfr. Baratta).

Nuestra conclusión es que *toda gravedad mayor de la consecuencia jurídica del segundo delito* (en la forma de pena, de «medida» o de privación de beneficios), *es una concesión al derecho penal autoritario, que abre las puertas a conceptos espúreos y peligrosos para todas las garantías penales.*

Nos basamos en que los caminos que pretenden justificar la reincidencia:

a) Construyen un concepto de bien jurídico paralelo que, en definitiva, es la voluntad pura y simple del estado, sin ningún vínculo con el bien jurídico propiamente afectado, lo que constituiría una suerte de doctrina de la «seguridad nacional» para transitar por la casa del derecho penal o bien,

b) Renuncian al derecho penal de acto y caen en el derecho penal de autor, pretendiendo juzgar lo que *el hombre es* y no lo que *el hombre hizo,* por el camino materialista de la peligrosidad (del positivismo del siglo XIX) o por el espiritualista de la culpabilidad de autor (de la ideología teocrática del antiguo régimen) o, aún peor, por el del «tipo de autor» en que el reincidente sería el primer antecedente de las tristes construcciones el «enemigo del pueblo» stalinista, del «enemigo del estado» fascista, del «enemigo de la nación» nazista o del «subversivo» de la «seguridad nacional».

Cuando el discurso jurídico-penal pretende legitimar la sanción al hombre *por lo que es* y no *por lo que hizo,* quiebra un principio fundamental del derecho penal de garantías, que es la intangibilidad de la conciencia moral de la persona, sustentada con igual fuerza con argumentos racionales y religiosos: se trata de una regla laica fundamental del moderno estado de Derecho y al mismo tiempo la prohibición ética de juzgar evangélica (Mateo, VII, 1; Pablo, *Epístola,* XIV, 4), (cfr. Ferrajoli). Es incuestionable que cuando se quiebra esta regla y se da entrada, aunque fuere con limitadas pretensiones, a un derecho penal de autor, se abre el paso a un ejercicio de poder meramente disciplinante, que exalta el orden como valor autónomo, con lo que vienen a engancharse ambos discursos de justificación de la reincidencia (el que pretende el mayor injusto y el que pretende mayor culpabilidad). La quiebra de esta regla implica la quiebra del principio fundamental que desde 1948 preside la elaboración de la teoría de los Derechos Humanos: *todo ser humano es persona.* Puede decirse casi que todo el resto de la teoría de los Derechos Humanos es exégesis y desarrollo de esta afirmación fundamental, que se pone en peligro desde que el estado se atribuye el derecho de juzgar el «ser» de los hombres.

A todo esto cabe añadir lo que señalaba Mittermaier en 1847 y que ahora nos muestra la criminología en términos más actuales y elaborados: en la generalidad de los casos es el propio estado y el propio sistema penal el que debe cargar con la culpa de la reincidencia. Los sistemas penales, con demasiada frecuencia, no son más que aparatos que fabrican reincidencia, y sus instituciones totales, verdaderos campos de entrenamiento para candidatos a reincidentes y «habituales». Sólo un discurso jurídico-penal alucinado puede ignorar esta realidad, sin perjuicio de que abunden las tentativas metodológicas y epistemológicas que se esfuerzan por construir discursos de este tipo.

Una institución que lleva a exaltar como valor al orden por el orden mismo, a la obediencia en sí misma, que conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada ser humano elige ser y lo que cada ser humano es, que implica un *bis in idem*; que contribuye a aislar el discurso jurídico de la realidad, ignorando datos que

se relevan desde hace dos siglos y que las ciencias sociales demuestran en forma incontestable; que con todo esto contraviene la letra y el espíritu de la conciencia jurídica de la comunidad internacional, plasmada en los instrumentos jushumanistas, *es conveniente que desaparezca del campo jurídico, de la misma forma en que desapareció en su momento la tortura en el ámbito procesal o la analogía en el campo penal.*

No debe pensarse que la comparación con las desapariciones de las otras instituciones clásicas del derecho penal autoritario es exagerada, pues al amparo de la figura de la reincidencia y de sus conceptos vecinos se practicaron horrendos crímenes contra la humanidad, como la relegación. Basta recordar las leyes francesas de relegación de 1857 (Barbaroux) y de 1885 (Teisseire) y la relación que de esta práctica se hace en la Guayana (P. Mury, cit. por Beristain) y en América Latina, el tristemente célebre penal de Ushuaia, el más austral del mundo, sustentado desde 1895 hasta su desaparición en 1947 en base a una norma de relegación análoga a la francesa. Cientos de miles de seres humanos han sufrido los horrores de penas más graves que las de sus culpas en función del instituto de la reincidencia: más de 17.000 sólo con los relegados de Cayena. La historia de la reincidencia y de sus institutos vecinos no es menos sangrienta que la de la tortura.

6. *LAS CONSIDERACIONES POLITICO-CRIMINALES*

La desaparición de la reincidencia, al menos en América Latina, parece perfilarse como viable, teniendo en cuenta que en 1980 la eliminó el código colombiano, que en 1984 redujo sus efectos y eliminó las «medidas» post-delictuales el código brasileño, que en 1985 desaparecieron también las «medidas» del código uruguayo y que en 1984 se había reducido el efecto de la reincidencia en el argentino. No obstante, su desaparición total puede objetarse desde el punto de vista político-criminal, argumentando que hay excepcionales casos

de multireincidentes que, de no tomarse en cuenta esa característica, podrían generar reacciones de carácter vindicativo o bien que las agencias policiales, en los países en que éstas operan con esas prácticas, podrían victimizarlos con ejecuciones sin proceso.

Sin duda que se trata de datos de realidad que, por desagradable que pueda resultar su reconocimiento, no pueden ser ignorados. Resulta absurdo confundir los planos del «ser» y del «deber ser», pretendiendo que lo que no debe ser, no es. Esta forma de proceder en el razonamiento jurídico no es más que una elusión de la realidad por parte del discurso penal, que no resulta tolerable.

En este sentido, creemos que cabe apelar al principio del *derecho penal mínimo* (Ferrajoli), conforme al cual, en el momento de la pena, el sistema penal debe operar como protección ante la perspectiva de que la amenaza de otro mal mayor e ilimitado se cierna sobre la persona. Sólo en tales extremos excepcionalísimos y que no pueden presumirse, sino que cabe probar en cada caso concreto, se justificaría una medida respecto de una persona que permitiese exceder el límite señalado por su culpabilidad de acto, y en la estricta cantidad de privación que sea necesaria para neutralizar ese peligro; fuera de esos rarísimos supuestos, bastará siempre con la pena que no supere la culpabilidad.

La desaparición de todas las formas de mayor gravedad punitiva fundada en un delito anterior, aparejaría también la ventaja de eliminar el registro de antecedentes penales (que resultaría innecesario), con lo cual desaparecería la consagración legal de la estigmatización.

La recuperación del pleno derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente, del estricto derecho penal de acto.

La Habana, agosto de 1990.

BIBLIOGRAFIA BASICA

ALLEGRA, Giuliano: *Dell' abitualitá criminosa*, Milano, 1928.

ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1969.

ASUA BATARRITA, Adela: *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles el siglo XIX*, Bilbao, 1982.

BARATTA, Alessandro: «Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale», en *La Questione Criminale*, 1975, Gennaio-Aprile, 7.

BARBAROUX, C.O.: *De la transportation. Aperçus législatifs, philosophiques et politiques sur la colonisation pénitentiaire*, París, 1857.

BAUMANN, Jürgen: *Strafrecht, Allg. Teil*, Bielefeld, 1970.

BERGALLI, Roberto: *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980.

CARMIGNANI, Giovanni: *Elementos de Derecho Criminal*, Bogotá, 1979.

CARNOT: *Commentaire sur le Code Pénal*, París, 1836.

CARRARA, Francesco: *Programma* ecc., Firenze, 1912.

COHEN, Stanley y TAYLOR, Laurie: *Sychological survival. The experience of long-term inprisonment*, Penguin Books, 1972.

CRIVELLARI, Giulio: *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1890.

DELL'ANDRO, R.: *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950.

FERRAJOLI, Luigi: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

FERRI, Enrico: *Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928.

GOFFMAN, Erwin: *Manicômios, prisões y conventos*, São Paulo, 1974.

KAUFMANN, Armin: *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. de E. Garzón Valdéz y E. Bacigalupo, Buenos Aires, 1977.

LATAGLIATA, A.R.: *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958.

LEMERT, Edwin M.: «Estructura social, control social y desviación», en Clinard, *Anomia y conducta desviada*, Buenos Aires, 1967.

MANZINI, Vincenzo: *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Firenze, 1899.

MARTINEZ DE ZAMORA, A.: *La reincidencia*, Murcia, 1971.

MATTEOTTI. G.: *Saggio di revisione critica con dati statistici. La recidiva*, Torino, 1910.

MAURACH, R.: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, Karlsruhe, 1971.

MIR PUIG, Santiago: *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974.

MITTERMAIER, C.J.A.: en nota a Feuerbach, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschalnd gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1847.

MURY, P.: *Les Jésuites a Cayenne. Histoire d'une mission de vingt-deuxans dans les pénitenciers de la Guyane*, Strassburg / París, 1895, cit. por Beristain, Antonio, en *Ignatianisch. Eigenart und Methode der Gesellschaft Jesu*, herausgegeben von M. Sievernick und G. Switek, Freiburg / Basel / Wien, 1990.

NACIONES UNIDAS: *Derechos Humanos, recopilación de instrumentos internacionales*, New York, 1988 .

PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado y anotado*, Madrid, 1856.

PATERNITI, Carlo: *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padova, 1985.

ROMAGNOSI, G.D.: *Genesi del Diritto Penale*, Firenze, 1834.

TEISSEIRE, Edouard: *La transportation pénale et la relégation d'aprés les Lois des 30 mai 1854 et 27 mai 1885*, París, 1893.

LA LEGISLACION «ANTI-DROGA» LATINOAMERICANA: SUS COMPONENTES DE DERECHO PENAL AUTORITARIO

1. PANORAMA GENERAL

LA PRESENTE relación podría titularse «Observación de los signos de destrucción del derecho penal liberal en América Latina». En líneas generales, la década de los años sesenta —en su segundo lustro— y los setenta, se caracterizó por el ataque al derecho penal liberal o de garantías mediante la apelación a un «derecho penal de seguridad nacional». En el marco de una ideología de «guerra permanente» se sustentó la tesis de la subordinación de todos los principios del derecho penal más o menos clásico a las necesidades de esa guerra y, en este marco, la legislación «anti-droga» fue sólo un apéndice de esta «ideología». Como consecuencia, el consumidor de cualquier tóxico prohibido era proyectado públicamente como un «subversivo», hasta llegarse a una identificación del «guerrillero» y el «drogadicto». El traficante, no era más que el agente de los «orientales» que introducía el tóxico para minar el poder de «occidente». Las leyes «anti-droga» eran parte de la legislación contra la subversión. Tales conceptos se hacen expresos en los mensajes que acompañan varias de estas leyes.

A medida que fue avanzando la década de los años ochenta, se fue abandonando el discurso de «seguridad nacional» y el tráfico de cocaína pasó a ocupar el lugar de «oriente», con calidad de primer enemigo. Los acontecimientos que se precipitan en el mundo en los últimos años y meses, llevan a una distensión de la «guerra fría» y, por ende, desaparece «oriente» como enemigo y su lugar lo ocupa el tráfico de cocaína. Detrás de este discurso surge una nueva agencia internacional que lucha por su inmenso presupuesto y que presiona a todos los países del área, que se enrolan detrás de la nueva ideología de

«guerra», sancionando apresuradamente leyes acordes con el nuevo discurso: Venezuela en 1984, Dominicana en 1988, Argentina en 1989, Colombia en 1986, Paraguay en 1988, Perú en 1982, Chile en 1985, Bolivia en 1988, Costa Rica en 1989, etc.

2. LA NUEVA IDEOLOGIA Y EL DERECHO PENAL AUTORITARIO

La consecuencia lógica de todo planteo ideológico de «guerra» es un deterioro del derecho penal liberal y, por ende, un fortalecimiento de los caracteres que se conocen como «derecho penal autoritario». En realidad, no sabemos si puede afirmarse la existencia de «un» derecho penal autoritario, pero lo cierto es que cada vez que se deteriora el derecho penal liberal o de garantías, surge un discurso penal que acude a las mismas prácticas y a los mismos recursos tecnocráticos, más o menos marcados, según el grado de deterioro del derecho penal liberal. La ideología que rige este proceso no es unitaria en cuanto a la proclamación de sus fines políticos, es decir que, puede ser la «construcción del comunismo» o la «defensa de la nación como unidad biológica y espiritual» o del «Estado como organismo económico-social», de «occidente» o de lo que fuere. Lo único que tienen en común es una «lucha», una «guerra» y una «necesidad» de defensa en función de un principio superior al que queda sometido el hombre que, con su dignidad de persona desaparece, ya sea porque discursivamente se niega su calidad de tal o porque se proclama su supresión temporal como tal en función de un resurgimiento «mejor» de su personalidad en el «futuro».

Este mecanismo, asentado en una administración del miedo, es reiterativo. De allí que todas las leyes penales autoritarias sean siempre leyes de «defensa»: defensa del Estado y de la «estirpe» en el derecho penal fascista, defensa del pueblo conforme al *Führerprinzip* en el derecho penal nacional-socialista, defensa del socialismo en el stalinismo, defensa de «occidente» en el planteo de seguridad nacional. A medida que la «guerra» lo requiere, van cayendo más «obstáculos»

y, finalmente, como no es posible tipificar todos los actos del satánico enemigo de turno, caen los propios límites de la legalidad y resulta delito todo acto contrario al «gesundes Volksempfinden des deutschen Volkes», toda persona peligrosa para el socialismo, o cualquiera a quien se quiera someter a privación de libertad por tiempo indeterminado por el dictador de turno en función del estado de emergencia que proclamó antes.

En este sentido, los signos anti-liberales muy marcados de la legislación anti-droga latinoamericana no tienen nada de originales: son meras reiteraciones de fenómenos de deterioro y destrucción del derecho penal liberal, de los que existen múltiples ejemplos en los dos últimos siglos: se crea (inventa en el plano de lo real) o se magnifica un peligro social existente, se lo extrae de contexto y se lo hace «penal», se absolutiza la «lucha» o la «guerra» contra ese peligro y se subordina todo a esa «guerra». A la larga, la absolutización se desploma, en perspectiva histórica la falsedad del discurso queda en evidencia, pero los poderes en juego buscan un nuevo «enemigo» y los enemigos del derecho penal liberal (que parece haberlos por constitución orgánica o estructura de personalidad) retoman los viejos procedimientos dentro del nuevo discurso de «guerra».

3. LA MULTIPLICACION DE LOS VERBOS

Dentro de la técnica legislativa latinoamericana en materia penal, a nadie se le ocurre tipificar conductas de homicidios, por ejemplo, a través de una previsión con abuso increíble de verbos, como sería, «apuñalar», «prestar el arma», «facilitar la casa», «prestar el vehículo para el homicidio», «transportar el cadáver», «ocultar los rastros», «engañar a la víctima», «quemar el cadáver», «instigar a matar», «comenzar a matar», «preparar una trampa», «pagar para matar», «colaborar en la emboscada», etc. En nuestra técnica, basta con tipificar el homicidio y prever la tentativa y la participación como fórmulas generales. Menos aún se nos ocurriría definir cada una de esas acciones y estable-

cer reglas diferentes de pena para la tentativa y la participación en cada tipo legal. Un código redactado en esta forma sería para nosotros un monstruo técnico y resultaría prácticamente inmanejable por los tribunales.

Sin embargo, esta técnica legislativa —o mejor, esta grave falla de técnica legislativa— se generaliza en las leyes latinoamericanas. La ley dominicana define legalmente «adicción», «adicto», «fármaco-dependiente», «administrar», «adormidera», «comercialización», «comercialización ilícita», «comercialización ilegítima», «consumo», «controlar», «cultivo», «dependencia física», «dependencia psicológica», «dispensar», «dispensador», «distribuidor», «distribuir», «droga», «drogas alucinógenas», «drogas deprimentes o estimulantes», «drogas narcóticas», «entregar», «entrega o suministro», «fabricación», «fabricante», «grupos alucinógenos», «grupos excitantes o estimulantes», «grupos hipnóticos y barbitúricos», «grupos opiáceos», «marihuana», «opiato», «paja de la adormidera», «persona», «plantación», «posesión», «posesión culposa», «posesión ilícita», «preparado», «precursor», «precursor inmediato», «prescripción o receta», «producción», «producción ilícita», «producción ilegítima», «sustancia controlada», «sustancia falsificada», «sustancia psicotrópica», «tráfico ilícito», «tráfico internacional», «uso consumo». Análogos diccionarios o largos enlistados por orden alfabético se encuentran en otros textos: de la «a» a la «o» del art. 3º de la ley colombiana; etc. Otras son más sobrias en definiciones, pero se compensa su sobriedad con la multiplicación de los verbos: «comercie, venda, suministre, transporte, almacene, importe, exporte, fabrique, industrialice, extraiga, refine, posea o distribuya» (art. 2º de la ley paraguaya). En sentido análogo puede verse el art. 5º de la ley argentina, los 57 y 58 de la peruana, el 31 de la venezolana, etc.

Es obvio que la expuesta técnica legislativa es ajena a nuestra modalidad legislativa, pero, además, y dentro del contexto de nuestra doctrina, cabe que nos preguntemos cuál es su significado. Ante todo, está revelando un afán por no dejar ningún hueco de punibilidad: quien tenga «algo» que ver con un tóxico prohibido comete de-

lito. En este aspecto, no debe pensarse que las definiciones son cuidadosas, en el sentido de procurar una precisión de la legalidad típica, sino en el de cubrir toda posibilidad con punibilidad. Cada una de estas previsiones se amplía, lógicamente, mediante las fórmulas generales de la tentativa y de la participación, aunque muchas de ellas sean, en sí mismas, formas de tentativa, de participación o de preparación.

Esto significa que, en tanto que para la generalidad de los delitos es punible la acción típica, su tentativa y su participación, reconociendo formas de menor pena para estas últimas modalidades, en los delitos referentes a tóxicos, es punible la acción típica, la tentativa, la participación y la preparación, todos como tipicidades principales.

Además de la insólita extensión de la punibilidad que implica esta técnica, quedan equiparadas a los efectos de la punibilidad las conductas consumadas a las tentadas, las participaciones secundarias a la autoría e incluso los actos preparatorios a los consumados. Esta es una clara característica del derecho penal autoritario, que se hace evidente en el «Codice Rocco», en las leyes nacional-socialistas, etc., puesto que para el derecho penal autoritario pasa a segundo término la lesión al bien jurídico y cobra importancia prioritaria la detectación del «enemigo», es decir que la acción típica no tiene importancia por su conflictividad por afectar un bien jurídico, sino por ser síntoma revelador de la «enemistad». A este respecto huelga recordar la teoría de la «acción sintomática» de Tesar y Kollmann a principios del siglo, el «síntoma» de peligrosidad de los positivistas (que desembocó en la peligrosidad sin delito y en el proyecto de código penal sin parte especial de Krylenko) y en las manifestaciones más modernas del «derecho penal de ánimo» o «Gessinnungsstrafrecht».

4. LA PUNICION DEL USUARIO O EL TIPO DE AUTOR

Es sabido que, como bien lo expresa Baratta en un trabajo reciente, se inventa una realidad conforme a la cual todo usuario de un tóxico prohibido es un dependiente y todo dependiente comete delitos.

Esto, por supuesto, no se corresponde con la realidad. Menos aún se corresponde con la realidad la afirmación de que todo usuario es un traficante en potencia o en acto. Esto resulta mucho menos cierto en Latinoamérica, donde no se usa la heroína, porque su precio la hace inaccesible a los mercados periféricos. En la mayoría de nuestros países los delitos cometidos en estado de intoxicación aguda por tóxico son muy pocos y menos aún los cometidos bajo los efectos del síndrome de abstinencia (en algunos países no existen directamente). Es claro que estos efectos se producen en nuestra región, preferentemente, con un tóxico, que no es ilícito: el alcohol, que es el de mayor injerencia criminógena.

No obstante que estos son los datos de la realidad, se construye la realidad con la proyección del estereotipo del joven-usuario-dependiente-delincuente y se minimiza al usuario del alcohol: «El delito que comete un ebrio mientras liba en un bar no es el mismo delito que comete un sujeto que se dedica a drogarse. El consumidor de drogas no tiene la misma categoría social de aquel que ingiere alcohol, que es por lo general un sujeto socialmente adaptado», dice la exposición de motivos de la ley venezolana. No se requiere mayor penetración psicológica para percatarse que, tras esta ardiente defensa del que «liba en un bar» se oculta el rechazo a que la estigmatización alcance al grupo redactor.

En general, todas las leyes de la generación de «guerra» (años ochenta) establecen penas para el simple consumo. Estas penas se basan, generalmente, en esos estereotipos.

Se trata claramente de tipos de autor: es necesario ocuparse del usuario, ya sea como delincuente o como enfermo. De cualquier manera, sea por la vía de la pena o por la de la llamada «medida de seguridad», lo cierto es que el usuario es penado o sometido a una medida penal. El sometimiento a una «medida» es discursivo, porque en la práctica, en ninguno de nuestros países existen los establecimientos para la aplicación de las medidas, por lo cual éstas se convierten realmente en penas. En algunos casos se produce una gravísima selectividad social, cuando se permite que algunas de estas medidas se cum-

plan en establecimientos privados, costeados por el penado o su familia. Esto significa que los jóvenes seleccionados, si tienen dinero son «internados» en estos establecimientos (generalmente organizaciones muy lucrativas) y los que no tienen dinero vayan a la cárcel.

No se está prohibiendo una acción, sino una personalidad (en realidad, un estereotipo). El usuario que da en el estereotipo es joven (la profusión de consumo de tóxicos en la segunda y tercera edad se pasa por alto) y el uso es síntoma de peligrosidad, porque puede convertirse en distribuidor o porque puede cometer delitos. Independientemente de que esto no es verdad en la inmensa mayoría de los casos, no otra cosa que un tipo de autor es la tipificación de una conducta porque su autor «puede» cometer un delito, que no está preparando, que no ha intentado y que menos aún ha comenzado a realizar y que no se sabe si cometerá alguna vez o si siquiera lo ha pensado. Simplemente, por una presunción «juris et de jure» de peligrosidad social, se impone una pena, que no logra disimularse incluso cuando se la rebautiza con el nombre de «medida». Recordemos que en materia de bautismos el derecho penal stalinista llamaba «máxima medida de defensa social» a la pena de muerte y que el código del Brasil de 1940 imponía penas perpetuas llamándolas de este modo para eludir la prohibición constitucional de las penas perpetuas. No deja de ser curiosa la pretensión de algunas leyes, que prevén «medidas» que si fracasan dan lugar a una pena (Argentina), es decir que se conmina la pena para el caso del fracaso de una terapéutica.

En algunos casos (Venezuela, por ej.), se considera que la tenencia para uso propio debe ser demostrada por el tenedor, lo que implica que éste debe probar que no es traficante, o sea, debe proveer una «prueba negativa», claramente proscripta por toda la doctrina procesal. En otros, el argumento en favor de la punición es la imposibilidad de distinguir entre el consumidor o usuario y el traficante. Este argumento es de neto corte policial. En principio, resulta claro que la única confusión posible es respecto de agentes de tráfico de ínfima categoría o sea, de distribuidores más que minoristas. En segundo lugar, lo que es más grave, implica la aceptación de un gravísimo principio de

derecho autoritario: lo principal es la «lucha» y, por ende, dado que entre muchos que se presentan, no se puede distinguir cuáles son los enemigos, *todos* deben ser tratados como enemigos.

Basta esta breve referencia a los principales argumentos en favor de la punición de los simples usuarios, para caer en la cuenta de que el principio de *lesividad* queda sometido a las necesidades de la «guerra»: nadie debe consumir, porque si no hay consumidores no hay traficantes; nadie debe consumir porque puede confundirse con un traficante; nadie debe consumir porque no debe obstaculizar la «guerra» al tráfico; en definitiva, nadie debe consumir porque favorece el tráfico. Luego, queda claro que el mal está en el tráfico y no en la lesión a la salud como se pretende, o sea que, se persigue el tráfico por el tráfico mismo.

Los restantes argumentos que se esgrimen para apuntalar esta punición son igualmente insostenibles. Se ha sostenido que es lógicamente necesario penar al usuario, porque «tiene» y para ello tuvo que comprar o recibir ilícitamente, sin percatarse que no siempre ni mucho menos el partícipe necesario de una conducta típica actúa típicamente (la víctima del estupro debe mantener relación sexual con su consentimiento, el padrino del duelo no es punible y no puede haber duelo regular sin padrinos, el cliente de la prostituta no es punible y no puede haber explotación de la prostitución sin clientes, la prostitución misma no es delito pero sin su práctica voluntaria no habría explotación, y, en definitiva, si no adquiero la propiedad o la tenencia de una cosa, nadie puede robármela). El otro argumento inventado a este respecto es que si se generalizase el uso de tóxicos se paralizaría la sociedad. Independientemente de lo artificioso del argumento, que supone que todos estamos ansiosos por intoxicarnos, su raíz autoritaria es bien clara. Muchas veces ha sido usado para sancionar comportamientos claramente inmorales pero no lesivos a terceros, como el suicidio. Está implicando que la vida no nos pertenece, sino que es un patrimonio social, del organismo-estado, al que todos pertenecemos y, por ende, se puede penar la lesión contra nuestra vida. Otras veces, este razonamiento se usó de modo más ridículo aún: dudamos que en

serio, pero lo cierto es que Feuerbach sostenía que era necesario penar la homosexualidad como contravención porque ponía en peligro la subsistencia de la especie humana.

5. LA LESION A LA RACIONALIDAD Y HUMANIDAD DE LAS PENAS

Hasta ahora hemos señalado brevemente algunas de las características más salientes del derecho penal de fondo que muestran la afición autoritaria de las leyes «anti-droga» de la región en los últimos años. Hemos omitido otras que por razones de espacio no podemos exponer en todo su alcance. De cualquier manera, es bueno que las mencionemos brevemente, porque de lo contrario parecería que las hemos agotado.

El principio de *racionalidad de las penas* resulta claramente afectado por muchas de estas leyes, que prevén penas que no guardan ninguna relación con la magnitud de los injustos de que tratan: existe la tendencia a no permitir una adecuada distinción entre los contenidos injustos y los grados de culpabilidad, las escalas penales tienen mínimos altísimos para impedir a los jueces valorar los injustos y las culpabilidades; en algunos países se conocen sentencias de prisión de cinco y hasta diez años por tenencia de pequeñas cantidades de marihuana. Es sabido que la duración de los procesos hace que prácticamente el 70% de los presos de la región sea procesados y no condenados. El mismo efecto de prisonización prolongada se obtiene mediante leyes que prohiben la excarcelación de procesados por delitos vinculados a tóxicos. Además, el principio de *humanidad* se lesiona en la mayoría de los casos de tráfico internacional. En efecto: suele detectarse preferentemente el tráfico de cantidades limitadas de cocaína, para el que los traficantes explotan la necesidad de mujeres de los sectores sociales más humildes y que operan como «transportadoras» («mulitas»), siendo en definitiva las únicas que van a dar a prisión, con severísimas penas y generando un creciente problema penitenciario,

porque provocan el aumento inusitado de la población penal femenina en sistemas penitenciarios emprobrecidos y no preparados ni pensados para mujeres.

La irracionalidad y humanidad de las penas no es más que una expresión de la «guerra». En toda «guerra» la invocación de una necesidad de «guerra» hace que el contenido injusto de los hechos se altere: encender una luz no es una contravención, sino un delito grave; consumir más energía no es una contravención sino un delito grave porque pone en peligro el potencial de producción bélica; consumir más de lo que señala el bono de racionamiento es grave porque impide el consumo de otros; etc. Cuando la «guerra» se alucina o se fabrica, sucede lo mismo y eso da lugar al derecho penal autoritario, que se manifiesta preferentemente mediante la punición indiscriminada y excesiva en comparación con otros injustos que afectan bienes jurídicos esenciales. De allí que una tentativa de homicidio pueda ser menos severamente penada que una tenencia de tóxicos y un homicidio menos que una venta minorista.

El establecimiento de escalas penales altas y, sobre todo, con mínimos altísimos, impide que los jueces puedan adecuar la individualización de las penas a las pautas generales. Este cuadro se completa con un bombardeo periodístico sobre los magistrados, para estigmatizar a cualquiera de ellos que se atreva a proclamar la inconstitucionalidad de estos mínimos o de la prohibición de excarcelación, cuando no son los tribunales superiores o supremos los que, para defender a la corporación de la estigmatización, proceden a imponer gravísimas sanciones internas o a estigmatizar a sus propios magistrados.

6. LAS JURISDICCIONES ESPECIALES

En algunos países con organización política federal, como la Argentina, es de vieja data la atribución de la competencia en materia de tóxicos prohibidos, a la justicia federal, en detrimento de la competencia ordinaria originaria. Esta competencia se asigna aunque se trate

de conductas que no constituyen tráfico interprovincial ni internacional y, por ende, avanzan notoriamente sobre las competencias provinciales, violando las bases de la organización federal. Pero, además, se sabe que la justicia federal es «especial» respecto de la competencia ordinaria, de manera que su atribución implica la consagración de una especialidad jurisdiccional que acarrea la intervención de la policía federal y el desplazamiento de las policías locales o provinciales.

No obstante, la tendencia a una jurisdicción especial se puede observar en forma más específica en otras leyes, como la de Bolivia que, ante la organización unitaria del Estado, ha seguido el camino de organizar directamente tribunales especiales («Juzgados de Partido de Sustancias Controladas»).

Es ampliamente conocido que en los ordenamientos procesales autoritarios, los delitos políticos son atribuidos a organismos especiales, diferentes de los tribunales comunes, como fueron las comisiones especiales del stalinismo, suprimidas después del XX Congreso en 1956, o el Tribunal Especial para la Defensa del Estado creado en Italia en 1926. La desconfianza a los jueces no se limita a la imposición de mínimos altísimos e irracionales, a la presión o amenaza pública, sino que se tiende a sustraer de ellos el conocimiento de los casos para atribuírselo a una jurisdicción especial o especializada diferente de la común, que en algunos casos llega a comisiones especiales, límites que no tocan todavía las leyes «anti-droga», pero en cuyo camino van.

7. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Las manifestaciones autoritarias en el orden procesal no se agotan en lo que hace a la competencia, sino que, siguiendo la tendencia del derecho procesal penal autoritario, se establecen procedimientos especiales, diversos del proceso penal ordinario. Sus características son también las propias de la «guerra», es decir, mayor rapidez en detrimento de la seguridad del procesado. Cabe advertir que no se trata de una celeridad que procure corregir el defecto del proceso

ordinario, sino de una celeridad que procure una mayor «eficacia» represiva, la que se logra en detrimento de su seguridad. Se trata, en definitivas, de una tendencia más o menos generalizada en todo proceso autoritario, a caricaturizar el proceso penal militar (obsérvese que no lo copia sino que lo «caricaturiza»).

Esta tendencia es bastante clara. En Bolivia basta con la manifestación del Fiscal especial para el procesamiento, el procesado tiene sólo tres días para presentar sus pruebas de descargo, la libertad provisoria no se admite, no se admiten excepciones previas, el rebelde sigue siendo procesado y el proceso avanza en su contra sin que a su presentación pueda reclamar por lo actuado, en todo caso de absolución el Fiscal debe apelar y recurrir de nulidad. En Perú, la policía de investigaciones queda facultada para detener, sin flagrancia, hasta por quince días, para allanar domicilios y locales, para trasladar personas y para impedir el egreso del país de personas, sin que se admita el «habeas corpus» contra cualquiera de sus actos administrativos (art. 71). En Venezuela la autoridad policial puede mantener detenida a la persona hasta ocho días y el auto de falta de mérito del juez es de consulta obligatoria, no así el que cierra el sumario.

Es bastante elocuente la tendencia a suprimir garantías procesales, incluyendo la de sometimiento a un tribunal independiente. Cabe observar que la independencia del tribunal no sólo se garantiza con jueces que no dependan del poder ejecutivo, sino que se viola cuando se asignan funciones judiciales a funcionarios ejecutivos, como son los allanamientos policiales, o cuando se presiona a los jueces por los medios masivos, por los propios organismos judiciales superiores o por la circunstancia de constituir un fuero especial que cumple una función represiva predeterminada.

8. LAS PENAS OCULTAS

Nadie ignora cuáles son las dificultades por las que atraviesan grandes masas de población latinoamericana, que las obliga a la emi-

gración en busca de mejores condiciones de subsistencia. No es sencillo para muchos emigrar fuera de la región, por lo cual lo hacen, generalmente los más humildes, dentro de la región. Si a esto agregamos las frecuentes antipatías fomentadas artificialmente entre los países limítrofes en casi toda la región, su situación en el país receptor es usualmente muy precaria. La expulsión del país, en estas condiciones, es una pena gravísima, que le altera todo su programa de vida cuando no lo frustra.

No obstante, valiéndose del estereotipo del traficante internacional organizador de una red de tráfico, todas las leyes consagran como pena conjunta la expulsión del país de los extranjeros, que puede ser dispuesta en algunos casos directamente por la autoridad administrativa.

9. CONCLUSION

De lo expuesto, resulta bastante claro que la legislación latinoamericana de la década de los ochenta en materia de tóxicos, presenta una clara tendencia autoritaria, tal como lo señalamos al comienzo, expresándose la misma con elementos autoritarios de derecho penal de fondo, tales como la irracionalidad en la tipificación demostrada con el afán de cubrir todo posible hueco de punibilidad, la equiparación de los actos tentados e incluso preparados con los consumados y los de los partícipes con los de los autores (criterio sintomático), la reducción de la afectación del bien jurídico hasta suprimirlo y derivar en un claro tipo de autor, particularmente en el caso del consumidor, la punición de todos en una inversión del *in dubio pro reo* convertido en un *in dubio pro societate* como pretendían los defensores soviéticos de la analogía en los años treinta, y en la abierta violación a la racionalidad y humanidad de las penas mediante la fijación de mínimos altísimos que impiden a los jueces cuantificar la pena de conformidad con el contenido injusto y la culpabilidad. En el plano procesal se observa la

tendencia a aumentar las facultades de órganos policiales (allanamientos, detenciones, expulsiones, traslados, mantenimiento de incomunicación), limitación de los medios defensivos (ineficacia del «habeas corpus» contra esos actos administrativos), control estricto de los jueces cuando absuelven o sobreseen pero no cuando condenan y, por último, la tendencia a sustraer las causas por tóxicos de los jueces ordinarios y derivarlas a competencias especiales o especializadas.

Porto Alegre, abril de 1990.

TOBIAS BARRETO Y LA CRITICA DE NINA RODRIGUES

1. LA ACTUALIDAD DEL TEMA Y LAS HIPOTESIS A DEMOSTRAR

EN MODO alguno cometería la osadía de encarar el tratamiento de este tema como una investigación historiográfica, para lo cual necesitaría disponer de archivos y material al que la distancia me veda el acceso. No pretendo, pues, mejorar o superar los trabajos brasileños que he tenido a la vista.

Creo, sin embargo, que esta tarea historiográfica debería profundizarse. Me parece observar un cuidadoso recato en encarar la disparidad de las concepciones del mundo de Tobias Barreto y Nina Rodrigues. Si no me equivoco, creo que el racismo de Nina Rodrigues a veces parece ocultarse como algo vergonzante para la historia de las ideas en Brasil, que apenas merece algunas palabras de disculpa[1] o alguna crítica dura pero brevísima[2]. En general, los penalistas, no se detienen en la cuestión, salvo excepciones[3], y los criminólogos se limitan a señalar a Nina Rodrigues como pionero. Sin duda que el más completo tratamiento del tema proviene de otro campo: la mejor investigación y las más amplia respuesta tuvieron lugar en la literatura brasileña, principalmente en la obra de Jorge Amado.

Mi propósito actual es instigar a la superación del recato que creo entrever, de esta supuesta cuasi-vergüenza, que también responde a prejuicio. Es indispensable esta profundización y la superación del sentimiento de vergüenza, no sólo en Brasil sino en toda América

---

1 Por ejemplo las expresiones de disculpa de Homero Pires en el prefacio a *Os africanos no Brasil,* Editora Universidad de Brasilia, 1982, p. XII.

2 Por ejemplo la crítica dura pero superficial de Julio José Chiavenatto: *O negro no Brasil, da senzala a Guerra do Paraguai,* São Paulo, 1986, p. 171.

3 Por ejemplo, la conferencia de Nelson Hungría en 1950, *A criminalidade dos homens de côr no Brasil.*

Latina. Debemos hacernos cargo del racismo que hay en nuestras ideologías, como única forma de erradicarlo. Por eso, mi propósito es *histórico*, no historiográfico. Pretendo demostrar que la crítica de Nina Rodrigues a Tobias Barreto plantea un enfrentamiento de *Weltanschauungen* que tiene vigencia para nosotros, es decir, que es historia, que forma parte de nuestra *Geschichtlichkeit* latinoamericana, que no es un mero hecho del pasado, sino que, con otras máscaras, es recursivo.

El peor error que podemos cometer en América Latina los que de una u otra forma estamos dedicados a disciplinas que hacen al control social, es descuidar el análisis de las ideologías racistas, porque eso posibilita su vuelta, que se nos mete clandestinamente: *sólo el atento análisis de las ideologías racistas nos permitirá caer en la cuenta de sus supervivencias, desarrollos y equivalencias actuales.*

Esta es la *primera hipótesis* que pretendo demostrar en estas pocas páginas. Para lograrlo se hace necesario terminar con un prejuicio arraigado: *se nos quiere hacer creer que para sacudirnos el racismo es mejor olvidar su ideología*; nos han enseñado que esas ideologías son baldones que es mejor ocultar, de los que debemos avergonzarnos y, en consecuencia, operar discretamente; es «ideología sucia», que, como la ropa sucia «se lava en casa». Quiero demostrar que *este prejuicio no es más que una trampa del propio racismo.* Esta es la *segunda hipótesis* que planteo.

A este respecto, debo formular una aclaración, que en modo alguno sale sobrando. Puede pensarse que intento ocuparme de la contradicción ideológica nordestina de hace un siglo, colocándome en la posición de supuesta superioridad de un «intelectual» del sur «europeizado» («de población transportada» al decir de Darcy Ribeiro)[4], pretendiendo hacerlo desde las alturas de la «objetividad» de quien siente el problema como ajeno. Nada está más lejano de mi vivencia: he elegido este tema, que desde hace algunos años me llamó la atención, porque me siento totalmente inmerso en él. Pocos países tie-

---

[4] Darcy Ribeiro: *As Américas e a civilização*, Petrópolis, 1979.

nen tan sutiles —y por ende complicados— problemas de racismo como la Argentina. Somos un país que sufrió un transporte masivo de población europea, como resultado de un programa británico —común con Uruguay y el sur del Brasil— y que se recubrió ideológicamente con la teoría de la «degeneración» del mestizo (el «gaucho» de nuestras montoneras federales), perseguido por «medidas de seguridad» y «confinamiento»[5]; que virtualmente aniquiló su población india en el siglo pasado, en campañas de exterminio que aún hoy hay historiadores que las presentan como gestas heroicas; que recibió junto a la inmigración una nueva teoría de la «degeneración», ahora contra el «inmigrante degenerado»[6]; que por albergar a una de las colonias judías más numerosa de la región también sufre un considerable grado de antisemitismo mal disimulado, que arrastró prejuicios racistas de los países de donde provinieron los marginados inmigrantes, de los que descendemos en mayoría (contra los italianos del sur, los gallegos, etc.); que a la hora de la concentración urbana, al promediar la década de 1940, desató un nuevo rechazo prejuicioso contra la población mestiza que aceleradamente afluyó a Buenos Aires, a los que motejó despectivamente como «cabecitas negras» y a cuyo conjunto y al partido en que se enrolaba, un político opositor de la época calificó públicamente como «aluvión zoológico»; que no deja de generar expresiones peyorativas mal disimuladas contra los inmigrantes de países vecinos (especialmente paraguayos, bolivianos, chilenos y, en menor medida, uruguayos, a los que descalifica como «paraguas», «bolitas», «chilotas», «yorugas» despectivamente). Menos aún puedo pretender una historia más limpia de racismo en la criminología argentina, cuando de la pluma de quien se considera su famoso fundador, José Ingenieros, salió una de las páginas más racistas jamás escrita en la región[7] y que, además, no es en modo alguno una expresión aislada de

---

5 Nuestro poema nacional, el *Martín Fierro* de José Hernández, da cuenta de ello.

6 Lo estudia muy bien Hugo Vezzetti: *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, 1983.

7 José Ingenieros: «Las razas inferiores», en: *Crónicas de viaje* (*Al margen de la ciencia*), en *Obras Completas*, vol. V. Buenos Aires, 1957.

su contexto ideológico[8]. Nada más extraño, pues, que pretender que enfrento aquí un problema ajeno, sino todo lo contrario: *la confrontación ideológica nordestina es una cuestión latinoamericana, un capítulo de nuestro racismo.* Cambian los protagonistas, pero no cambia la ideología ni el prejuicio.

Al visualizar esta confrontación desde la perspectiva continental sin falsos temores o prejuicios, irán surgiendo dos cuestiones, que son las dos últimas hipótesis que, con la brevedad del caso, quiero demostrar. La *primera* es una pregunta sumamente humana, completamente explicable: estamos refiriéndonos a dos personalidades de muchísima significación, reverenciados como próceres y, naturalmente, surgirá el interrogante acerca de si es posible desmenuzar las ideologías enfrentadas, que demasiado frecuentemente se reducirán al absurdo, sin deteriorar la dimensión humana de sus expositores. Se trata de dos hombres que hace un siglo sostuvieron posiciones dispares, algunas de las cuales son francamente absurdas desde nuestro juicio actual, que se basaron en hechos muy frecuentemente falsos. El tiempo distorsiona y muchas veces nos inclina a pensar, ante la magnitud de los absurdos, en la «mala fe» de sus expositores. Cuando leemos a éstos y a otros autores —aún muy posteriores— el grado de evidencia actual de los absurdos o falsedades y la irritación que nos provocan afirmaciones que antes o después han servido para racionalizar horribles genocidios, nos inducen a minimizar su dimensión humana, a caer en un cierto desprecio por su vigor intelectual, a suponer que no fueron más que meros repetidores de teorías importadas y mal digeridas, que se movían entre la mala fe y el snobismo.

Este es otro prejuicio y otra trampa. Aunque no nos afiliamos ortodoxamente a Foucault, creemos que nadie puede ignorar la relación del saber con el poder, en el sentido de que no hay un poder que no genere un «saber», pero, especialmente, en cuanto que este «saber» no

---

[8] La sociología argentina y en general, todos los trabajos de Ingenieros muestran una vocación elitista que muy difícilmente puede compadecerse con la posición de un socialista.

es algo que se nos impone «superestructuralmente» —al estilo de las interpretaciones del marxismo tradicional y repetitivo— sino que el poder nos impone su «saber» *configurando también al sujeto cognoscente*, al menos en buena parte[9]. Nina Rodrigues y Tobias Barreto fueron, en buena medida, producto de un saber que los condicionó como «sujetos cognoscentes», fueron producto del poder condicionante neo-colonialista del siglo pasado, y la cuestión debe plantearse en otros términos cuando del juicio histórico personal se trata: es cosa de preguntarse si fueron un mero producto, unos repetidores carentes de toda originalidad o si, por el contrario, hubo en estos dos hombres algo original, un afecto nuevo de la implantación de ese condicionamiento ideológico en un país periférico o neo-colonizado, que, pese al mismo, les permitió atisbar algunos puntos de nuevos ovillos ideológicos más realistas.

Si lo que se pretende es que ambos o cualquiera de ellos hubiese elaborado un marco teórico análogo a los que importaban, la respuesta, obviamente, será negativa. En primer lugar, nadie puede pretender que desde la periferia neo-colonizada del poder mundial se lance una teorización propia, capaz de enfrentarse y parangonarse con el saber central. Hoy mismo, nuestro saber, si quiere aproximarse a nuestra realidad y proveerse de un marco teórico para no diluirse en una acumulación anárquica de datos, carente de hilo conductor, debe manejarse con un encuadre «sincrético»[10], porque no tenemos poder para pagar las élites pensantes que trabajan en los países centrales (y que siempre producirán con mayor grado de completividad lógica) y porque no tenemos poder para acumular la información que ellos tienen a la mano y, finalmente, porque ni al poder central ni a sus procónsules periféricos les interesa que lo hagamos; todo ello, sin contar con el formidable problema de que esos marcos «sincréticos» no pasarán los «controles de calidad» universitarios centrales, lo que genera o

---

[9] Michel Foucault: *Microfísica del poder*, Madrid, 1979; *La verdad y las formas jurídicas*, Madrid, 1977.

[10] Cfr. Raúl Hernández Vega: *Problemas de legalidad y legitimidad del poder*, Xalapa, ver, México, 1986.

incrementa el sentimiento de inferioridad —a veces insoportable— de algunos de nuestros intelectuales.

En lugar, si se busca creatividad en la *entera actitud intelectual y comportamiento de estos autores,* veremos que, pese a la corta vida de ambos —más extensa en el caso de Tobias Barreto, pero igualmente breve en su curso intelectual, debido a su tardía graduación[11]—, no fueron meros repetidores. El jurista abrió el camino hacia un humanismo que, si bien no logró exponerlo en forma coherente y sus contradicciones —como veremos— son innegables, a nuestro entender refleja el natural rechazo que una elemental sensibilidad social debía poner de manifiesto frente al positivismo, con su carga reaccionaria, elitista y racista.

En cuanto a Nina Rodrigues su contradicción parece aún mayor: pese al terrible racismo de todo su encuadre teórico, a su afrancesamiento reaccionario casi insoportable y a su reduccionismo biológico, su conducta no se compadece del todo con esa posición. Llama poderosamente la atención —como contradicción intelectualmente inexplicable— que un racista de semejante porte haya llevado a cabo el esfuerzo de información, enorme con los recursos de su época, que realiza en la obra póstuma que publicara Homero Pires más de un cuarto de siglo después de la muerte de su autor[12]. El interés del catedrático maranhaense de Bahía por la cultura africana lo convirtió en el pionero de estos estudios lo que, sin duda, es una paradoja que mueve a la perplejidad. Entre su libro de 1894 sobre la responsabilidad penal[13] —que es el que más interesa para nuestros efectos— y el que deja inconcluso a su muerte en 1906, como parte de un proyecto de mucho mayor aliento y que nunca pudo coronar[14], media una in-

---

[11] Cfr. Hermes Lima: *Tobias Barreto (A época e o homem),* Sao Paulo, 1939, pp. 1-45; Heitor Costa Júnior: «Tobias Barreto», en *Revista de Direito Penal,* Río de Janeiro, Forense, Nº 31, Janeiro-Junho, p. 97.

[12] Homero Pires: «Prefácio» en *Os africanos no Brasil,* cit.

[13] Nina Rodrigues: *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil,* Livraria Progresso Editora, Salvador, 1957.

[14] El título de la obra completa habría sido *O problema da raça negra na América Portuguesa* (cfr. Homero Pires, loc. cit., p. X).

tensísima labor de investigación, que no es muy compatible con la de un racista que considera al negro como biológicamente inferior. Indiscutiblemente, observo que Nina Rodrigues fue «enamorándose» de su «tema» —como suele suceder— y no podemos saber cuál hubiese sido la culminación de la obra de este autor, si la muerte no la hubiese interrumpido tan tempranamente. No dejaría de ser posible que este «enamoramiento» del tema hubiese alterado finalmente sus primitivas visiones racistas y pesimistas[15], pero esto pertenece al mero terreno de la hipótesis. Lo cierto es que abrió un camino que, en su andar independiente, terminó por desbaratar todas las falacias racistas y a comprender mucho mejor la cosmovisión de una de las culturas marginadas del poder mundial que más importante aporte ha hecho al proceso de sincretismo cultural en curso que constituye la esencia de «lo» latinoamericano.

La cuestión ingenua acerca del valor humano de las conductas de ambos catedráticos nordestinos, que nos llevó a referirnos a la forma en que el poder genera a su sujeto cognoscente, inmediatamente nos suscita otra pregunta: ¿hasta qué punto somos nosotros hoy también sujetos cognoscentes generados por el poder? ¿Hasta qué punto nuestro saber penal —o criminológico— es producto del poder y no nos percatamos de ello por efecto de que nuestro condicionamiento cognoscente también lo es? La respuesta a estos interrogantes nos remite a la primera tesis y nos permite agregar la última que procuraremos demostrar: *nuestra criminología latinoamericana nació como un capítulo del racismo y en buena medida conserva ese signo, disfrazado con atuendos que, al igual que los de hace un siglo, presumen de científicos.*

En síntesis, podemos decir que hemos elegido este tema porque nos permite demostrar: *a*) que es indispensable profundizar el estudio de nuestras ideologías racistas para poner en descubierto sus supervivencias y equivalencias en los saberes (o ciencias sociales) actuales; *b*) que el ocultamiento y olvido vergonzante de esas ideologías es un pre-

---

[15] Hubo estudios que siguieron este curso en el continente. Son clásicos los trabajos de Fernando Ortiz: *Los negros curros,* La Habana, 1986; *Los negros esclavos,* La Habana, 1987 (el trabajo proviene de 1916).

juicio creado por el propio racismo que, de este modo, puede reiterarse sin necesidad de elaborar muy cuidadosamente sus equivalencias actuales, pues la ignorancia de las originarias se encarga de dificultar su reconocimiento; *c*) que la confrontación ideológica nordestina forma parte de una tensión que es común a toda América Latina y en modo alguno fue un episodio aislado, por más que haya sido quizá el más claro y mejor y más tempranamente planteado en la región en términos de «ciencia penal»; *d*) que los intelectuales periféricos reiteran ideologías centrales, pero no pueden elaborar marcos teóricos propios; no obstante, en las contradicciones que generan sus interpretaciones se van reconociendo los gérmenes de la reacción periférica contra la propia ideología neo-colonialista; *e*) que nuestra ideología o saber penal-criminológico nació como un capítulo de la ideología del racismo neo-colonialista y conserva hasta hoy muchísimos componentes de ese signo.

2. EL MARCO ECONOMICO-SOCIAL DE LA DISPUTA

Como es sabido, no hubo un debate entre Nina Rodrigues y Tobias Barreto, puesto que la crítica del primero a la idea de responsabilidad penal del segundo tuvo lugar cinco años después de la muerte del catedrático de Recife, «cuja memória será sempre recordada com respeito e acatamento por todo espírito liberal e emancipado», al decir de Nina Rodrigues[16]. Sin embargo, la confrontación ideológica no excede de diez años, esto es, de 1884 a 1894, o sea, desde la publicación de *Menores e loucos* hasta *As racas humanas e a responsabilidade penal no Brasil*[17].

---

[16] *As raças humanas...*, p. 50.

[17] De Tobias Barreto, cuando citamos *Menores e loucos* lo hacemos de la edición del Estado de Sergipe, 1926, *Obras completas*, V, *Direito, Menores e loucos e Fundamento do Direito de Punir*, que se basa en la segunda edición (Recife, 1886); la primera edición fue la de Río de Janeiro de 1884 (*Menores e loucos em direito criminal. Estudo sobre o Art. 10 do Código Criminal Brazileiro pelo Dr. TobiasBarreto de Mene-*

Creemos que no sería comprensible este enfrentamiento ideológico si prescindiésemos del marco social en que se desarrolló. Fue una década nutrida de hechos significativos: la abolición de la esclavitud (1888) y la proclamación de la República (1889), como hechos políticos. Pero estos hechos políticos eran la consecuencia de una transformación económico-social que venía operándose desde 1850, con los primeros signos de la caída de los precios del azúcar. La esclavitud había disminuido notoriamente (en Pernambuco del 21% de la población en 1850 al 4% en el momento de la abolición)[18] y la separación del cultivo de la caña y la industrialización de la misma (la aparición de los «engenhos centrais», que generó nuevas relaciones económicas, como resultado de los cambios tecnológicos, todo como parte de un proceso que terminaría descalabrando la economía del nordeste e industrializando el sur del Brasil.

Es obvio que esta confrontación ideológica tuvo lugar en un momento de progresivo y acelerado desbaratamiento de las relaciones económicas del nordeste, en que la acentuación de la separación entre las economías primaria y secundaria —por efecto de la separación técnica de la producción de caña y su elaboración en el gran «*engenho central*»— contribuiría a disminuir el número de esclavos, aumentando la oferta de mano de obra libre; en que se producía un deterioro del precio del azúcar en los mercados internacionales; en que toda la economía se había resentido y el Estado mostraba sus grietas como consecuencia del trágico remezón de la guerra genocida con el Paraguay [19], todo lo cual iba anunciando la formación de una amplia clase

---

zes. Lente da Faculdade de Direito do Recife, H. Laemmert & C. Editores, 66, Rua do Ouvidor, 1884).

18 Los datos completos en Martha Knisely Huggins, *From Slavery to Vagrancy in Brazil, Crime and Social Control in the Third World,* Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, 1985.

19 No sólo genocida por el exterminio casi total de la población masculina paraguaya, sino también por el inmenso número de víctimas que cobró entre las «razas inferiores» de los negros y mulatos brasileños y los gauchos argentinos (cfr. Chiavenato, *op. cit.*, p. 192; José María Rosa: *La guerra del Paraguay y las montoneras argentinas,* Buenos Aires, 1985).

marginada del sistema productivo y que en modo alguno podría ser reincorporada al mismo, lo que anunciaba los acontecimientos de Canudos[20], interpretados por Nina Rodrigues, como era de esperar, desde el ángulo de la *«loucura epidêmica»*[21], en tanto que Tobias Barreto no llegó a conocerlo.

La desarticulación del sistema esclavócrata provocó la liberación de la mano de obra forzada y la indiferencia de los hombres para trabajos que les ofrecían iguales o inferiores condiciones a las de la esclavitud. Los plantadores necesitaban mano de obra y no estaban en condiciones de pagarla dignamente. El número de presos por «alteración del orden público» aumentaba y, entre ellos, va dominando lentamente el de presos mulatos. La demanda de los agricultores se produjo en el sentido de presionar por la criminalización de la «vagancia», es decir, para la instrumentación del control social en función del reclutamiento forzado para el trabajo escasamente remunerativo[22]. Se trata de n momento que Martha K. Huggins caracteriza como de *crimes of the moral passage: punitive arrest for labour recruitment*[23]. Siguiendo a Linsky, explica esta autora que hay «olas de delitos» de dos órdenes: las que produce la verdadera prevalencia del delito de que se trate, y las de *moral passage,* que no las provoca un crecimiento de la desviación sino un reforzamiento criminalizante del sistema penal sobre esas conductas.

El desaliento para el trabajo —fruto de la abolición, es decir, reducción fáctica y abolición formal del trabajo esclavista— que había hecho desaparecer las coacciones privadas[24] o bien disminuirlas notoriamente, provocó una revitalización de las disposiciones sobre «va-

---

[20] Ver Rui Facó: *Cangaceiros y fanáticos, Gênese e lutas,* Río de Janeiro, 1983.

[21] «A loucura epidêmica de Canudos. Antônio Conselheiro e os Jagunços», Sociedade *Revista Brasileira*, 1897; la interpretación patologizante de estos fenómenos continuó muchos años (por ejemplo, Lourenco Filho: *Joaseiro do Padre Cicero,* São Paulo, 1926.

[22] Cfr. Martha K. Huggins, *op. cit.*

[23] *Idem,* p. 77

[24] Cfr. Martha Huggins, *op. cit.*

gancia»[25], esto es, el comienzo de un período en que el sistema penal ejerce un poder que no pasa a través de los códigos penales sino de las legislaciones contravencionales, rurales, de policía, de «peligrosidad social», etc., que continúan hasta hoy[26]. *La justificación biológica de estas legislaciones pasaba por el racismo*: la «natural abulia» de nuestras poblaciones su «escasa industriosidad», su «falta de iniciativa», su «incapacidad para el trabajo» en comparación con la iniciativa y competitividad de las poblaciones europeas nórdicas. Esto debe ser entendido en el marco de una «criminología de la dependencia» y a este respecto es clarísimo el trabajo casi pionero de Martha Huggins: una masa poblacional sobre la que se aflojan las rígidas y brutales coacciones esclavistas, mientras se empobrece la economía primaria, sin que al mismo tiempo pueda ser incorporada a una economía secundaria en expansión, provocó una masa poblacional libre que debía ser coaccionada por el sistema penal, lo que se justificó con argumentos extraídos de la ideología racista: su innata inferioridad biológica los haría indolentes.

3. EL CURSO GENERAL DEL PENSAMIENTO DE TOBIAS BARRETO

Mucho se ha discutido y malinterpretado la posición de Tobias Barreto, especialmente en el campo filosófico. Nos resulta imposible seguir el rastro de estas interpretaciones, pero justo es reconocer que sus equívocos provienen de lo que parecen ser —o son— contradicciones del jurista sergipano.

En efecto: no fue un autor sistemático; era lo más alejado de tal modalidad. No obstante, sus contradicciones son, en buena medida, el producto de un pensamiento que avanzaba a medida que iba adquiriendo y elaborando información y que muere a la edad en que suelen producirse las expresiones de mayor madurez creativa, o al menos, el asentamiento de lo ya creado.

---

[26] Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina, Informe final*, Buenos Aires, 1986.

[25] *Idem.*

No podemos limitarnos al análisis de las tesis que le criticará póstumamente Nina Rodrigues, puesto que esas tesis, fuera de contexto, no reflejan la magnitud del enfrentamiento ideológico, pareciendo reducirse a un punto generalmente pasado por alto en las interpretaciones macro-ideológicas.

Sin la pretensión de contradecir a nadie y, pese correr el riesgo de caer en una excesiva simplificación, entiendo que de la lectura de las obras de Barreto y de sus contradicciones progresivas, parece surge una constante: *la búsqueda de una huida del positivismo sin caer en el espiritualismo metafísico tomista o caer en un desdibujado eclecticismo que parecía dominar el panorama del pensamiento filosófico de su tiempo* (o quizá también en el romanticismo krausista).

Tobias Barreto rechazó de plano y en todo momento el positivismo de Comte, que avanzaba arrolladoramente desde el sur del Brasil, como expresión clara de la tendencia autoritaria concebida por quien había vestido de «ciencia positiva» una ideología organicista y elitista. El enfrentamiento a la «religión comtiana» lo llevaba a buscar fuentes en otras vertientes y, de allí, que atrincherase sus planteos en el «germanismo». La calificación de «positivismo» parecía reservarse en este tiempo al comtismo y, contra éste, esgrimía Tobias primero el «monismo» fundado en Haeckel. Spencer y Haeckel son citas que pueblan los trabajos de Tobias Barreto, pero no era ingenuo y, como hoy es obvio, llegó pronto a percatarse de que, en el fondo, se estaba manejando con diferentes versiones de una misma idea básica.

El monismo mecanicista de Haeckel no es más que un burdo materialismo de cuyas carencias se percató Tobias rápidamente, no encontrando sino una vuelta a Kant —bastante discutible— en los últimos años de su vida[27].

Este itinerario de las ideas de Tobias Barreto no carece de algunas analogías que la historia de la filosofía en América Latina podría establecer. El esfuerzo de José Vasconcelos en México treinta años más tarde, por superar el positivismo spenceriano del porfirismo le llevó

---

[27] Cfr. Paulo Mercadante-Antonio Paim: *Tobias Barreto na cultura brasileira. Uma reavaliação*, São Paulo, 1972, pp. 85-86.

a acercarse al arsenal hegeliano, aunque para asignarle otra interpretación a la historia, como parte de una tentativa de elaborar una filosofía para la Revolución Mexicana, que al mismo tiempo rechazase al positivismo porfirista sin volver al tomismo conservador. No podemos olvidar que el positivismo fue la ideología del neo-colonialismo por excelencia, que el spencerianismo fue su versión propia del neocolonialismo británico[28] y que en toda Latinoamérica se quiso plantear la falsa disyuntiva entre un positivismo filosófico, supuestamente progresista, científico y ordenado, o la vuelta a la reacción, al conservadorismo, a la «metafísica» (entendida como «espiritismo» al decir de Ferri), al tomismo y a la ideología colonialista. En términos políticos, esto significaba que no había más alternativas: el colonialismo ibérico «retardatario» o el neo-colonialismo británico «progresista». El evolucionismo, en la forma en que lo interpretaron estas corrientes desembocaba en esa disyuntiva.

Alemania proporcionó una versión «espiritualizada» («idealista» para ser precisos) mucho más elaborada filosóficamente, que es quizá la pieza más refinada del etnocentrismo europeo: la filosofía hegeliana de la historia[29]. Spencer es una versión inglesa, mucho más simplista[30]. Tobias Barreto, en sus últimos años se percató de la necesidad de volver a Kant y, aunque lo hace en forma muy particular[31], lo cierto es que al cabo de un largo periplo iniciado por Hegel, la propia filosofía alemana, ya en nuestro siglo, volvió a Kant para recuperar su curso antropológico[32]. Por supuesto que la vuelta a Kant de Tobias

---

[28] Es muy clara la exposición sobre Spencer de Marvin Harris: *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura,* Madrid, 1983.

[29] Hegel, G. W. F.: *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal,* Madrid, 1980. Cabe tener en cuenta que Tobias Barreto no parece haber leído a Hegel. Si bien citó a Marx —afirmándose que fue el primero en hacerlo en Brasil— «pasó de Kant a Marx saltando a Hegel» (Mario G. Losano, «La Scoula di Recife e l'influenza tedesca *sul d*iritto brasiliano», en volumen II de *Materiali per una storia della cultura giuri-dica,* Bologna, Ed. Il Mulino, 1974, p. 370).

[30] Cfr. Georg Lukács: *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler.* México, 1983, p. 19.

[31] Ver Marcadante-Paim, *op. et loc. cit.*

[32] Recuérdese el trabajo de Martin Heidegger: *Kant und das Problem der Metaphysik,* 1929.

fue algo intuitivo, pero de cualquier manera, no deja de ser significativo que, de una filosofía materialista-mecanicista, burdamente ramplona, que no pasa de un cientificismo que lleva a un reduccionismo biológico de la peor especie, el catedrático de Recife vaya a buscar urgentemente elementos en un filósofo preocupado por la dignidad del hombre y no aceptase jamás el concepto de pena a que lo conducía directamente su primitiva admiración por Haeckel.

Tobias Barreto parece haberse familiarizado un tanto con el pensamiento kantiano en 1886 y 1887, es decir, dos años antes de su muerte, y haberlo hecho a través de las versiones neo-kantianas de Herrmann von Helmholtz, pensador cercano a Lange [33]. Esto demuestra que no fue el pensamiento kantiano directo ni un profundo conocimiento de la primera etapa del neo-kantismo lo que llevó a Tobias a rechazar el concepto monista-mecanicista de Haeckel en su más difundidos trabajos penales, que serán los que justamente le criticará Nina Rodrigues, puesto que la primera edición de *Menores e loucos* data de 1884 [34], en tanto que la segunda es de 1886 [35] y en ellas expresa que *O fundamento do direito de punir*, es una *«inolvidável brochura... aparecida pela prima vez ha mais de seis anos»* [36].

No pretendemos entrar en las difíciles discusiones en que se mezclan argumentos de todo género. Resulta muy difícil juzgar la obra de Tobias Barreto y, en definitiva, tampoco puede juzgársela aislándola de su personalidad. La personalidad de Tobias fue contradictoria y problemática, fuera de toda duda, aunque para ello tal vez no sea necesario mostrarlo en forma tan mezquina como lo hace Jorge Amado[37]. No pretendo abrir un juicio, sino lanzar una hipótesis: el origen

---

[33] Cfr. Antonio Paim: *Importância e limitações da obra filosófica de Tobias Barreto*, en Mercadante-Paim, *op. cit.*, pp. 159 y ss.; Mario G. Losano, *op. cit.*

[34] Es la edición de Río de Janeiro, cit.

[35] Es la edición de Recife, sobre la que se hizo las del Estado de Sergipe, 1926, de la que tomamos las citas.

[36] «Advertência» a la edición de Recife, en p. XI de la de 1926.

[37] Jorge Amado: *A.B.C. de Castro Alves*, Martins, 22a. Ed., p. 109 y ss., donde sigue especialmente a Gilberto Amado *Tobias Barreto*, Ariel Ed., 1934). De todos modos, de su problemática personalidad dan cuenta prácticamente todos sus biógra-

más que humilde de Tobias le obliga a trazar una estrategia y una táctica existenciales. Creo que la estrategia estaba acertada pero su táctica le falló, no tuvo condiciones para ella, no pudo soportar pacientemente hasta llegar y después mostrarse como rebelde, pues por los poros se le escapaba su rebeldía, cada contención era un estallido, no engañaba a nadie, no podía disimular y, a la marginación que provocaba su condición de mulato añadía la que causaba con sus desplantes y sus reacciones paranoides que daban lugar a una potencialización del aislamiento y la marginación.

Sin duda que merece estudiarse profundamente el esfuerzo inmenso que en forma individual llevó a cabo Tobias Barreto, consiguiendo libros e información desde un pequeño pueblo pernambucano, estudiando alemán, manteniendo correspondencia con el mundo, leyendo y escribiendo prácticamente de todo, peleándose con los «respetables» del pequeño pueblo y luego con sus colegas en la universidad, y todo eso en medio de la tensión psíquica de haberse asignado un papel que no logró representar y sin animarse a quebrarlo y a manifestar abiertamente toda su rebeldía. Es imaginable que la salud de su corazón no soportase mucho tiempo esas contradicciones.

Esta personalidad no puede escindirse de su obra: el mestizo se percató que era necesario oponerle un humanismo al positivismo[38] y esta necesidad la percibe como una demanda *política*, muy anterior a su conocimiento un poco más profundo de Kant.

Detrás de todas las contradicciones que dejó Tobias en pie —y que en modo alguno hubiese podido resolver— percibía claramente que no podía admitir el autoritarismo de Comte (organicista, elitista, machista, antidemocrático), en buena medida producto de una mente no muy sana y que adelantaba elementos claramente reconocibles muchos años después en el fascismo, pero que tampoco podía aceptar el mecanicismo monista de Haeckel en todas sus consecuencias. Tobias se valió del segundo para combatir al positivismo comtiano

---

fos (Hermes Lima, *op. cit.*; Junot Silveira: *O romance de Tobias Barreto,* Salvador, 1953; Roberto Lyra: *Tobias Barreto, O homem pêndulo,* Río de Janeiro, 1937.

[38] Antônio Paim, *op. cit.*

que venía del sur, pero pronto cae en la cuenta de que el monismo de Haeckel lo llevaba a Moleschott[39] y a un control social biologista que no estaba dispuesto a aceptar.

No queremos entrar en discusiones gastadas, como la de averiguar si hubo una «*escola do Recife*»[40], porque todo depende de qué se entienda por «*escola*». Lo que interesa saber —y es indudable— es que en una provincia, aislado, solitario, marginado por su rebeldía y por las propias contradicciones de su personalidad, hubo en la agonía del Imperio un pensador que, con la parcial información que con increíble esfuerzo logró reunir en el curso de pocos años, se fue percatando de lo que el positivismo significaba para el hombre latinoamericano, que primero creyó que era sólo la visión de Comte, pero que luego cayó en la cuenta de que era igual o peor el mecanicismo con su reduccionismo biológico, que esa «intuición» no fue tal, sino el descubrimiento de la dimensión política de semejante ideología, y que quiso emprender la tarea de oponerle un humanismo, para lo cual intuyó (aquí sí «intuyó») que había que retornar a Kant, aunque no pudiese coronar su tarea que, por cierto, excedía con creces sus posibilidades y fuerzas.

Frente al positivismo arrollador que venía del neo-colonialismo del sur, Tobias Barreto se impuso una obra ciclópea, cual era, desde una provincia a la que ese mismo neo-colonialismo desbarataba sus relaciones económicas, encontrar un humanismo que sin caer en la ideología teocrática, apuntaladora de las deterioradas relaciones económicas nordestinas, superase al positivismo.

Esta creo que es la gran lección que nos deja la obra de Tobias Barreto: cualquier académico que desde un país periférico quiera enfrentar al saber (o ciencia) social central y, por ende, sustentadora

---

[39] Jac. Moleschott: *La circulación de la vida*, trad. de A. Ocina y Aparicio, Madrid, 1881.

[40] Hermes Lima la niega por exagerada (*op. cit.*, p. 231). Otra es la opinión de Losano, *op. cit.*; Nilzardo Carneiro Leao: «Atualidade de Tobias Barreto», en *Tres vidas, um ideal*, Recife, s.d. (se trata de una clase de clausura impartida el 8 de agosto de 1979).

de sus relaciones de dependencia, deberá manejarse con retazos de esas mismas ideologías y, por ende, procederá en forma sincrética, pero que valorada desde los mismos paradigmas centrales resultará lacunar y contradictoria

4. LA RESPONSABILIDAD Y LAS IDEAS PENALES DE TOBIAS BARRETO

Como era lógico, Tobias Barreto no podía encarar el problema de la responsabilidad penal sin ocuparse de la pena, pues el concepto de pena es lo que siempre da lugar a todo el concepto del derecho penal. Aquí su rechazo de la pena conforme a las tesis positivistas fue frontal: le imputaba a los defensores de la patología criminal hacer aparecer a la «*sociedade inteira como uma imens casa de orates*» y agregaba que esos *savantissimi Doctores, medicinae Professores*, terminarían «*em nome de Darwin e de Haeckel*», viendo en la pena «*alguna coisa semelhante á selecç`ao espartana ou ua espécie de selecçào jurídica, pela qual os membros corrutos vao sendo postos a parte do organismo social comun*»[41]. En este sentido criticaba las conclusiones a que conducía la teoría lombrosiana que conociera tempranamente[42] y adelanta lo que luego se considerará «el embuste de las etiquetas» de Kohlrausch:

> *Lombroso propòe a substituiçào da cadéia pelo* manicomio criminale. *Dou de barato. Porém os seus princípios ou seus dados positivos, destendidos pela lógica, levam à conseqüência de ser talvez preciso meter-se no hospital à humanidade inteira, se não é que o ilustre autor nos tenha proposto sómente uma questão de palavras, e entre cadéia e hospital de criminosos não se estabeleça distinção notável*[43].

---

41 *Menores e loucos*, p. 12.
42 La cita en la p.154 de la edición de 1884 (p. 67 de la de 1926).
43 *Menores e loucos*, 1926, p. 73.

Afirmaba Tobias Barreto que si la conclusión última de Lombroso no fuese la de reemplazar al derecho penal con la psiquiatría toda su obra «*seria até destituida de senso*». Sólo le concedía razón a Lombroso frente a los que llamaba «penalistas metafísicos», entre los que señalaba a Carrara como «*da pior espécie*»[44].

Tobias sostenía que el derecho penal tenía carácter inductivo, porque se trataba de modificar conductas, pero que su filiación como ciencia natural no le quitaba su posición autónoma, «*não apagará jamais o caráter jurídico da pena*», lo que coincidía con su visión general del derecho, en que negaba la existencia de un derecho natural y afirmaba la de una «*lei natural do direito*»[45]. En este sentido –y pese a que no continúa el desarrollo– Tobias Barreto podía haber llegado a conclusiones parecidas a las de Dorado Montero en España: «*se é certo que o delito, como fato natural, está sujeito a outras leis que não ás leis da liberdade, esto não quer dizer que o direito deve deixar de interpôr-se como meio de corrigir a natureza*»[46].

Tobias rechazaba todo jusnaturalismo y, con ello, cualquier idea de delito natural, que en su tiempo, lógicamente, debía vincular con el tomismo, y cuya denuncia atribuye a Hume y le niega el primado a Comte (en lo cual llevaba razón). No habiendo «delito natural» no hay «pena natural», sino una voluntad política de corregir ciertos «hechos naturales». Tobias es terminante en esto: rechaza el carácter ético de la pena, la deslegitima, ridiculiza la mezcla de «*justica moral com a utilidade social*», cuestión que deja liberada a los «*metaquímicos do direito*» que «*conhecem perfeitamente a natureza dos saes e as proporçòes esatas em que eles devem ser combinados*» y no le va en zaga en cuanto a la ridiculización de la dimensión ética, muy difundida entre

---

44 *Idem*, p. 74.

45 *Introduçao ao Estudo do Direito*, en *Obras completas*, Edicao do Estado de Sergipe, 1926, *VII*, pág. 38. La expresión cabe recogerla como un serio adelanto de la «naturaleza de las cosas» en el sentido que en la posguerra le otorgara Welzel, al negar un derecho natural idealista, pero aceptar límites al derecho en función de las *Sachlogischenstrukturen* («estructuras lógico-reales»).

46 *Menores e loucos*, p. 75

los franceses, ironizando la forma en que la tuvieron en cuenta «*ao supliciar-se os homens da comuna, isto é, em dose nenhuma*»[47].

Para Tobias el fundamento de la pena es la venganza: el límite jurídico a la reacción frente al delito era para él la reparación. La pena pública no era para Tobias jurídica, sino política:

> *O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas un conceito polltico. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequencia de direito, lógicamente fundada*[48].

En este sentido, la deslegitimación de la pena por parte de Tobias es total, al punto de compararla con la guerra, adelantando una tesis que hoy varios penalistas retomamos: «*Quem procura o fundamento jurídico da pena, deve também procurar, se é que ja não, encontrou, o fundamento jurídico da guerra*»[49]. Lo curioso de esta deslegitimación es que, en tanto que Dorado Montero, por camino parecido, anulaba la «responsabilidad» y concluía en su «derecho protector de los criminales»[50] y hoy con argumentos análogos se llega al abolicionismo[51] o al derecho penal mínimo [52], Tobias adelantó hace más de un siglo lo que ahora se nos ofrece como novedad por el funcionalismo sistémico de recepción alemana[53]. Si prescindiésemos de algunas características de estilo, el siguiente párrafo podría atribuirse a cualquier penalista sistémico contemporáneo:

---

47 *O fundamento do direito de punir*, cit. p. 149.
48 *Ibidem.*
49 *Idem.* p. 151.
50 *Idem.* p. 151.
51 Así, los trabajos de Louk Hulsman, Nils Christie, etc.
52 Así, los trabajos de Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli, etc.
53 Se trata de la incorporación de las tesis de Niklass Luhmann al derecho penal, cuyo expositor más claro es Günther Jakobs: *Strafrecht, Allg. Teil.* 1983.

Todo sistema de forças vae atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é também um sistema de forças, e o estado de equilíbrio que ela procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecução ela vive uma contínua guerra defensiva, empregando méios e manejando armas, que não são *sempre forjadas, segundo os rigorosos princípios humanitários, porém que devem ser sempre eficaces. Entre estas armas está a pena*[54].

La influencia de Kant en estos trabajos es aún lejana, pero, de cualquier manera, es claro el esfuerzo de Tobias Barreto para evitar las consecuencias del positivismo, ya sea en versión comtiana como spenceriana. Haeckel, en quien se afirmó primero para atacar al positivismo comtiano, era un divulgador poco original del materialismo positivista y del reduccionismo biológico[55], en muchos aspectos más burdo que Spencer y casi cercano a Moleschott. El mismo Tobias afirmaba estar dispueso a suscribir la famosa afirmación de este último («El hombre piensa lo que come»)[56]. Por cierto, esta frase tuvo una curiosa interpretación racista en América Latina[57].

Tobias Barreto trató de evitar la patologización total del derecho penal y su consiguiente traspaso al campo médico —como parecía imponerse en la construcción lombrosiana y más aún en la de Maudsley— pero al mismo tiempo le negaba al filósofo la competencia para decidir acerca de la alienación —como lo había postulado Kant—, situándose en una posición intermedia: «responsable» es el «normal», esto es, el que no es «alienado», siendo la determinación de la alienación el único campo que le reconocía al médico.

Es sumamente interesante analizar cómo, Tobias Barreto, pensando por su cuenta, leyendo libros un tanto desordenadamente, al pun-

---

54 *Menores e loucos,* pág. 152.

55 Cfr. Abbagnano, Nicola: *Historia de la filosofía,* III.

56 Moleschott era tan original que pretendía suprimir los cementerios para dar utilidad al fósforo de los huesos.

57 Se trata de la obra de Francisco Bulnes: *El porvenir de las naciones latinoamericanas ante las recientes conquistas de Europa y Norteamérica (Estructura y evolución de un continente),* México, s.d. (la 1° ed. es de 1889; hay una segunda de 1940). En ella el autor clasifica a las razas humanas conforme a su alimentación, en la del trigo, del arroz y del maíz. Por supuesto, la «superior» era la del trigo.

to de reiterar citas de autores que son prácticamente desconocidos o están olvidados en Alemania, desde un pequeño pueblo del interior de Pernambuco, recorrió un sendero que, si le quitamos muchas citas y curvas que lo hacen contradictorio, veremos que en buena medida adelanta la encrucijada en que se halla hoy la teoría penal: le negó al biologismo reduccionista la pretensión de patalogizar todos los conflictos; negó el jusnaturalismo idealista y el carácter ético de la pena (recalcaba que su razón se hallaba en la venganza y no perdía ocasión de señalar la selectividad penal); deslegitimó la pena y le restó toda justificación racional, reduciéndola a una medida política; terminó explicando la pena en forma análoga al actual funcionalismo sistémico.

Es claro que la obra de Tobias Barreto está plagada de contradicciones y que su tardío conocimiento de Kant no le permitió llevarlo hasta sus teorías penales en forma adecuada. Es también verdad que en el penúltimo párrafo de su *Fundamento* no se percata que, al proporcionar una explicación sistémica vuelve al organicismo social, pero tampoco se percatan de ello muchos funcionalistas actuales[58] y, en este sentido, Tobias fue un precursor al que, al menos, no puede negársele el mérito de haber despreciado por falsas todas las teorías de la pena, de haberle negado racionalidad, de haberla reducido a una medida política sin lógica ni racionalidad jurídica y de haber tratado de explicarla en un contexto claramente funcionalista.

No es nada sencillo recorrer este itinerario sin pasar por la obra de Liszt, de Ferri, de Dorado, de Bonger, del neo-kantismo de Baden, de la «naturaleza de la cosa» welzeliana o de Radbruch, de la fenomenología, del interaccionismo simbólico, de Merton, de Parsons, de Luhmann, de la crítica marxista inglesa y norteamericana, etc. Es claro que quien lleva a cabo esta tarea, trabajando en las condiciones en que lo hizo Tobias y desde una provincia de un país periférico y con su economía en vías de descalabro total, no podía menos que andar saltando de contradicción en contradicción y acabando en otra con-

---

[58] En realidad todo lo que postula el funcionalismo ya ha sido adelantado por el organicismo (cfr. Don Martindale: *La teoría sociológica*, Madrid, 1979, p. 544.).

tradicción, pero que no es muy diferente a la que un siglo después de su muerte un sector de la doctrina alemana muestra como novedad.

Pese a todo, nos resta una duda, que creemos que jamás podrá aclararse: el estilo de Tobias era embrollado, saltaba de un tema a otro y a veces parece que «embutía» párrafos y temas. Por ello y por su circunstancia, nunca sabremos si el párrafo en que hace una descripción funcional de la pena en su *Fundamento* es una justificación de la misma o una denuncia, o sea, si se ampara en lo sistémico para justificar al sistema penal o si, por el contrario, lo denuncia como deslegitimado. Su *Fundamento* es un escrito que proviene de sus tiempos en Escada[59] y la difícil estrategia existencial de Tobias Barreto —finalmente fracasada— nos impide saberlo, es decir, que queda en pie una pregunta clave: ¿quería sugerir algo más en ese párrafo?

5. LA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA O EL «APARTHEID» CONVERTIDO EN CIENCIA

Nos resulta imposible reiterar aquí todo el análisis que desde hace algunos años venimos llevando a cabo y conforme al cual concluimos que el saber criminológico positivista es un producto de la antropología racista y de la sociología clasista, o sea, de dos «ciencias» nacidas como «saberes» destinados a sostener al *control colonialista* una y al *control clasista* la otra, que servían para justificar un genocidio colonialista la primera y un genocidio clasista la segunda. La cosmovisión lombrosiana no era otra cosa que un evolucionismo zoológico que concluía en que los colonizados («salvajes» y «bárbaros» en la terminología de la antropología colonialista) y los criminales estaban atrasados en la escala evolutiva[60]. Por supuesto que eso era lo que justificaba sus caracteres «atávicos» comunes: hiposensibilidad al dolor (el maltrato no lo sentían igual que el «blanco superior»); amoralidad (su

---

[59] Cfr. Hermes Lima, *op. cit.*, pág. 207.
[60] Ver *Criminología, Aproximación desde un margen*, Bogotá, 1988.

vida familiar y sexual no coincidía con las pautas victorianas); falta del sentido de propiedad (practicaban la propiedad comunitaria); desconocimiento de la vergüenza (no se avergonzaban por las mismas cosas que avergonzaban al «blanco superior»); incapacidad para sonrojarse (no se sonrojaban al mentirle «descaradamente» al expoliador «superior»); etc.

Dentro del clarísimo racismo de esta ciencia social, siempre pudieron reconocerse dos grandes líneas u órdenes de argumentos ideológicos dentro de ella: un racismo *evolucionista* y otro *involucionista.*

La ideología del *racismo evolucionista* es la que en la colonia nos consideró infieles que no habíamos recibido el mensaje cristiano y, por ende, los portadores de ese mensaje, por su superioridad teocrática, se atribuyeron el derecho a colonizarnos con la bendición papal. En el neo-colonialismo, el argumento teocrático se cambió por otro científico y, por ende, fue nuestra inferioridad civilizatoria lo que justificó nuestra colonización, por lo cual debían tutelarnos hasta ponernos algún día, muy lejano y cuando ya adquiriéramos los caracteres biológicos a través de la nueva civilización, al mismo nivel de las potencias neo-colonialistas. Si bien éramos biológicamente inferiores, la adquisición de los caracteres biológicos superiores permitiría un día que la civilización acabe con nuestra inferioridad (atavismo), lo que por cierto requería una larga tutela, porque los cambios evolutivos zoológicos se producen lentamente. Este fue el evolucionismo spenceriano[61].

La ideología del *racismo involucionista* fue la que en el colonialismo nos consideraba herejes, porque habíamos rechazado el mensaje que en su momento nos había traído el apóstol Tomás[62] y, por lo tanto, éramos caídos. En el neo-colonialismo el argumento se volvió científico con la teoría que se corona en el aburridísimo trabajo del novelista

---

61 Ver Marvin Harris, *op. cit.*

62 Se escribieron muchísimos libros para probar que el apóstol Tomás había llegado a América y se tomaba como prueba la existencia de las cruces prehispánicas. Sobre la cuesión, Adán Quiroga: *La cruz en América,* Buenos Aires, 1977; Jacques Lafaye: *Quetzalcóatl y Guadalupe. La formación de la conciencia nacional en México,* México, 1983.

conde de Gobineau, para quien somos el resultado de la degeneración de una raza superior (aria) y nuestra inferioridad nos condenaba a la extinción[63].

Cabe consignar que estas dos corrientes ideológicas racistas no se mantuvieron aisladas ni se sostuvieron ortodoxamente, sino que, conforme a la coyuntura, se combinaron en diversa medida y forma, dado que el grado de optimismo en cuanto a la velocidad de adquisición de caracteres biológicos podía acercar la primera a la segunda o separarla. Este fue el marco ideológico en el que surgió la escuela positivista italiana, la escuela antropológica francesa y en el que tuvo lugar la crítica de Nina Rodrigues y, en general, el surgimiento de la criminología en América Latina.

6. LA CRITICA DE NINA RODRIGUES

El argumento central y básico del catedrático de medicina legal de Bahía era evolucionista: consideraba imposible imponerle «*a um povo uma civilização incompatível com o grau do seu desenvolvimento*»[64]. Será el argumento que podemos leer en Exner para explicar la criminalidad negra en los Estados Unidos en los años treinta[65], cuando retornaba de los Estados Unidos, encantado con esas ideas racistas de sus colegas norteamericanos[66], que se materializaban en la selección migratoria y en las legislaciones sobre esterilización de delincuentes[67]. En su apoyo cita la opinión de Anselmo da Fonseca, que se admiraba

---

[63] Es particularmente interesante el libro de Georges Raeders: *O inimigo cordial do Brasil. O Conde de Gobineau no Brasil,* Río de Janeiro, 1988. Una temprana y muy severa crítica a las ideas de Gobineau es la de Jean Finot: *Le préjugé des races,* París, Alcan, 1906.

[64] *As raças,* cit., p. 29.

[65] Puede leerse ese argumento en la traducción castellana de Franz Exner (*Biología criminal en sus rasgos fundamentales,* Barcelona, 1957), que está citada por casi todas las cátedras de nuestro continente).

[66] Cfr. Stephan L. Chorover: *Del génesis al genocidio,* Madrid, 1985.

[67] Ver n. *Criminología,* cit.

de que hubiese habido quienes pretendieron civilizar a los argelinos[68] y pretende que la evidencia mayor de su aserto es la destrucción física de las civilizaciones mexicana y peruana, que «*desapareceram totalmente na concurrência social com a civilização européia, muito mais polida e adiantada*»[69].

Nina Rodrigues creía en la existencia de una incapacidad orgánica cerebral, que consideraba invencible y que se manifestaría incluso en los casos en que el éxito en la civilización del salvaje parecía más completo [70]. Después de concederle cierta preferencia a Garofalo, Nina concluía en que cada raza presenta una criminalidad que le es propia, «*de acordo com o gráu do seu desenvolvimento intelectual e moral*»; «*que há imposibilidade material, orgânica, a que os representantes das fases inferiores da evolução social passem bruscamente em uma só geração, sem transiçâo lenta e gradual, ao gráu de cultura mental e social das fases superiores*». Con estas consideraciones termina en una afirmación digna de los mejores penalistas hegelianos[71]: «*o postulado da vontade livre como base da responsabilidade penal, só se pode discutir sem flagrante absurdo, quando for aplicável a uma agremiàçao social muito homogênea, chegada a um mesmo gráu da cultura mental média*»[72].

Con estos argumentos centrales se enfrenta a las tesis de Tobias Barreto, no sin antes rendir tributo a su memoria[73]. Le imputa a Tobias que «*estacou ante a consequência fatal dos seus princípios filosóficos*» [74]. Al rechazo que hace Tobias de la pena como «selección espartana», Nina le imputa que «*não teve a intuição prática dessa previsão, nao soube antever que essa conseqüência lógica e natural da teoria evolucionista aplicada ao direito, havia de ser em breve formulada em corpo de*

---

[68] Sobre esto y la escuela psiquiátrica de Argel, explicando la criminalidad por la inferioridad biológica, Fantz Fanon: *Pele negra, máscaras brancas,* Salvador, 1983.
[69] *As raças,* p. 31.
[70] *Idem* , p . 33.
[71] Siguiendo a Hegel sostienen que sólo pueden actuar con relevancia jurídica los que son «libres» y son tales los que integran «comunidad jurídica». Sobre ellos, en detalle, n. *Tratado de Derecho penal. Parte general,* T. II.
[72] *As raças,* p. 47.
[73] *Idem,* p. 50.
[74] *Idem,* p. 51.

doutrina para constituir, com os Ferri e Garofalo, a escola criminalista positivista».

Los argumentos de Nina Rodrigues contra la libertad de la voluntad de Tobias Barreto y contra el libre arbitrio en general, no vale la pena analizarlos, porque son los propios de la época. En rigor, lo más importante de la crítica de Nina Rodrigues —por ser lo más revelador— fue su aspecto político-criminal: la aceptación del libre arbitrio, absoluto o relativo, según Nina da lugar a una doctrina penal que lleva a la impunidad[75]. Nina asiste a la enorme ampliación del catálogo de enfermedades y anomalías que fabricaban los psiquiatras de su tiempo y llega a la conclusión de que «*em rigor a poucos criminosos não aproveitārão os benefícios da irresponsabilidade*»[76]. Tenía la sensación de que la teoría de Tobias, manejada por la psiquiatría de la época, le llevaba a una impunidad general frente a la cual el catedrático de Bahía se sentía en la obligación de advertir el peligro. Era claro que Nina Rodrigues procedía de un modo harto ingenuo: por un lado, caía en la trampa que le tendía la ideología colonialista que se valía de la psiquiatría para considerarnos a todos inferiores y, por otro, no se percataba que los psiquiatras iban patalogizando todo, justamente porque la psiquiatría, como ideología de control social, le disputaba la clientela a la cárcel para reforzar al manicomio, es decir, a la propia institución de secuestro, como diría Foucault.

Por supuesto que el problema le parecía más grave a Nina en Brasil, debido a la «*responsabilidade das raças brasileiras nos nossos códigos penais*»[77]. En este sentido y en términos más modernos, diríamos que Nina Rodrigues afirmaba que las «*raças inferiores brasileiras*» no podían ser responsabilizadas en función del libre arbitrio porque filogenéticamente estaban condicionadas para no alcanzar el nivel de conciencia de la antijuridicidad de la raza «superior» y porque también de esa manera reconocían una «*tendência inata e involuntária à*

---

[75] *Idem*, p. 65.
[76] *Idem*, p. 66.
[77] *Idem*, p. 68.

impulsividade por insuficiência de desenvolvimento psíquico»[78], es decir, porque a menor desarrollo mental tienden a predominar las «*ações automáticas e reflexas iniciais*».

En el cuadro del «*Brasil antropológico e étnico*» que traza Nina, no deja de señalar que en el norte van quedando dos razas —la blanca y la negra— siendo más adaptable al clima la segunda, agregando, por supuesto, que «*o recéio deve ser que a reversão à raça pura não seja em favor da raça negra*» [79].

Cuando pasa a analizar la cuesión de la responsabilidad penal de indios y negros no se preocupa casi de los salvajes y esclavizados y poco de los que considera incorporados recientemente, sino que le preocupa el problema del mestizaje después de algunas generaciones: según este autor, su naturaleza no cambia y sólo se contendrían de acciones criminales por temor al castigo, pero no por la conciencia de la criminalidad de sus actos[80]. Es obvio que Nina Rodrigues estaba observando a los mestizos que se concentraban urbanamente en el nordeste, como resultado de la desintegración de las relaciones laborales azucareras, es decir, a población urbana o urbanizada que nada tenía de «salvaje», pero que era una clase peligrosa para el poder de su tiempo y que reaccionaba anómicamente ante la expoliación y la miseria, e interpretaba el fenómeno en términos racistas o de reduccionismo biológico. Los casos de menores en las prisiones que analiza Nina Rodrigues, encarcelados desde los nueve o diez años, sodomizados en el presidio, son tratados en tal forma que indigna, pero más que indignarnos debe hacernos reflexionar hasta dónde puede condicionar el poder al «sujeto cognoscente» como diría Foucault: Nina Rodrigues se limita a anotar su condición de «*pederasta passivo*» casi como un signo más de su inferioridad.

A partir de esta altura de su exposición Nina Rodrigues comienza afirmando la imposibilidad de civilizar al «brasilio-guarani» («*é uma*

---

[78] *Idem*, p. 82.
[79] *Idem*, p. 95.
[80] *Idem*, p. 108.

questão julgada no Brasil», dice), para pasar a repetir en portugués los lugares más comunes de las ciencias racistas de su tiempo, especialmente la terrible psiquiatría y antropología en lengua francesa (Morel, Orgeas, Havelacque, Corre, etc.). Corre precisamente —a quien el autor co-dedica la obra— es uno de los que con mayor claridad plasma la más alta expresión del racismo colonialista francés en su obra sobre psiquiatría de los pueblos *creoles*:

> *O negro não tem mau carácter mas sómente carácter instável como a criança, e como na criança, a sua instabilidade é a conseqüência de uma cerebraçao incompleta. Num méio de civilização adiantada, onde possui inteira liberdade de proceder, ele destoa ... como em nossos países da Europa, essas naturezas abruptas, retardatárias que formam o grosso contingente do delito e do crime*[81].

Si Corre viviese hoy, pretendería que su tesis se confirma al encontrar las cárceles francesas llenas de negros y árabes o las alemanas de turcos y le daría la razón a los partidos neo-nazistas o neo-fascistas europeos en su xenofobia. Nina Rodrigues recoge estas afirmaciones, las reitera y las emprende hasta con Otelo, que habría procedido de ese modo por ser moro. Concluye, pues, en que los indios y negros, que son irresponsables en estado salvaje, cuando están incorporados tienen derecho a reclamar una responsabilidad atenuada[82].

Sin duda que el capítulo más interesante del *apartheid* criminológico de Nina Rodrigues es el dedicado al mestizo, es decir, a la gran masa del pueblo brasileño, especialmente del nordeste y, en definitiva, a la gran mayoría —cada día más creciente— de la población latinoamericana. Partiendo de la afirmación de que el cruzamiento de especies diferentes es mucho menos exitoso cuanto «*mais afastadas estão entre si as espécies que se cruzam*», observa qué «*o cruzamento das raças ou espécies humanas não dão híbridos*», pero, basándose ahora en

---

[81] *Idem*, p. 117.
[82] *Idem*, p. 123.

Spencer, afirma que «*se ainda não está provada a hibridez física, certos cruzamentos dão origem em todo caso a produtos morais e sociais, evidentemente inviáveis e certamente híbridos*»[83]. Aquí cita a José Verissimo, en una larga y curiosa cita, porque éste, para pretender probar la carencia de sentido moral de los habitantes de Pará, realiza una descripción que, si la depuramos de los adjetivos peyorativos del autor, constituiría el ideal de las casi siempre fracasadas tentativas de comunidades alternativas. Además de quedarnos con cierta intriga por saber dónde encontrar esa suerte de paraíso que Verissimo describe horrorizado, es curioso constatar que a renglón seguido también la emprende con los perros, afirmando, en contra de lo que todos sabemos por propia experiencia, que sólo «*o cão de tipo puro*» es «*o companheiro ideal do homem civilizado*»[84].

No nos detendremos en los remanidos argumentos sobre la «*imprêvidencia*», la «*indolência*», la falta de «*consciência plena do direito de propriedade*», la «*impulsividade*», sino que iremos directamente al viejo argumento de cuño psiquiátrico francés, de la psiquiatría que ejemplificaba con los retratos de los «degenerados» de la Comuna de París y que justificaba el *apartheid* con el argumento de que el mestizo gana en inteligencia, pero pierde en moral, porque el mestizaje provoca un desequilibrio moral, lo que Nina, deslumbrado por los científicos serios de su tiempo y por lo que de ellos leía en gruesos libros cuidadosa y elegantemente encuardenados, repite al pie de la letra: «*o que eles ganham em inteligência perdem em energia e mesmo em moralidade*»[85]. Sin duda que el espectáculo de un sistema penal que reforzaba su control policial, como lo revelan las actuales investigaciones de Martha Huggins en Pernambuco, lo tomaba como confirmación de las tesis neo-colonialistas.

De esta forma, Nina Rodrigues, llevado por la ciencia central de su época, llegaba al absurdo de considerar al mestizo y en particular al mulato, una especie de «semiloco moral», que era otra invención

---

[83] *Idem*, p. 127.
[84] *Idem*, p. 131.
[85] *Idem*, p. 145.

de la psiquiatría de su tiempo. Deslizándose cada vez más por esta pendiente termina volcando todos sus tabúes y limitaciones sexuales —lo que era bastante común en los racistas, pese a que Gobineau interrumpió abruptamente su carrera diplomática al fugarse en Estocolmo con la mujer del embajador italiano— y cae en el ridículo: «*A sensualidade do negro pode atingir então às raias das perversões sexuais mórbidas. A excitação genésica da* classica mulata *brasileira não pode deixar de ser considerada um tipo anormal*»[86]. En este sentido son aún más ridículas las afirmaciones del racismo de Octavio Bunge en la Argentina[87].

Nina Rodrigues no se da cuenta de la magnitud del sentido de la lectura de los hechos a que lo llevan sus maestros franceses y no titubea en colocar bajo sospecha a todos los mestizos, es decir, en confirmar científicamente, desde su cátedra, el estereotipo con que se manejaba el control social policial de su tiempo: «*mesmo nos mestiços mais disfarçados* —afirma—, *naqueles em que o predomínio dos caracteres da raça superior parece definitiva e sólidamente firmado, não é impossivel revelar-se de um momento para o outro o fundo atávico do selvagem*»[88]. Pero la sospecha se acrecienta sobre los adolescentes mestizos, es decir, sobre los que más anómicos estaban en la concentración urbana: es el momento más difícil porque a los fenómenos de la adolescencia se acrecientan los del desequilibrio moral, señalándola como la etapa evolutiva en que con mayor frecuencia se presenta el riesgo de las eclosiones atávicas[89].

De este modo, la conclusión del catedrático de medicina legal no podía ser otra que *considerar que la mayoría de la población brasileña se hallaría con derecho a reclamar una responsabilidad atenuada*, lo que dice expresamente [90]. Por cierto que esta conclusión no podía ser ab-

---

86 *Idem*, p. 146.
87 Carlos Octavio Bunge: *Nuestra América. Ensayo de Psicología Social.* Buenos Aires, 1903.
88 *As raças*, p. 154.
89 *Idem*, 157.
90 *Ibidem.*

soluta, porque se encontraba con mulatos que no daban en el estereotipo e incluso en las élites de la República Velha no eran pocos lo que pudiesen sentirse molestos por ser considerados semi-imputables. Nina Rodrigues apela a una clasificación de los mestizos bastante curiosa: habla de «*mestiços superiores*», en los que dominan las características blancas y a los que considera plenamente responsables; en el otro extremo coloca a los «*mestiços degenerados*», que eran «*total ou parcialmente irresponsáveis*» y, por último, a la gran masa del pueblo, o sea, a los «*mestiços comuns*», que se hallaban indefinidos entre las dos razas y por ende, en peligro de reacción atávica, de la que no eran plenamente responsables. Estos eran semi-imputables[91].

Hasta aquí surge claramente que Nina Rodrigues se embriaga con la lectura de los científicos franceses y considera semi-imputable y peligrosa a la gran mayoría mulata de su pueblo, especialmente en la faja etaria adolescente, lo que justificaría el mayor control social punitivo o policial sobre ellos, pero el panorama lo completa cuanto también reclama, llevado por los mismo académicos parisinos y londinenses (que no cita en inglés) que se baje la edad de responsabilidad penal de los menores, es decir, otra cuestión en la que se enfrenta con Tobias Barreto. A este reclamo, al que asistimos cotidianamente en nuestros días, lo funda en que «*o desenvolvimento mental é muito mais rápido, a maturidade muito mais precoce nas raças inferiores do que nos povos cultos e civilizados*»[92]. La idea central es que las «*raças inferiores*», por estar más cerca de la «animalidad», son más precoces que las que están más alejadas de ella, lo que ilustra con varias citas (Letourneau, Couto de Magalhães, Barbosa Rodrigues y Sergi), pero el argumento central lo toma de Spencer, quien, con su incurable capacidad de imaginar patrañas, afirmaba categóricamente, desde su posición de sabio central, que obnubilaba al profesor de medicina legal maranhaense, que le cita al pie de la letra:

---

91 *Idem*, p. 159.
92 *Idem*, p. 170.

Em igualdade de circunstâncias, os tipos de organismos menos desenvolvidos não exigem para chegar a sua forma completa, tanto tempo quanto os organismos mais desenvolvidos; e esta diferença, evidente quando se compara o homem aos animais mais inferiores, encontra-se de novo quando se comparam as diversas raças humanas entre si[93].

Este racismo condicionante no admitía Nina que se mitigase en razón de la falta de instrucción, porque también para esto tenía su explicación el neo-colonialismo: la instrucción era cuestión de inteligencia, pero el delito era cuestión moral, tal como lo destacaba el sabio Garofalo en su *Criminología*, que es el manual de racionalizaciones a las violaciones más aberrantes de Derechos Humanos más completo que se haya escrito en nuestro saber.

Nina Rodrigues tomó al pie de la letra estas autorizadas opiniones de Spencer y de su corifeo procurador del Reino de Italia que, basado en que se trata de una cuestión de moral condicionada por la biología, concluye en que no hay forma de modificarla, con lo cual desautoriza a quienes critican la disminución de la edad penal de los menores, imputándoles además que no toman en cuenta las diferencias entre el sur y el norte del país:

Não há maior absurdo do que o nosso código considerar o desenvolvimento do norte do país, situado en zona tórrida e onde predomina o índio, o negro e os seus mestiços, igual ao desenvolvimento mental no sul da república situado em zona temperada e onde dominam os descendentes dos colonos alemaes e italianos[94].

---

[93] *Idem*, p. 172.
[94] *Idem*, p. 180.

7. *LA PERSPECTIVA CONTINENTAL DE LA CRITICA DE NINA RODRIGUES*

Está bastante claro que las previsiones que el sabio conde de Gobineau formuló para el Brasil, donde fue enviado por el gobierno imperial francés como destino de castigo, no se cumplieron: los mestizos no se extinguieron y, aunque aún no pasaron los doscientos años de su paso por aquí, no parece que se esté en vías de cumplirse, al menos por esterilidad degenerativa[95]. A este respecto, Spencer era más realista en la observación de los hechos, aunque no menos inventor de disparates en su lectura: se daba cuenta de que las clases más desfavorecidas y los colonizados eran más prolíficos y, uniendo eso a la moral victoriana, afirmaba que los menos evolucionados cerebralmente disponían de mayor energía sexual, que el desarrollo cerebral disputaba alimento a las células sexuales. Esto permite afirmar a otros teóricos de la degeneración en nuestro margen que los degenerados se reproducían más fácilmente y que era urgente hacer algo para detener el fenómeno. Un autor argentino lo decía claramente en los años treinta [96] y otro proponía recluir a unos cien mil débiles mentales, cuando la población total no pasaba de dieciséis millones [97].

El pronóstico de Nina Rodrigues no era menos sombrío, pero era diferente: afirmaba que habría «dos Brasiles», uno al sur, poderoso y teutón, y otro al norte, mestizo, sometido a las turbulencias, a la indolencia, a los dictadores, generando un contraste que compara con el «*contraste maravilhoso entre a exhuberante civilização canadense e norte-americana e o barbarismo guerrilheiro da América Central*» [98]. No duda en afirmar que el Brasil será siempre un pueblo inferior: «*A raça negra no Brasil... há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferio-*

---

[95] Gobineau, en Raeders: *op. cit.*, p. 241.
[96] Francisco de Veyga: *Degeneración y degenerados. Miseria, vicio y delito.* Buenos Aires, 1938.
[97] Explica muy bien este período Vezzetti, *op. cit.*
[98] *Os africanos no Brasil,* cit., p. 9.

ridade como povo», atribuyendo a renglón seguido esa inferioridad a una trilogía compuesta por el clima, el negro y el portugués «*rotineiro e improgressista*», lo cual lo privará por largo tiempo «*da direçao suprema da raça branca*», que «*foi a garantia da civilização nos Estados Unidos*» [99].

Esto pone bien de manifiesto que la contradicción ideológica entre los dos profesores nordestinos no fue un episodio aislado, como que tampoco es una cuestión reducida a especialistas, sino que se enmarca en un programa de control social mucho más amplio, vinculado al poder mundial y a la fabricación de su saber o ciencia, como quiera llamársele por los epistemólogos. Se trataba del gran programa político neo-colonialista, al que Tobias Barreto, en forma intuitiva en cuanto a sus medios, empleando argumentos contradictorios por cierto, pero trataba de oponerle clara resistencia, no admitía sus consecuencias.

Atribuir nuestros males a cuestiones raciales y climatológicas es una cuestión que viene de lejos, diría que es una constante latinoamericana contra la que recién puede hablarse de una reacción con Rodó, Vasconcelos, González Prada, Henríquez Ureña, Martí. Sarmiento en la Argentina sostenía que somos un pueblo poco apto para la democracia, porque provenimos del cruce de una raza paleolítica con otra que no había superado la edad media europea[100].

La ideología científica de nuestra inferioridad biológica, es decir, la que habrá de usar el neo-colonialismo, se forma en el siglo XVIII, partiendo de lo que se considera nuestra inferioridad geográfica: se afirmaba que este era un continente nuevo, aún no maduro, donde había exceso de humedad y, por ende, todo se pudre, produciendo una gran vitalidad pero de animales pequeños y no grandes, de allí los muchos insectos, víboras, etc., pero la falta de elefantes, camellos, caballos, etc., y los pocos que había eran débiles: nuestros leones eran

---

[99] *Idem*, p. 7.

[100] Domingo Faustino Sarmiento: «Conflictos y armonías de las razas en América», en: *Obras completas de Sarmiento*, Tomos XXXVII y XXXVIII Buenos Aires, 1953.

más débiles, nuestras llamas no aceptaban mucha carga, etc. Tales eran las teorías de Buffon y otros[101], que luego pasaron a lo humano, a la debilidad e inferioridad del indio. Todas estas patrañas se encuentran sintetizadas en la obra en que Hegel, desde la cúspide de la historia, nos dedica algunas páginas para señalar que no tenemos historia sino futuro, en medio de afirmaciones tales como que el Río de la Plata nace en la cordillera de los Andes[102] .

Para nuestra desgracia, cuando en la pugna hegemónica europea nuestras potencias colonizadoras no lograron adaptarse a las nuevas condiciones de producción, perdieron la hegemonía, que pasó a las potencias centro-norte europeas, con lo cual quedamos colonizados por potencias desplazadas, cuya cultura despreciaban los sabios de las nuevas potencias hegemónicas. El desprecio por el portugués «*improgressista e rotineiro*» de Nina Rodrigues es parejo al del resto de los científicos latinoamericanos por los españoles en la misma época. No es necesario ir muy lejos para encontrar una interpretación que pretende, partiendo de la comprobación de que nuestra colonización fue llevada a cabo masivamente por marginados de los países colonizadores, atribuir lo que considera la gran cantidad de psicópatas en uno de nuestros países, a la herencia de nuestros ancestros colonizadores españoles[103].

Nina Rodrigues proporcionó una versión del racismo criminológico latinoamericano, pero sólo una, porque hubo otras variables, según las necesidades del poder. A mi juicio hubo cuatro versiones: un racismo contra el mestizo ibero-indio; un racismo anti-mulato; un racismo ibero-indio pero netamente spenceriano; y, por último, un racismo contra el inmigrante del sur de Europa[104]. El estereotipo del delincuente en la propia Europa se nutrió con nuestra imagen o, al

---

[101] Muy detalladamente analiza todas estas teorías de la época Antonello Gerbi: *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica. 1750-1900*, México, 1982.
[102] Hegel, *Lecciones*, cit.
[103] Francisco J. Herrera Luque: *Los viajeros de Indias. Ensayo de interpretación de la sociología venezolana*, Caracas, 1961.
[104] Ver nuestra *Criminología. Aproximación desde un margen*, cit., pp. 144 y ss.

menos, con lo que de nuestra imagen se imaginaban los europeos. Basta recorrer las páginas de Lombroso para percatarse que nos brinda la mejor descripción del estereotipo del delincuente de su tiempo: nadie que tuviese la cara de alguno del «Atlas» lombrosiano podía caminar muy tranquilo por una ciudad europea de su tiempo. El propio Lombroso dice que la mayoría presentan caracteres mongoloides o africanoides, es decir, parecidos a los indios o a los negros, o sea, a los colonizados: el estereotipo criminal europeo en 1870-1880 era el del «feo» al que se le atribuía parecido con el colonizado (salvaje).

Y lo grave fue que con el positivismo compramos esos estereotipos, nos enseñaron que éramos delincuentes y lo creímos. No fue Nina Rodrigues el único que sostenía que la mayoría éramos semiimputables. Pasaron muchos años, más de cincuenta, y en Bolivia no faltó quien sostuviese lo mismo y quisiese plasmarlo legislativamente, lo que dio lugar a una tremenda discusión en la que terciaron eminentes catedráticos de fama mundial dándole la razón a los autores de la versión boliviana de Nina Rodrigues[105]. La semi-imputabilidad del indio semi-civilizado está en discusión aún hoy en los países cordilleranos: la consagran los códigos de Perú y de Bolivia y la pretende introducir el último proyecto elaborado en Venezuela.

En cuanto al pesimismo sobre el destino del propio país, sobre la base de la obnubilación provocada por la ciencia racista central, no fue Nina Rodrigues ninguna excepción vergonzante en América Latina: Alberto Lamar Schweyer en Cuba y Tomás Vega Toral en Ecuador propugnaron una «biología de la democracia» en pleno siglo XX, conforme a la cual la totalidad de los males políticos obedecerían a la ley biológica de hibridación de las razas[106]. Años antes, Carlos A. Salazar

---

[105] El debate se había trabado entre el profesor español, autor de un proyecto de código penal para Bolivia, Manuel López Rey y el penalista boliviano Medrano Ossio. Curiosamente era el boliviano quien sostenía la semi-imputabilidad y estado peligroso del indio, en lo que fue respaldado por algunos otros extranjeros notables (una breve historia de esa polémica, que tuvo lugar hacia 1947, en Huáscar Cajías K., *Criminología*, La Paz, 1964).

[106] Tomás Vega Toral: *Ensayo sintético de biología democrática ecuatoriana*, Cuenca, 1930.

F., en Ecuador, aplicó al análisis de su país las teorías del inefable Le Bon, para el cual somos todas «repúblicas degeneradas» y, naturalmente, llegó a la conclusión de que el Ecuador debería desaparecer[107]. ¿Vale la pena mencionar más ejemplos? René Moreno, Julio C. Salas, Miguel Jiménez López, Alcides Arguedas, García Calderón...

El fenómeno tiene una clara explicación a través del poder: nuestras mayorías debían ser tuteladas por su semi-imputabilidad. Esta fue la filosofía que nos enseñó el neo-colonialismo que alimentó a las élites de las repúblicas oligárquicas del siglo pasado y parte del presente y que comenzó a declinar cuando las mayorías irrumpieron nuevamente en la historia latinoamericana con la Revolución Mexicana como hecho detonante.

En cuanto a la ciencia que nos enseñaron y que ahora tenemos nosotros entre las manos, en otro momento histórico, era incuestionablemente racista. Nina Rodrigues no fue ningún malvado que escribía por encargo de ninguna agencia política, sino un intérprete de una realidad que creyó de buena fe en la objetividad científica de los instrumentos que le enviaban las potencias neo-colonialistas, en plena *belle epoque,* antes de la primera guerra mundial. Era un «sujeto cognoscente», al decir de Foucault, creado también por el poder, pero que a tal punto se enamora de su tema que, como vimos, incurre en la contradicción de echar las bases de las investigaciones que finalmente acabarían con las patrañas de la ideología racista central.

Tobias Barreto quizá no haya sido «el gran filósofo», si lo medimos en los términos de los paradigmas centrales, pero fue el intelectual del país dependiente que se percató de lo inadmisible de las ideologías que le llegaban. Las manejó como pudo y anduvo muy lejos, por cierto, para su tiempo y sus medios, pero su principal contribución, me animo a arriesgarlo, creo que fue lanzar el mensaje de que era necesario hacer algo con urgencia para frenar esas ideologías.

Tengamos en cuenta que el racismo era moneda corriente en todos los círculos académicos europeos y norteamericanos: la esterilización

---

[107] Sobre esta extraña tesis, Carlos Paladines y Samuel Guerra B.: *Pensamiento positivista ecuatoriano,* Quito, 1980.

de delincuentes fue primeramente sancionada en los Estados Unidos y la legalizó la Corte Suprema en 1927, un cantón suizo la impuso incluso a morfinómanos, la debatieron los diarios ingleses, la «eugenesia» y la famosa «Cátedra Galton» de Londres le brindaba respaldo; la defendieron varios criminólogos latinoamericanos en un congreso celebrado en La Habana en 1925, etc. Eran las consecuencias de «la ciencia».

Después, llegó el nazismo, y con él el delirio de Alfred Rosenberg, proponiendo un Cristo ario depurado «de celotas judíos como Mateo, rabinos materialistas como Pablo, juristas africanos como Tertuliano» y agregando, obsérvese bien, *«o productos del polimestizaje sin firmeza moral como Agustín»*[108], atribuyéndole también al catolicismo *«la cría de aquellos fenómenos de bastardización que se pueden observar en México, en América del Sur y en Italia del Sur»*[109].

¿Qué agregó Alfred Rosenberg a la ciencia que obnubiló al pobre Nina Rodrigues? ¿Qué dijo que no hubieran dicho Spencer, Le Bon, Morel, Morgan, Gobineau y todos los científicos que citaba Nina? Absolutamente nada. No hay autor menos original que Alfred Rosenberg, que siempre fue un escriba mediocre, repetidor de lugares comunes sostenidos por toda la ciencia racista colonialista desde muchos años antes, que reiteraba lo que ceñudos y barbados sabios repetían con gesto solemne. Idénticas eran las insensateces que atribuían a Agustín su conversión y a los pueblos latinoamericanos su inferioridad: su mestizaje que les provocaba desequilibrio. Ningún autor merece menos fama, si de su originalidad se trata, que Rosenberg: ni siquiera merece su triste fama, porque no inventó nada: se limitó a adaptar a las conveniencias políticas de los nazis lo que los otros habían inventando para adaptar a las suyas.

No obstante, hubo una diferencia cualitativa: los nazis aplicaron esas teorías contra otras potencias centrales y no contra latinoameri-

---

[108] Alfred Rosenberg: *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de nuestros tiempo*, Buenos Aires, 1976, p. 19.
[109] *Idem*, p. 266.

canos o africanos. El efecto fue inmediato: jamás un paradigma cambió tan rápidamente; entre la pre-guerra y la pos-guerra, el paradigma científico racista pasa de dominante a despreciado.

8. LA CONFRONTACION Y NOSOTROS

Creo haber demostrado las tesis que me propuse al comienzo. Nos restan sin embargo una serie de cuestiones. La primera de ellas es que nosotros seguimos manejando el saber que tan tristemente nació en nuestras tierras y nuestros sistemas penales siguen siendo tan selectivos como eran los que tenía a la vista Tobias Barreto o Nina Rodrigues. Nuestras prisiones siguen enjaulando selectivamente. Ya no hablamos de «raza», porque el cambio de paradigma científico lo ha prohibido, pero cada día nuestros sistemas penales se vuelven más violentos y causan más muertos. Nuestros criminalizados, nuestros victimizados y nuestra policía se reclutan igualmente en las capas más desfavorecidas de nuestra población y el reclutamiento se alimenta con estereotipos que, aunque no se exprese en voz alta ni se racionalice en la forma en que lo hacía la «ciencia» racista, sin duda que perduran. La comunicación de entretenimientos nos alimenta esos estereotipos desde el mundo central, vendiéndonos muchas veces nuevamente nuestras caras. Esto obedece a que ha cambiado nuestro discurso, tenemos otro «saber», pero la operatividad de nuestros sistemas penales ha cambiado poco en cuanto a su estructura. El deterioro de nuestras economías ha producido un considerable desplazamiento de recursos del área educación-salud al área seguridad, lo que nos presenta la perspectiva de que comencemos el próximo siglo con un número mayor de menores de diecisiete años que en actual, aunque porcentualmente sea inferior en relación al total de la población, pero que, de persistir la tendencia estará en peores condiciones de salud y menos instruida. Frente a estas realidades, la «criminología del *apartheid*» no parece haber desaparecido. Tratar de continuar buscando explicaciones facto-

riales individuales a la conducta «criminal» en este panorama es el equivalente actual del viejo reduccionismo biologista.

Lo grave es que, esta confrontación debe servir para hacernos comprender que nosotros también somos sujetos cognoscentes condicionados por un saber-poder central, que las contradicciones no tienen que preocuparnos mucho, que aunque no demos las respuestas completas y adornadas, lo importante es, como en el caso de Tobias Barreto, saber qué es lo que no podemos admitir, y que ante cualquier afirmación, aunque nos parezca obvia, como le parecía a Nina Rodrigues, es necesario que entremos a la búsqueda de los datos de la realidad.

Es verdad que hoy podemos estar más alertas en algunos sentidos, pero también es cierto que el poder de «inventar» la realidad es inmenso, constituyendo el más formidable aparato de propaganda con que cuenta un control penal que cada día percibimos como menos legítimo y más absurdo. También hoy esta invención de la realidad nos está ocultando un genocidio en marcha que es la operatividad misma de nuestros sistemas penales, que por acción u omisión, son responsables de cientos de miles de muertos en nuestra área. No es cuestión de que nos asombren las afirmaciones de Nina Rodrigues y, mientras tanto, no percibamos una realidad aún más genocida, por ser sujetos cognoscentes producidos por un saber-poder que ya no es el del neocolonialismo, sino el del tecno-colonialismo que se cierne sobre nosotros, con un poder de manipulación psíquica y física tan formidable y un poder de destrucción tan diabólico, que hace apenas cuarenta años parecía inimaginable. No nos olvidemos que las patrañas racistas eran formas de encubrir una realidad dependiente, pero que ante parecidas patrañas, el tecno-colonialismo, a diferencia del neo-colonialismo, tiene —o tendrá en poco tiempo— la posibilidad disponible de realizar sus patrañas.

INDICE

PRESENTACION 7

La crítica sociológica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica 15

El sistema penal en los países de América Latina 41

El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales 59

La culpabilidad en el siglo XXI 89

Reincidencia 117

La legislación «anti-droga» latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario 133

Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues 147

ESTE LIBRO SE TERMINO DE IMPRIMIR
EN EL MES DE JULIO DE MIL
NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES EN
LOS TALLERES DE EDITORIAL TEXTO
AV. EL CORTIJO, QTA. MARISA, Nº 4
LOS ROSALES - CARACAS - VENEZUELA