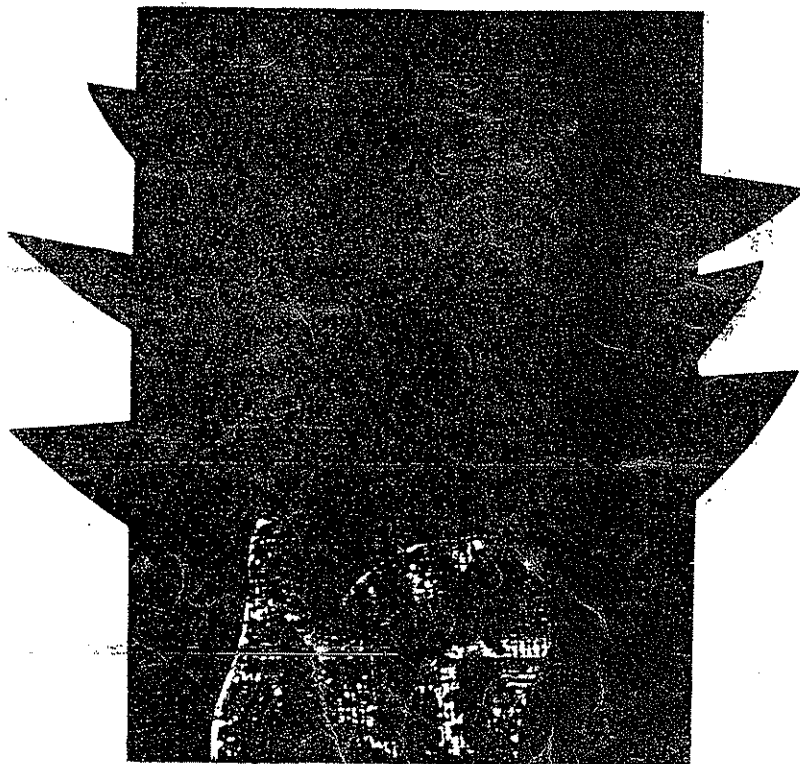


LOLA ANIYAR DE C.

Criminología de la Liberación



Universidad del Zulia

FOTOCOPIADORA
(59) GENOE
Inco. Forense
Folio 42 CIF 1
DIF 4

CAPITULO V

DERECHOS HUMANOS, MODELO INTEGRAL DE LA CIENCIA PENAL, Y SISTEMA PENAL SUBTERRANEO

Contenido:

1— ¿Modelo Penal Integrado? 2— Los Derechos Humanos y su Garantía. 3— El Proyecto Zaffaroni. 4— Sistema Penal como parte del sistema jurídico total y como parte del sistema social. 5— Sistema Penal Subterráneo y Sistema Penal Aparente.

1— ¿Un Modelo Penal Integrado?

El surgimiento del positivismo, invadiendo todas las ramas del conocimiento en lo que fue la revolución del pensamiento científico de la época, afectó desde luego también la pacífica existencia del incontestado mundo del Derecho Penal. Como en éste no podían identificarse relaciones de causa-efecto, ni verificarse ejercicios experimentales, la duda ensombreció las posibilidades de que se considerara científico¹. De allí el interés en establecer los modelos en los cuales podía combinarse el cientificismo pregonado por la criminología positivista de la época y la arquitectura lógica, cuasi perfecta, del derecho penal.

Fue tal vez el momento en el cual se aspiró con más énfasis a construir un modelo penal integrado.

La tentativa de Von Liszt con su *Gesamtestrafrechtswissenschaft*, fallida tanto porque en realidad no tendía a una real integración de las ciencias penal y criminológica como por la incompatibilidad de los métodos que se utilizarían (deductivo, para la dogmática; inductivo, para la criminología), desembocaría más bien en un

1. Víd. Bacigalupo, Enrique: Sobre la Dogmática Penal y la Criminología. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid N° 66.

instructivo para que el jurista fuera, además de un experto en dogmática, un generador de reformas penales².

Ferri, como buen positivista, propone el intento de aspiración más totalizadora al asentar en su Sociología Criminal que la antropología y la estadística criminal, por una parte, y el derecho penal, por la otra, serían dos capítulos de una misma ciencia que comprendería "el estudio del delito como fenómeno natural y social, y por lo tanto jurídico, y de los medios eficaces para la defensa preventiva y represiva contra el mismo". Hay allí una evidente confusión entre lo social y lo jurídico que no nos parece totalmente justificada más que en su explicativa relación de todo a parte. Lo cierto es que la manera como el método "científico", inductivo, de observación de los hechos, fuera aplicable al campo de las normas jurídicas, no fue nunca lo suficientemente explicitada por Ferri y, en la práctica, ni siquiera se intentó³. Lo explica Bacigalupo, al decir que; "la integración postulada por Ferri choca con uno de los postulados que rigen la ciencia jurídica de este siglo: la distinción entre "ser" y "deber ser", y el punto de partida que sostiene que las proposiciones del deber ser no pueden fundarse en comprobaciones de hechos, sino que deben deducirse de otras proposiciones de la misma especie"⁴.

Por su parte, Cerroni⁵ dice que es esta ambigüedad del derecho, este "estar-en-el-confín entre el mundo de las ideas y el mundo de los hechos", lo que "ha expuesto siempre a las disciplinas jurídicas a una variada serie de "invasiones" que desde hace siglo y medio minan su "autonomía" científica: por una parte, la invasión siempre inminente del eticismo y de la filosofía bajo la forma del derecho natural, que provoca disturbios constantes en la estructura positiva del derecho; por la otra la invasión intermitente de las ciencias naturales que, con sus famosas tentativas positivistas de "naturalizar" el fenómeno jurídico, adecuándolo a los fenómenos físicos o biológicos, combate su idealidad..." "la única manera (relativamente reciente pero sustancialmente de inspiración kantiana) como la ciencia jurídica parece haberse apartado de tales reducciones es desmembrando el objeto, esto es, concibiendo al Derecho como un fenómeno que puede ser indagado con una pluralidad de métodos: con el método deductivo en el campo de la deontología filosófico-moral; con el método inductivo en el campo de la verificación naturalista y sociológica (*strictu sensu*); con el método descriptivo o de una pura lógica organizadora del ordenamiento normativo, como esfera que se concluye en sí misma", pues... "naturalmente tendrá que probarse sí, restringiendo el fenómeno jurídico a la pura nor-

2. Vid. Bacigalupo, Enrique: ob. cit.

3. Bacigalupo, ob. cit.

4. Ibid.

5. Cerroni, Umberto: Marx y el Derecho Moderno, México, Grñalbo, 1975, pp. 37 ss.

matividad, para poder acreditar una ciencia del derecho dotada de autonomía, se logra construir de veras una ciencia capaz de auténticas y verificables verdades"⁶.

Lo cierto es que el interés por las perspectivas integradoras fue diluyéndose en el tiempo a medida que se fue desinflando el globo del positivismo tentacular y se fue extendiendo un equilibrio en las legislaciones que acogieron ciertas reformas, algunas incoherentes, como resultó ser el llamado sistema del "doppio binario"; a la vez que la dogmática aceptó modificaciones en la teoría del delito, especialmente en lo relativo a la culpabilidad y a la individualización de la pena.

La situación establecida podría ser definida como de compromiso, si no de recíprocos y viciosos condicionamientos, por cuanto, como se sabe, la criminología positivista nació y permaneció vinculada a los férreos límites del derecho penal, al no problematizar las conductas que éste le proporcionaba como objeto de estudio. De esta manera, mientras para el jurista esa criminología era una disciplina "auxiliar", para el criminólogo, ese Derecho Penal le definía los márgenes de acción, impidiéndole alcanzar una autonomía que era *conditio sine qua non* para pregonar seriamente su categoría científica. El derecho determinaba su propia criminología y, por lo tanto, lo que de ella le venía estaba condicionado por él mismo.

Así fue que, por mucho tiempo, el jurista, con distinguidas excepciones, dejó de interesarse por lo que estaba sucediendo en el interior de esa servicial y conformista "ciencia" paralela, a lo que contribuyó la gran aceptación que tuvo la corriente técnico-jurídica en el derecho penal posterior.

En el interregno, el jurista vive del prestigio de ocuparse de procedimientos lógicos de un elevado nivel de abstracción, casi tan distinguido y decoroso como el del matemático; en tanto que el criminólogo es visto —y tal vez lo fue— como "el guardián del zoológico de la desviación", según la gráfica expresión de Young.

Una discusión contemporánea sobre las relaciones entre ambas especialidades no podría establecerse ahora sino sobre nuevas bases, es decir, tomando en cuenta las grandes mutaciones epistemológicas, —verdaderas rupturas, más bien— que han sobrevenido en la criminología. Y es que la Criminología, lejos de haber permaneci-

6. "Verificables verdades", nos parece, ha sido dicho utilizando la expresión "verificabilidad" en un sentido de validez dependiente de su "eficacia". De esta manera, podría interpretarse que la tarea verificadora que la criminología crítica hace de la efectividad del derecho es también incumbencia de la ciencia del derecho misma. (Vid: Delgado Ocampo, J.M.: Exposición de la Metodología del Derecho de Reinhold Zippelius, Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Universidad del Zulia, 1975, p. 13).

Es justamente la posibilidad de coincidencia entre las investigaciones deontológica, histórica y lógica lo que debe elucidarse en una reunión interdisciplinaria en la cual se puedan debatir los nudos epistemológicos esenciales. Si el Derecho es, como bien dice Cerroni, algo que une y separa a la vez el mundo material y el mundo ideal habría tal vez la posibilidad de tender el puente para enlazar los dos reinos y las dos legislaciones a que Kant hace referencia.

do anclada en las oscuras fosas del antropobiopsicologismo y aún de la sociología criminal positivista, se abrió paso hacia perspectivas capaces de proporcionarle la autonomía suficiente para mirar, desde lo lejos, y en perspectiva, al mismo derecho penal.

En primer lugar, surge la llamada criminología liberal. Nace bajo los auspicios de una concepción del Derecho que es menos formal que la del llamado "continental", en los países anglosajones, especialmente Norteamérica. Esto le permite desarrollar más bien la sociología (y las reformas directamente sociales) a través de las llamadas escuelas ecologista, culturalista y funcionalista. El control social se hace mucho menos represivo, más sofisticado, más preventivo, más concientizador. Como explica Baratta⁷ "la brecha ideológica que se ha abierto de esa manera entre la criminología y la ciencia del derecho penal... puede ser considerada como producto de la renquera dilatada y disfuncional de los juristas respecto de la táctica y la estrategia del control. Otro factor que retarda la anejección de los juristas a los nuevos métodos de control, viene determinado por la circunstancia de que, en la mayoría de los casos, pueden ser sustituidos por trabajadores sociales, así como por el hecho de que el Derecho Penal puede ser desplazado de su posición dominante en el sistema de control por mecanismos más elásticos, económicos y eficientes".

Por otra parte se desarrolla la criminología crítica, radical o nueva criminología (términos, por cierto, que no son equivalentes, pero que podemos agrupar en un solo bloque epistemológico), la cual se caracteriza por ser ciencia negativa, es decir, no-positiva. De la antítesis que representa, en el momento de su nacimiento, signado por su oposición a la criminología positivista, ha ido desarrollando lo que podría ser el cuerpo de síntesis de una nueva teoría.

No es nuestra intención dilucidar aquí, de esta nueva criminología, más que lo que representa frente al Derecho Penal: lo importante es que, al cuestionar los límites jurídicos impuestos a su objeto de estudio, y al enfocar las funciones reales del Derecho Penal en la sociedad —y no las aparentes—, esta criminología se orienta abiertamente al análisis de las instituciones y de todo el control social, formal e informal; control del cual el derecho penal no es más que una parte.

La relación criminología-derecho penal, se hace, pues, una relación de ciencia-objeto. La función auxiliar de aquella desaparece para convertirse en tarea crítica, para la cual utilizará los aportes de la sociología, de la historia, de la ciencia política y también de la filosofía.

A pesar de lo que piensan algunos juristas, la Criminología Crítica no trata de negar el derecho; se interesa más bien por dotarlo de nuevos contenidos y rescatar

7. Baratta, Alessandro: "Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal" en La Reforma del Derecho Penal, ed. de S. Mir, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 36, 1981.

su vertiente "garantista". Aun cuando la concreción del sueño de Radbruch ("algo mejor que el derecho penal") ha comenzado a intentarse en el campo teórico gracias a los intentos orientados hacia lo que se ha llamado la "privatización del conflicto", particularmente los de Christie y Hulsman⁸, la criminología, mientras tanto, aspira a colaborar, a través de su tarea crítica, con la promoción de un derecho penal que obedezca a los intereses de las mayorías, estimulando la protección de los llamados "intereses difusos" (o "derechos sociales"); insistiendo en un depuramiento de sus contenidos a través de las técnicas de descriminalización; y reclamando tanto el "uso alternativo del Derecho", como la aplicación impoluta de las garantías procesales.

Baratta dice que "sólo una ciencia jurídica que por un período adecuado de tiempo transfiera el peso principal de su trabajo, de la interpretación del derecho vigente a la crítica del mismo, así como al diseño de un nuevo derecho, puede pasar de ser una instancia externa del derecho penal y alcanzar, de esta manera, un campo o un nivel de abstracción que haga posible un encuentro con la criminología a nivel de ésta. El esbozo o crítica que va a prevalecer es algo que depende del grado de desarrollo que hayan alcanzado en una determinada sociedad las condiciones y la voluntad política necesarias para la transformación del sistema jurídico-penal..." "Actualmente no existen (todavía) las condiciones para la realización de un modelo integrado; la ciencia jurídica actual puede integrarse únicamente con la criminología de ayer, y sólo la ciencia jurídica de mañana podrá llegar a integrarse con la criminología y las ciencias sociales de nuestros días"⁹. Esta posición, creemos, no puede obstaculizar la búsqueda de algunas transformaciones del Derecho. La historia ha demostrado una evolución cierta y una tendencia al perfeccionamiento de esta institución que, desde luego, han sido en gran parte condicionadas por transformaciones sociales de base en los países más desarrollados. De la misma manera se han producido movimientos interesantes entre los juristas, y también entre los jueces; algunos de éstos han logrado formar sindicatos de la magistratura concientemente orientados hacia una aplicación del Derecho actual hecha sobre la base de una interpretación al servicio de las clases más desprotegidas.

El hecho de que algunas disposiciones, como el art. 3° de la Constitución italiana, establezca que "es obligación del Estado remover, por todos los medios a su alcance, los obstáculos que impiden, de hecho, la igualdad de los ciudadanos y su participación en la vida económica, política y social del país", ha abierto las puertas en ese país y también en Nicaragua —donde existe una disposición similar—, para una jurisprudencia alternativa. La Constitución Venezolana, con su generalísima definición de Derechos Humanos, abre idénticas posibilidades.

8. Christie, Nils: Limits to Pain, ed. Martin Robertson, Oxford 1982, y Hulsman, Louk y Jacqueline Bernat de Celis: Peines Perdues. Le Centurion, Paris 1982.

9. Baratta. Ob cit p. 88.

No puede negarse tampoco el impacto que la práctica teórica de esta nueva criminología puede tener en la modificación de las conciencias, y en la tarea intelectual de juristas y prácticos del derecho.

Es en este punto en el que nos encontramos cuando se ofrece a algunos criminólogos y juristas del continente la posibilidad de participar en el proyecto de investigación elaborado por Eugenio Raúl Zaffaroni, bajo los auspicios y a instancias del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, en julio de 1983, sobre el tema: "Derechos Humanos en los Sistemas Penales Latinoamericanos".

II— Los Derechos Humanos

Hay dos grandes modelos para entender el sentido y alcance de los Derechos Humanos:

1. El modelo liberal, propio de una perspectiva iusnaturalista, los configura como immanentes al hombre y previos al Estado, el cual los reconocería y perfeccionaría. Para este modelo, el acento mayor está en la libertad, y ésta se entiende dentro de un encuadramiento individualista.

2. Y un segundo modelo, que los entiende como históricamente condicionados. Por lo tanto, serían posteriores al Estado y pueden ser construidos a partir de la Ética Política y Social. El acento mayor está aquí en la igualdad, entendida dentro de un marco social-colectivo.

Y hay tres grandes grupos de Derechos Humanos:

1. Los que atañen a la libre disposición del cuerpo (y allí se incluyen el derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad de movimientos, a la salud, al trabajo, a no tener hambre; y se condena en su nombre la tortura, el *apartheid* y la esclavitud).

2. Los que afectan la libre disposición del espíritu (que comprenden la libertad de pensamiento, conciencia y opinión, y el derecho a la educación y la cultura).

3. Los que afectan la libre disposición de los medios para poner en práctica los derechos anteriormente citados, básicamente el derecho de igualdad ante la ley, y el derecho político a elegir y a ser elegido; pero, especialmente, el derecho a la existencia de un recurso procesal para hacerlos valer.

El art. 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es una proclama de una amplitud conceptual tan grande que podemos definirla como petitoria de principios, o programática en un sentido ideal. Reza que "toda persona tiene los derechos y deberes proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacionalidad o cualquier otra condición".

Como la Historia puede relatarse a través de la larga secuencia de casos en los que los derechos de los débiles son pisoteados por los fuertes, y es a la vez la historia de la desigualdad de los hombres, esta última es, en realidad la medida de la desigualdad implícita en todo planteamiento programático.

De esta manera, una buena cantidad de artículos subsiguientes de esta Declaración aparecen como ideas arquetípicas sin concreción posible. Así, el art. 7° nos dice que "todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración"; y el 8° establece el amparo contra los actos que violan los derechos proclamados.

Si el derecho de amparo se hiciera efectivo, se produciría automáticamente un cambio radical socialista. Por eso, cuando se habla de Derechos Humanos en los países del bloque occidental, se hace básicamente referencia a los derechos políticos y a la protección de la libertad, pero no a los otros.

Sin embargo, el recurso de amparo, —que no es más que un reconocimiento de la desigualdad de las partes frente al ejercicio del poder en cualquiera de sus niveles institucionalizados— está previsto en la Constitución Venezolana (1961), como está previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8°). La Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1966, la cual lo convirtió en ley del país, en 1978, es también fuente legal nacional de esta norma protectora.

En efecto, el art. 49 de nuestra Constitución ordena que los Tribunales amparen a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías previstas en aquella, que el procedimiento será breve y sumario y que el Juez tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Y su art. 50, párrafo final, establece que "la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos". Los derechos protegidos por nuestro precepto constitucional, además, son aquellos "inherentes a la persona humana", expresión típicamente iusnaturalista, pero de tan gran amplitud (pues ni siquiera remite a los pactos internacionales o Declaraciones suscritas por nuestro país) que favorecería sin limitaciones el "uso alternativo del Derecho".

En esa Constitución, el capítulo IV del título III está dedicado a los derechos sociales (salud, calidad de la vida, educación, libertad de trabajo (!), salario justo, estabilidad en el trabajo, entre otros. El capítulo III, dedicado a los derechos individuales, protege el "inviolable derecho a la vida", la libertad personal; prohíbe (castiga) el atropello físico o moral a persona detenida, y que sea sometido a procedimientos que causen sufrimiento físico o moral; las penas infamantes, el reclutamiento forzoso, las discriminaciones por "condición social", el allanamiento del hogar doméstico. Establece el derecho de petitoria y de obtener oportuna respuesta; el de utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos o intereses, y el de ser juzgado por sus jueces naturales, también entre

otros, y sólo para citar aquellos en los que a rasgar de uña se hace evidente la (llamémosla así) "ineficacia de la Ley".

Para evitar la efectividad del derecho de amparo, múltiples han sido las vías inventadas:

En primer lugar, se inventó la dicotomía "ley programática-ley preceptiva". Invención que según Santana Mujica¹⁰, proviene de la Italia fascista, y que fue entusiastamente receptada por un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Política, con ponencia de Martín Pérez Guevara, en 1972, contra toda, o al menos la mejor, doctrina nacional.

En segundo lugar, se ha aducido su inaplicabilidad por no existir un procedimiento reglamentado, a pesar de que el Art. 234 del Código de Enjuiciamiento Criminal establece la analogía del juicio ordinario para los procedimientos no previstos, y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (art. 102) prevee que la Corte está facultada para aplicar el que considere más conveniente en caso similar, lo que puede análogicamente extenderse a otros jueces. Sólo en una reciente decisión de la Corte se ha indicado que el derecho de amparo tendrá la jurisdicción de la especialidad del derecho reclamado (Civil, Penal, del Trabajo, etc.) de acuerdo a lo previsto en el art. 50 de la Constitución. Sin embargo, los limitados casos en los cuales se han solicitado amparos han encontrado múltiples obstáculos para su ejecución.

En tercer lugar, el mismo legislador se encarga, especialmente cuando se trata de derechos sociales, de usar un lenguaje escurridizo, que sería largo de analizar aquí, por ejemplo, expresiones como "de acuerdo con la ley", "El Estado procurará...", "la ley proveerá los medios conducentes a...", "adoptará medidas", etc.

Un informe presentado por Carlos Rey a la Comisión de Reforma del Estado, en el primer semestre de 1985, hace una larga lista de los muchos preceptos constitucionales que preveían una reglamentación complementaria que nunca se dictó, y que sería excesivo enumerar aquí.

Como consecuencia, solamente el Habeas Corpus opera realmente, en la práctica, como principio garantizador de nuestro Derecho. Esto no se desvincula de la realidad de una muy débil conciencia popular sobre los derechos que le conciernen y del desinterés por reclamarlos. Una escalada notable del autoritarismo y de la represión se ha producido, por ejemplo, en Venezuela a raíz de la denominada "crisis", escalada que funciona como una red preventiva de "terrorismo blanco" ante la posibilidad de una acentuación de los conflictos. Sin embargo, no sólo el Estado de Derecho no existe más que en zonas limitadas de la vida social y política, sino que no es "vivido" por la colectividad como una instancia, ni real ni

10. Santana Mujica, Miguel: "Estudio de las normas de protección y la vigencia en el país del amparo constitucional", conferencia dictada en la Facultad de Economía de la U.C.V. el 15-7-83, en mimeógrafo.

idealmente. "Luto Activo" se llama una organización de familiares de víctimas de los Cuerpos de Seguridad del Estado, que ha recopilado una larga lista de muertos. Y, sin embargo, Venezuela no ha aparecido en los Informes de Amnistía Internacional hasta 1985 y eso con escasos señalamientos, que no concuerdan con la magnitud de las violaciones presentes en los últimos años, muchas de ellas en el interior del sistema penal mismo, como los "muertos en enfrentamiento con la policía" (casi 300 en tres años sólo en la región zuliana, según recortes de prensa investigados por Francisco Delgado Rosales, del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia), lo que asevera la existencia de la pena de muerte extrajudicial; y las centenares de miles de detenciones que se han verificado en los llamados "operativos policiales" bajo el pretexto de un gran auge de la delincuencia en el país.

Sería largo y fuera de lugar explicar los hilos conductores entre control y conciencia. Pero es interesante señalar que, como siempre, la coartada de la "guerra contra el delito" en una sociedad atemorizada por una bien publicitada inflación delictiva, ha funcionado como elemento legitimador.

De todos modos, lo importante es poner de manifiesto tres elementos básicos de la cuestión: primero, que la ley no tiene como objeto transformar la sociedad, ni puede transformarla. Segundo, que cuando se habla de "proteger la sociedad" en realidad se está hablando de "proteger al sistema". Por lo tanto, tercero, que los Derechos Humanos no se han definido para protegerlos.

III- El Proyecto Zaffaroni:

El hecho mismo de que el proyecto haya sido sagazmente estructurado midiendo en columnas paralelas la protección normativa que se hace de los Derechos Humanos, por un lado, y la protección fáctica de esos Derechos, por la otra, ya está asumiendo el tipo de referencia necesaria para interpretar el fenómeno del control social y, por lo tanto la relación posible entre el derecho penal y la criminología.

Independientemente del hecho de que la definición de los Derechos Humanos de la cual se parte en este proyecto no es una libremente formulada, (sino la muy concreta de la Convención Americana, la cual recoge los acentos liberales y, por lo tanto, marcadamente individuales, de la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa), la circunstancia de poder constatar la incompatibilidad de los programas jurídicos y políticos con la realidad de los sistemas penales, facilita identificar a aquellos como meramente simbólicos, cuando se trata de aplicar las garantías a aquellas clases sociales cuya protección no fue la que precisamente motivó el nacimiento del Derecho Penal liberal burgués que emerge de la gesta francesa.

Así, pues, la primera consecuencia relevante de un proyecto como éste, nos parece, está en un refrescamiento de las posibilidades de colaboración, si no de integración, entre la criminología, —que no puede ser sino la Crítica—, y un Derecho Penal (o si se quiere ser más preciso, una Ciencia Penal), también Crítico.

El "garantismo", o respeto, vigilancia y garantía de los Derechos Humanos, se convertiría así en la zona coincidente de ambos círculos, y en objetivo de alto nivel en la escala de prioridades de ambas disciplinas.

No pretendemos en este espacio, repetimos, desarrollar una temática que requeriría del aporte de ambas especialidades en una relación interdisciplinar. Tampoco somos optimistas frente a las posibilidades de una "integración". Más bien, sí, del diálogo y la coincidencia de enfoques generales. Para eso es tal vez necesario puntualizar que esta criminología nueva no desdeña métodos para lograr una síntesis totalizadora que permita crear explicaciones (necesariamente aproximativas por lo complejo de la sustancia social-política), que alcancen la esencia detrás de la apariencia. Es así como fenómenos, muy simples de apariencia, han mostrado su perfil verdadero. En el caso del Derecho Penal, por ejemplo, una constatación irrefutable parece ser, como hemos dicho, la de su función básicamente simbólica. Es decir, que su aplicación general, su eficacia, no se produce necesariamente y que cumple, por lo tanto, un rol preferentemente legitimador. Que los juristas no hayan saltado los límites de su hiperespecialización, para ver al Derecho desde afuera, entendiéndolo como una totalidad que a su vez está inserta en una realidad compleja que lo explica y condiciona, contribuye a despolitizar y a ideologizar su gestión. Y esto, a nuestro entender, es una carencia importante. Esta criminología nueva ha descubierto que el fenómeno de la criminalización es mucho más amplio de lo que presuponen las luchas cuasi-teológicas de la dogmática, para la cual la criminalización deriva sólo de las condiciones de la incriminación. Cuando vemos la selectividad de los procesos de criminalización, que si bien comienzan, ciertamente (en su nivel formal), con la tarea legislativa incriminadora, y se continúan con los mecanismos de detección, denuncia, acusación, persecución judicial, sentencia y ejecución penal, —filtros poderosísimos, cada uno de ellos, y enriquecedores de la cifra negra del delito—, nos damos cuenta de lo pequeño y poco representativo que es el campo de aplicación vital de la dogmática. Si a eso agregamos la selectividad de los procesos de criminalización informales (estigmatización en los niveles escolares; fragmentación de la población general entre "conformistas" y "desviados", según las clases sociales a través de los estereotipos; distribución desigual de oportunidades vitales, alimenticias, educativas, culturales, de trabajo, de acceso a los bienes disponibles), el campo en cuestión se hace aún más reducido.

El proyecto Zaffaroni sobre Derechos Humanos, pues, refleja algunos de los postulados mantenidos por la criminología crítica. Por ejemplo, que el modelo teórico que está a la base de todo el sistema liberal burgués es necesariamente irrealizable, precisamente porque es meramente simbólico, es decir, ideológico.

Va a enseñar, por lo tanto, que no hay, como dicen algunos juristas, esperanzadoramente, una "desfiguración del Estado de Derecho", o "una crisis del Estado de Derecho". Lo que para ellos es motivo de desencantamiento, para los criminólogos críticos es la verificación de una hipótesis.

Y es que el proyecto aspira a entender el sistema penal en forma totalizadora, a la vez que articulado al sistema social.

IV. El Sistema Penal como parte del sistema jurídico total y como parte del sistema social:

Entendiendo las cosas en esta dimensión, se descubre que, aunque la maquinaria esté dispersa, no es por ello menos efectiva. Así encontramos que:

1. La tutela de los Derechos Humanos es programática: su sanción no es ubicable en el ámbito institucional. Esto es más claro todavía si se consideran, como debe ser, también los Derechos Humanos como sistema. Es decir, integrando los que son meramente individuales a los llamados sociales, única manera como su protección puede tener sentido.

Sin embargo, el concepto de Derechos Humanos está normalmente construido sobre el esquema del *derecho subjetivo* (no exento de un exquisito "toque" de iusnaturalismo), sobre el modelo de los *derechos patrimoniales* (propiedad privada y derecho de crédito), concebidos como *libertades* (en realidad son privilegios o "poderes distribuidos diferencialmente")¹¹.

Para estos derechos individuales se han elaborado todas las garantías de la ley: el principio de la legalidad, el monopolio jurisdiccional de la pena restrictiva de la libertad, la independencia del Poder Judicial, el juicio contradictorio, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el acusador, los derechos de la defensa. Pero la cultura jurídica burguesa, como dice Ferrajoli¹² no ha preparado ninguna garantía para los derechos sociales. ¿A quién se le ocurriría solicitar jurisdiccionalmente una medida de amparo por no tener acceso a las fuentes de trabajo, vivienda o alimentación?

Pero aún las garantías de los derechos individuales tienen sus matices: los que este proyecto va a debelar cuando verifique las desigualdades entre la *dimensión normativa* y la *dimensión efectiva* del Derecho.

Así, mientras el Derecho, se presenta como "igual para todos" (como dicen, más o menos todas las Constituciones: "independientemente del sexo, raza, ideo-

11. Vid. Ferrajoli, Luigi: "¿A quién debe servir la Justicia revolucionaria?" en La Justicia y la Revolución. Memorias del Seminario Jurídico Silvio Mayorga, Corte Suprema de Justicia, Nicaragua, 1981.

12. Ferrajoli, L., ob. cit.

logía o "condición social"), la desprotección institucional de los derechos sociales determinará que esto sea falso: no hay Derecho igual para hombres desiguales.

2. Por otra parte, la articulación del Derecho Penal sustantivo con el adjetivo descubre también la selectividad clasista del control. Así, en éste encontramos procedimientos privilegiados; antejuicios, inmunidades; sanciones y tribunales diferenciales y no estigmatizantes.

3. La articulación de ambos con los niveles de control más discrecional (la policía, por ejemplo), revela que éstos operan sistemáticamente en función de selectividad.

Todo esto nos va a conducir a una afirmación conclusiva:
En América Latina habría un Sistema Penal Subterráneo.

V. Sistema Penal Subterráneo y Sistema Penal Aparente:

El sistema subterráneo operaría en los diferentes niveles del sistema social. Es decir, tanto en los mecanismos de control formal, como en los del control informal. Y aparecería tanto en los contenidos como en los no-contenidos del control social, especialmente del formal.

Como todo el control social va a desembocar —o a no desembocar (ambas situaciones son las dos caras de la misma moneda)— en el sistema penal, a través de los procesos de criminalización, es en éstos en los cuales podemos observar el fenómeno:

1. El proceso de criminalización de conductas (incriminaciones):

- 1.1. Mientras en el Sistema Penal Aparente lo que es "malo" está expresamente formulado en los Códigos a través de las incriminaciones, es el Sistema Penal Subterráneo el que decretará lo que es "bueno". Y, en consecuencia, quienes son los "buenos" del sistema social. Así, encontramos una no-criminalización de conductas de grave daño y costo social que son características del rol de las clases hegemónicas en el sistema global.

Como contrapartida, el Sistema Penal Aparente criminaliza prioritariamente conductas que son más fácilmente ubicables en el ámbito de las clases subalternas.

Esta constatación dimana no sólo de las incriminaciones, sino de la manera cómo éstas se articulan con la red sancionatoria (cuantía de

la pena; cualidad de la sanción: penal, o administrativa, civil o mercantil; carácter estigmatizante; procedimientos privilegiados, etc.).

- 1.2. En el Sistema Penal Subterráneo hay una criminalización, *de facto*, de las disidencias ideológicas, operada por los servicios de inteligencia policial, que obran con una cierta discrecionalidad, variable según los diferentes regímenes, y con una autoridad sustentada en la impunidad de hecho.
- 1.3. Las legislaciones contravencional y de "orden público", que son fuertemente selectivas (como las leyes sobre drogas y alcohol, prostitución, vagabundaje, alteración de la paz pública), así como la ideología de la "peligrosidad *ante-delictum*", encaminan hacia el Sistema Penal Aparente a miembros de las clases subalternas (desempleados y sub empleados, es decir, marginales, preferentemente). La Ley de Vagos y Maleantes de Venezuela es un ejemplo muy claro. Muchas veces funciona como sustituto del Código Penal, extendiendo sanciones privativas de la libertad y prolongando el efecto de la estigmatización. Ella se ha convertido en el principal instrumento represivo y "preventivo", legitimador del sistema cada vez que una crisis política o de consenso lo amenaza, actuando a través de las llamadas "redadas" que operan indiscriminadamente sólo sobre la base de la asignación de sectores "peligrosos"¹³.
- 1.4. Las enormes cifras de detenidos en espera de sentencia que existen en el continente, representan grandes depósitos de procesados a la vez que un sistema sancionatorio que funciona al margen de las pautas del Sistema Penal Aparente. Como dicen Carranza, Mora, Houed, Zaffaroni: "En América Latina y el Caribe, los países del sistema penal tipo continental-europeo tienen un promedio ponderado de "presos sin condena" del 68.47% sobre el total de la población privada de su libertad". Para ellos: "Los principios del liberalismo penal, las garantías procesales, la ejecución penal resocializadora, son componentes de una ideología jurídica que se enfrenta a la práctica en forma tal que ningún expositor serio de las disciplinas penales puede negar esta palmaria contradicción. La función positiva de estas ideologías jurídicas no ha sido su efectiva realización —que era imposible— sino la de poner al descubierto las contradicciones del mismo

13. Vid. Hernández, Tosca: La Ideologización del Delito y de la Pena, Caracas, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, 1977.

sistema..... que permite —como hemos dicho— invertir en los hechos la totalidad de los valores de la ideología jurídica¹⁴.

Obsérvese que esto se alega aún dentro de países con sistemas de democracia formal. En los otros, el preso sin condena es una "institución" mucho más extendida aún bajo el amparo de la doctrina de la Seguridad Nacional. Múltiples denuncias han sido ratificadas por los organismos encargados de velar por la protección de los Derechos Humanos, relativas a ejecuciones sin sentencia, tribunales de fuero especial, y el fenómeno muy particular de los "desaparecidos". Sin embargo, en estos países también existen leyes y garantías formales, y nadie podría ser condenado o ejecutado sin proceso.

2. El Proceso de criminalización de individuos:

2.1. En el Sistema Penal Aparente, la criminalización de individuos se produce por efecto de la condena formal. En el subterráneo, además de lo que anotamos en el punto 1.4, existe una criminalización primaria que se ejerce a través del estereotipo del delincuente como perteneciente a la clase baja, el cual se emite y se recibe en forma bastante orgánica, —según lo demuestran varias investigaciones¹⁵.

2.2. Otra forma primaria de criminalizar subterráneamente es el mantenimiento de la marginalidad social, la cual priva a grandes masas, en los hechos, de su parcela de derechos humanos individuales y sociales, a la vez que motiva conductas discordantes con mínimas posibilidades de defensa procesal efectiva. En el Sistema Penal Aparente las cosas se resuelven afirmando el principio de igualdad ante la ley.

14. Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; Zaffaroni, Eugenio Raúl: *El Preso Sin Condena en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1983.

15. Víd. "El estereotipo del Delincuente en la Prensa Venezolana," Tineo de Suárez, Audelina, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, en Capítulo Criminológico 13, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1985. "Los medios de comunicación de masas en una sociedad capitalista, de la Escuela de Comunicación Social de la Universidad del Zulia, en *Los Rostros de la Violencia*, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1976. "El caso de la página roja", Emperatriz Arreaza Camero, en Capítulo Criminológico N° 6, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1978, y las investigaciones sobre Reacción social a la conducta desviada en los Delitos de Cuello Blanco y Convencionales realizadas por el Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada. La investigación venezolana estuvo a cargo de Tamara Santos, en multígrafo.

2.3. La presunción de inocencia aparece en la Convención Americana, suscrita por Venezuela, pero no en nuestra Constitución. Aún, pues, cuando es ley de la República, pareciera más bien que lo que se presume es la culpabilidad, a juzgar por las altas cifras de detenidos en espera de sentencia, que en Venezuela es de 75% , mientras el promedio latinoamericano, como se dijo, es de un 68.47% . Esto, en lo que se refiere al proceso de enjuiciamiento. Pero también se viola, en la operatividad misma del control policial, la proclamada presunción. Así sucede con los indígenas, con los inmigrantes por razones económicas, con los negros, con cierto tipo de jóvenes, las minorías sexuales y los disidentes. Ellos son el objeto principal de las "redadas" u "operativos".

Pero nos equivocaríamos si pensáramos que es sólo la condición grupal la que determina esta selectividad. Nada de esto sucedería si las personas mencionadas pertenecieran a las clases privilegiadas¹⁶.

También esto se refleja en niveles profundos de la conciencia. Así, en la psicología del testimonio se demuestra que en la percepción que los testigos tienen de hechos punibles o "desviados", hay una selectividad inconsciente que se condiciona por razones de clase.

2.4. Hay una amplificación de la reacción social y judicial, y en consecuencia, un establecimiento de la llamada carrera delictiva para quienes tienen antecedentes policiales o penales, a través de los mecanismos psicosociales del etiquetamiento, desconocidos por el nivel formal del Sistema Penal, y que son independientes, tanto de las previsiones legales por causa de reincidencia, como de las posibles prohibiciones de emitir certificados de antecedentes penales y policiales.

2.5. Aunque prohibidos por el sistema aparente, hay procedimientos diferenciales para las clases subalternas en el terreno fáctico: allanamientos de morada; violencias policiales; violación al derecho a la propia imagen en el tratamiento informativo; arrestos, y detenciones preventivas indefinidas; ejecución penal al margen de los derechos

16. Víd. Brusten, M. y Hurrelman, K.: *Abiernelchendes Vernalten in der Schule. Eine Untersuchung zu Prozessen der Stigmatisierung*, München, 1973; las de Kayser, de Karl-Dieter Opp, de Rodiger Peuker y Dorothee Peters, todas citadas por Bergalli, Roberto: "La Recaida del Delito y Modos de Reaccionar contra ella", Barcelona, Ed. Teus, 1980 y por Baratta, Alessandro: *Criminología Crítica del Derecho Penal*, Bologna, Il Mulino, 1982.

humanos: carencia de condiciones dignas de vida, de acceso a la información, a la comunicación, a prestaciones culturales o deportivas, etc., y sufrimientos físicos y morales excedentes a los prescritos por la ley.

- 2.6. Aun cuando es principio reconocido que toda persona debe ser juzgada por sus jueces naturales, lo cierto es que las minorías étnicas, religiosas, sexuales, o de cualquier índole, no gozan de la sustancia de este principio. Entendemos aquí como minoría (no en su sentido cuantitativo sino cualitativo, por efecto de la dominación cultural) los grandes sectores indígenas de muchos países latinoamericanos. Por supuesto, tampoco son juzgados por sus jueces "naturales" los marginales. Ni los disidentes políticos que son, generalmente, asumidos por la jurisdicción militar.
- 2.7. El derecho a la defensa pregonado por el sistema aparente, se hace nugatorio cuando las defensorías públicas de presos pobres están sobrecargadas de casos, como es habitual en estos países.

CONCLUSIONES:

1. El Proyecto no tendrá el final que merece si no convoca a una discusión interdisciplinar sobre las posibilidades de integrar la nueva criminología y una ciencia penal alternativa.

Para ello, la función común garantista y fiscalizadora de los Derechos Humanos puede producir lazos de unión provechosos, así como estimular el uso alternativo del Derecho para remover los obstáculos —al menos en la práctica de la jurisprudencia—, para la realización de los derechos humanos sociales, fundamento de los individuales.

2. El Proyecto puede colaborar a desmontar la ideología del discurso jurídico encapsulado en la tarea normativa y dogmática. Y, por último,

3. No debe descartarse el efecto transformador de la denuncia que representa una investigación de esta categoría, al incidir en la conciencia de las masas y estimular, por esta vía, la promoción de su participación activa en busca de la garantía efectiva de los derechos que les reconocen el discurso jurídico y legal.