

Crisis y crítica de la función punitiva *

Jorge Frías Caballero **

INTRODUCCIÓN

Una vez más, aun con inminente riesgo de repetir muchas cosas que ya he dicho, vuelvo a ocuparme del candente tema que se refiere a la crisis de la justicia y del sistema penal, respondiendo a la invitación que me ha hecho el Colegio de Abogados de la ciudad de La Plata.

En la medida de mis posibilidades procuraré ampliar el contenido de mi charla anterior en las Jornadas de la Magistratura, gracias a que ahora dispongo del doble de tiempo para desarrollar el tema.

Comienzo por señalar que usaré el vocablo "crisis" como expresivo de un proceso o tránsito que discurre a partir de un cierto estado de cosas considerado como inadecuado y en trance de superación, orientado al abandono de lo preexistente y su renovación o sustitución a remolque de nuevas verificaciones, conocimientos o descubrimientos.

En nuestro caso se trata de una crisis del sistema punitivo en sentido negativo, esto es, crisis de senectud y decadencia, con signos de eficacia y, a veces para algunos, de legitimidad.

En un mundo inmerso en una crisis universal, cultural, filosófica, política, económica, social, etc., no es en absoluto extraño que el total sistema penal se encuentre asimismo en crisis. Así intentan demostrarlo múltiples enfoques críticos.

Esta multiplicidad puede agruparse en una doble dirección. Una de ellas, que pudiera denominarse *académica*, apunta hacia los fundamentos ético-políticos del sistema y deviene, finalmente, en la afirmación de su ilegitimidad. La segunda, que podría caracterizarse como *profana*, si bien en cambio postula el *status quo*, esto es su subsisten-

* Material para dos conferencias expuestas en el Colegio de Abogados de La Plata, los días 9 y 11 de octubre de 1990.

** Profesor titular consultor de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires.

CRISIS Y CRÍTICA DE LA FUNCIÓN PUNITIVA

cia, afirma su ineficacia política para el logro de sus fines y hasta proclama su radical obsolescencia.

La vertiente académica se origina con importantes sectores de la sociología contemporánea que llega hasta la criminología e influye en ciertos criminalistas heterodoxos. La vertiente profana se halla integrada por amplios sectores de la opinión pública, permanentemente empujada por la prensa escrita y no escrita.

Únicamente el propósito crítico vincula a las dos direcciones, puesto que se orientan en sentidos opuestos: bien al aniquilamiento de todo lo que sea represión o retribución, inclusive la abolición del derecho penal, bien manteniendo las instancias punitivas en vigor, aunque con substancial reforzamiento de todos los mecanismos represivos. Obviamente, propuestas y críticas son también diferentes.

La problemática expuesta exhibe una tal complejidad y extensión que únicamente es posible intentar aquí un mero esbozo, reducido a lo fundamental. Un análisis más profundo exigiría un amplio debate colectivo que sería de todo punto deseable realizar alguna vez en unas jornadas o en un simposio especialmente dedicado a ese objeto.

Abrijo el convencimiento de que ese debate es imprescindible. Los penalistas argentinos tienen el deber inexcusable de promoverlo, abandonando una especie de inercia habitual frente a la impostación de ciertas posturas teóricas que deben analizarse con el máximo cuidado, en homenaje a las nuevas generaciones de profesores y especialistas; e inclusive a una especie de higiene intelectual.

1. LA CRISIS Y LA CRÍTICA ACADÉMICA

Y vayamos ahora a la que he denominado *crítica académica*.

Con pujos de palpitante novedad, no siempre justificada, una multiplicidad de tendencias científicas, inclusive con pretensiones filosóficas, se han dado a la tarea de examinar duramente los extremos de lo que se juzga una crisis irreversible de las instituciones punitivas del Estado de derecho.

No sería hacedero un recuento aproximadamente completo. Únicamente parece asequible, por encima de la multiplicidad y variabilidad de sus posturas teóricas, aludir a los postulados esenciales de algunos de sus más autorizados paladines, espigando en el extenso panorama de una muy abundante bibliografía.

Las aludidas tendencias se vinculan a corrientes de pensamiento que irrumpen en el mundo occidental desde los países anglosajones y hacen impacto a lo largo de la década del sesenta, especialmente a partir del agitado mayo francés de 1968 y de la denominada "revolución cultural".

En aquella época de gran despliegue capitalista, aparecen movimientos no conformistas que se oponen a las normas vigentes de dominación y de poder, junto a intelectuales como SARTRE y MARCUSE, que cuestionan la sociedad de consumo y son portadores de saberes que "incomodan a los poderes públicos". En ese período de gran agitación social: movimientos estudiantiles, objetores de conciencia, ecologistas, homosexuales, psiquiatrizados, etc., algunos intelectuales levantan las bande-

ras de un denominado "pensamiento crítico" (crítico de la sociedad y de las instituciones vigentes). Se origina así la "sociología crítica" emparentada con el *New Criticism* americano, a partir de los años sesenta, y la teoría de la sociedad que se elabora en el Instituto de Investigaciones de Frankfurt (rama y escuela de Frankfurt), reacción antipositivista dentro de un marxismo paulatinamente heterodoxo y que hereda el postulado de una sociedad sin opresión (con investigadores más o menos heterodoxos como HORKHEIMER, ADORNO, HABERMAS, FOUCAULT, etc.). Es a partir de estas impostaciones politizadas, pero también de otras con signo estructuralista, fenomenológico y aun liberal, cuando nace la "*criminología crítica*", cuyas concepciones se apartan polarmente de la criminología tradicional, todavía admitida en muchos círculos criminalísticos de la actualidad.

La criminología tradicional, nacida a fines del siglo pasado, se caracteriza por hallarse rígidamente subordinada al derecho positivo, el cual perfila y tipifica lo que es conducta delictiva. De este modo es el derecho penal el que fija autoritariamente el objeto específico de la criminología: el delito, formalmente delimitado por la ley, y su autor. Misión subordinada y única de esta criminología es la investigación de las causas de la criminalidad y las características del hombre delincuente, en perspectiva puramente causal-explicitiva, esto es, naturalística.

El vocablo "paradigma" que propuso THOMAS S. KUHN para designar a las realizaciones científicas que temporalmente proporcionan modelos de problemas y de soluciones, se empleó para caracterizar esta criminología tradicional como el "paradigma etiológico".

Las corrientes críticas, científicamente revolucionarias, se apartan en mayor o menor medida de este paradigma para oponerle otro. De este modo se suceden en el tiempo esquemas teóricos substitutivos como la llamada criminología de la desviación, criminología organizacional, interaccionista, de la reacción social, del etiquetamiento, del *labelling approach*, del estereotipo, y finalmente criminología crítica o radical, también llamada nueva criminología [WALTON-TAYLOR-YOUNG] o marginal, para culminar en lo que LOLA ANIYAR DE CASTRO bautizara con el rótulo de "criminología de la liberación".

Conforme a las distintas impostaciones, sobre todo las de signo más o menos marxista, o francamente marxista, la vieja criminología, que se dijo nacida como ciencia burguesa capitalista con el objeto de apuntalar y legitimar el sistema penal y servir puntualmente a la represión y privilegios de clase, debe ser radicalmente denunciada y abandonada.

El esquema epistemológico de estas tendencias, especialmente a través de la formulación del *labelling approach* (que se considera un genuino enfoque revolucionario) modifica el de la criminología postlombrosiana positivista, sirviendo del capitalismo a la cual se le oponen un objeto diferente y finalidades diversas. Se propicia así el llamado "paradigma del control" o "de la definición", conforme al cual no se trata ya de etiología delictiva sino de algo distinto y de mayor trascendencia: el enjuiciamiento crítico no solo de la propia ley sino del total aparato punitivo en sus distintos estratos. Esta redefinición del objeto implica la discusión de la legitimidad del sistema, puesto que a través de él el Estado habría "expropiado",

apartando a los protagonistas (víctima y victimario), y atribuyéndose ilegítima y arbitrariamente el conflicto.

El planteamiento acusa alguna similitud con otro, enunciado hace ya muchos años, puesto que a través de él parece en cierta medida hacerse una realidad la tesis de que "la criminología se tragará el derecho penal", veleidad utópica de don LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, en la que probablemente nunca creyó demasiado. Claro es que la misma provenía precisamente de vertientes positivistas, o sea de una criminología puramente "etiológica".

Conforme a lo que se ha expuesto, la criminología es una *ciencia política* (puesto que toda ciencia implica una impostación de esta índole) que no se reduce a un estudio causal-explicativo del delito y de la criminalidad (por lo demás epistemológicamente imposible, ya que frente a unos hechos que provienen exclusivamente de valoraciones legales, como las acciones delictivas, un enfoque causal-explicativo de ellos implicaría una especie de "armonía preestablecida").

Este viraje espectacular hacia el llamado "paradigma del control" o "de la definición" abandona, pues, la investigación causal o investigación etiológica y la substituye por la investigación y estudio de las condiciones y procesos sociopolíticos a partir de los cuales el Estado vigente convierte a ciertos comportamientos humanos (y no a otros) y a ciertos sujetos (y no a otros), respectivamente, en delitos y en delincuentes, por medio del mecanismo de la "definición" o "etiquetamiento", a pesar de que otros substancialmente semejantes, y aun idénticos, escapan a dicha selección.

La específica misión de esta nueva criminología es el esclarecimiento de estos procesos, llamados de "criminalización", a cargo de las llamadas "agencias del control social".

Debo advertir que el aparato teórico de estas especulaciones carece de una elaboración doctrinaria de carácter unitario. Por eso enunciaré aquí únicamente las ideas básicas y fundamentales propiciadas por las tendencias extremas (esencialmente de aquellas que acusan impronta marxista) a través de dos o tres autores de especial significación; entre ellos ALESSANDRO BARATTA, de decisiva influencia en Sudamérica, y la profesora LOLA ANIYAR DE CASTRO, directora del Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia (Venezuela), abanderada máxima de estos planteamientos en esta parte del mundo, con simple alusión de otros más radicales como THOMAS MATHIESEN y LOUK HULSMAN y, entre nosotros, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, autor de una reciente "criminología", enraizada profundamente en carriles críticos, y de varios libros y publicaciones cercanos al tema.

A partir de esta novísima criminología, que ANIYAR DE CASTRO bautizara como "criminología de la liberación", se han realizado numerosas reuniones y congresos nacionales o internacionales en diversos países latinoamericanos, en los que se ha logrado un creciente consenso de núcleos numerosos de criminalistas, sociólogos, penalistas, etc., que producen abundante bibliografía en libros y revistas.

Un esquema básico de los postulados comunes de estas corrientes críticas, enfiladas contra el sistema penal vigente en todo el mundo occidental, exige señalar que se entiende por ese sistema al conjunto total de instancias mediante las cuales

se formula, ejerce y aplica la función punitiva; partiendo de la producción de normas penales (etapa legislativa) y continuando a través de las etapas ejecutivas, persecutorias, policiales, acusatorias, seguidas de los órganos judiciales que aplican dichas normas, para retornar al ámbito ejecutivo o penitenciario después del pronunciamiento condenatorio. Se trata, dicen los críticos, de una forma de control social que se halla en directa relación con la estructura de poder, al que corresponde un modelo de sociedad.

Esta sociedad (capitalista) ejerce la punición a través de los procesos criminalizantes que tienen ante todo una función "legitimante del poder". El sistema se estructura por lo tanto en sentido definidamente clasista, en beneficio de los "sectores hegemónicos" y "en perjuicio de los sectores subalternos".

La criminología crítica tiene como objeto fundamental el análisis y denuncia de estos procesos.

El Estado se sirve de ellos a modo de instrumentos de control de una clase sobre la otra. La investigación criminológica ha de preguntarse (siguiendo aquí la exposición de ROSA DEL OLMO): cómo y por qué determinadas personas (y no otras) son definidas en sentido criminalizante; cómo y por qué ciertos comportamientos (y no otros) son tipificados como delitos; cómo y por qué existen las normas penales; por qué alguien y qué tipo de persona es el delincuente; cuáles son los procesos y procedimientos de su identificación; qué efectos y consecuencias acarrea el "etiquetamiento" para el individuo y para la sociedad, etc.

La "etiqueta", el "estigma", el "estereotipo" de delincuente cae a través de los mecanismos de criminalización selectiva, sobre ciertos sujetos que cometen ciertos actos definidos como delitos (con exclusión de otros más dañinos para la comunidad social) a fin de someterlos al rigor del control punitivo.

En semejante tarea las agencias, a partir de la etapa legislativa, ejercen su "elección clasista" en pro de los grupos hegemónicos y sus intereses para lograr la sumisión de los oprimidos con apoyo en el medio coactivo más poderoso de que dispone el Estado (la pena criminal), incluso recurriendo al pretexto de procurar la tutela de grandes valores ético-sociales (como señala NOVOA MONREAL).

La selección clasista comenzaría con la creación de las normas. La tipificación ya tendría por objeto hacer que "ciertos individuos" sean incluidos dentro del aparato de actuación del sistema (selección positiva), mientras otros "quedan excluidos" (selección negativa). De esta manera las leyes penales se insertan en la lucha de clases y se alinean junto al poder social vertical.

Un criminólogo colombiano, recientemente fallecido, EMIRO SANDOVAL HUERTAS, en un pequeño volumen sobre criminología crítica, intenta demostrar extensamente esta selección acudiendo a nociones generales sobre el hecho punible, el procedimiento y las sanciones penales. Así enumera, por ejemplo, la "selección mediante el interés jurídico tutelado" (tutela fragmentaria y frecuentemente arbitraria); la "descripción de la conducta"; las "formas privilegiadas de justificación"; la "definición y las consecuencias de la inimputabilidad"; el "principio de culpabilidad"; las "presunciones de responsabilidad"; las "clases y medidas de pena"; las "circunstancias agravantes"; las "causas que extinguen la punibilidad", etc.

Obviamente, como ya se ha dicho, la selección no se agota aquí sino que continúa con las intervenciones selectivas de carácter ejecutivo, policial, judicial, a veces militar, penitenciario, etc.

La idea básica que preside estas construcciones es que son las normas, y su actuación y aplicación ulterior, a través de todas las instancias, las que crean y producen la criminalidad, el delito y el delincuente.

Son pues la criminalización, las etiquetas punitivas y los estereotipos resultantes, los que crean el delito como componente funcional del sistema de poder, iniciando a través del aparato judicial (que tiene ese objeto específico) las carreras criminales de los sujetos que pueblan las cárceles.

Consecuentemente, el delito es un concepto artificial; carece de existencia previa a la concreción legislativa y judicial. Se trata de un fenómeno puramente convencional creado para defender a todo trance un determinado estilo de vida y un modelo de sociedad.

En definitiva, no hay delitos en sí. La delictuosidad no es característica o cualidad óptica de ningún delito, aun cuando se trate de un homicidio, una violación, un estupro, etc. El delito no existe sino como producto de creación legal, y por tanto como expresión del poder político y económico.

De todo esto resulta que para estas tendencias el derecho en general, y el derecho penal en particular, integra un sistema "perverso" (vocablo que integra una vasta colección de términos, a veces difícilmente inteligibles que se deslizan con frecuencia en la literatura crítica), ya que es producto de los grupos dominantes en el Estado capitalista que procuran mantener sus privilegios y consolidar la llamada "escala social vertical", por encima de las clases marginales.

De aquí la injusticia inmanente de toda la estructura juridicopenal. El llamado "delincuente" es una simple víctima del sistema. La selección clasista lo ha escogido como una especie de "chivo expiatorio" a fin de atraer sobre sí toda la carga agresiva que de otra manera podría haberse dirigido contra quienes detentan el poder. Las clases media y alta, a su vez, descargan sobre ese "chivo expiatorio", de manera simbólica, sus propias culpas, para lo cual lo extraen de las clases marginales.

También existe cierta notoria semejanza de estas ideas con posturas teóricas ya muy antiguas, igualmente procedentes de fuentes sociológicas. Me refiero a los planteos de LACASSAGNE, entre otros, y a su célebre frase: "*tou le monde est capable excepté le criminel*"; según ello el delito sería consecuencia del orden social capitalista y la responsabilidad sería únicamente social y colectiva. Pero también este planteo precede de un "paradigma etiológico" de raíz positiva, extraño al de la criminología crítica, la cual también recuerda la concepción rousseauiana del hombre puro y no corrupto en estado de naturaleza, más tarde corrompido por la sociedad.

Es obvio que quienes no participamos de estos "discursos" criminológicos (otro vocablo clave que se repite hasta el cansancio) apuntalamos la hegemonía jurídica y política del autoritarismo clasista o fascista, a la manera de "piezas útiles", cabría mejor decir "idiotas útiles", manejados a discreción por el control

"exacerbado y perverso". Esto último con el especial agravante de que quienes alguna vez fuimos jueces o hubimos de integrar las que ZAFFARONI denomina "usinas reproductoras de la ideología" (entiéndase universidades), pudimos tener consciencia del triste papel que nos obligan a jugar, aunque quizá no nos diéramos cuenta del deterioro humano regresivo que sufríamos inconscientemente como "operadores" de las "máquinas burocratizantes" (tradúzcase tribunales de justicia). A este respecto me pregunto si en algo parecido a esto estaría pensando el catedrático español MUÑOZ CONDE cuando se refiere al "malestar de algunos colegas" ante la "prepotencia crítica de algunos criminólogos".

Inquestionablemente, aunque en todo este despliegue de especulaciones hubiese algún granito de verdad, ellas están plagadas de notorias inexactitudes y de posturas irrisorias.

Hace no mucho tiempo, por ejemplo, grupos terroristas aliados con bandas de narcotraficantes han asesinado de manera infame en Medellín, a un gran penalista colombiano, amigo mío, de filiación liberal. Me refiero al senador FEDERICO ESTRADA VÉLEZ. Antes habían asesinado vilmente, de igual manera, en la Corte Suprema de Bogotá, de la cual eran jueces, a otros penalistas, amigos entrañables: ALFONSO REYES ECHANDÍA y RICARDO MEDINA MOYANO. Pues bien, no acierto a comprender qué es lo que se quería decir al afirmar que estos hechos aberrantes, que ya eran delictuosos antes de la Ley de las Doce Tablas, no son "ontológicamente" delictivos si se prescinde de lo dispuesto en el Código Penal colombiano lo que puedan resolver las "agencias" de control social, como si se tratase de acciones punibles *mala quia prohibita*. ¿Únicamente habrá lugar a decir que se trata de asesinatos después de las sentencias judiciales condenatorias?

Volviendo a la selección legislativa, veamos dos de los casos aducidos por SANDOVAL HUERTAS. El primero discurre en el ámbito de la justificación y se refiere a la llamada "presunción de legítima defensa", todavía vigente en muchos códigos. Se trata del rechazo del extraño que indebidamente intente penetrar o haya penetrado en la morada ajena o en sus dependencias, cualquiera sea el daño ocasionado al intruso. Se trata aquí, dice SANDOVAL, de un "privilegio" que "facilita enormemente la exención de responsabilidad". Según ello, estamos frente a una norma que viene fundamentalmente a reforzar la protección de la propiedad privada de aquellos que "por el valor de los bienes que posean en su habitación" crean "pertinente intentar defenderlos", procurando excluirle del sistema penal. Tal "selección", dice es "funcional a las actuales relaciones de dominación"(!) y se hace en favor del propietario. Pero es el caso de preguntarse si el marginal o proletario que expulsa a patadas al intruso que ha irrumpido en su habitación está excluido del "privilegio" respecto de las eventuales lesiones que le infiera, aunque carezca de bienes que pudiera intentar defender.

Otro ejemplo insólito y extravagante se refiere al inimputable. Resulta inadmisiblemente, sostiene, que el sistema "reserve algunas de sus más severas medidas precisamente para quienes considera «incapaces»" (esto es, por ejemplo, un psicótico o un demente). Pero aquí, sostiene, "escóndese algo distinto y de mayor trascendencia que las razones aducidas oficialmente". Esto, es efecto, "oculta una descalificación política contra quienes tienen un orden racional de valores o referencias distintas

del orden hegemónico". En suma, se trata de un caso de "selección positiva" fundándose en que el mundo de valores del agente inimputable difiere del hegemónico, esto es, de la "racionalidad axiológica, enmarcada por las relaciones de producción (¿cuando no!) generadas por el modo de producción capitalista...". En este caso la pretensión es ridículamente superficial y se origina en el volar de unas campanas que suenan en campanario totalmente diferente, ya que parten de una crítica certera de MUÑOZ CONDE dirigida contra las medidas de seguridad impuestas a los inimputables que no tienen absolutamente nada que ver con el tema. El argumento no merece, pues, mayores comentarios.

Desde otro punto de vista, la gravitación del *labelling*; y del "estereotipo" en la selección clasista y en la consolidación ulterior perversa de destinos o carreras delincuenciales es susceptible de múltiples reparos.

El etiquetismo, dice MANUEL LÓPEZ REY, no incide, o apenas lo hace en lo que se refiere a delitos como el homicidio, las amenazas, etc., y la repetición de abortos o la violación difícilmente sea su consecuencia. Ni siquiera, dice, en el caso de reincidentes habituales y profesionales se puede afirmar que se hallan siempre afectados por el *labelling*; y otros delincuentes (terroristas, torturadores, ejecutivos de empresas que perpetran grandes fraudes, etc.) no se sienten condicionados por las etiquetas penales.

En cuanto a las propuestas políticas, las distintas posturas de la criminología crítica o de la liberación se orientan hacia tres proposiciones diversas: o bien la propuesta de una enérgica y drástica reducción del sistema, la llamada "minimalización penal" de BARATTA, o bien la lisa y llana abolición como pretenden MATHIESEN y HULSMAN, entre otros. Un tercer grupo comparte provisionalmente la primera postura como vía de tránsito hacia el total abolicionismo.

En todo caso, y en última instancia, todas aspiran al logro de un nuevo modelo de sociedad, para lo cual la criminología "no puede estar desvinculada de la lucha social" [ANIYAR DE CASTRO], obedeciendo al imperativo de "liberarse del pegajoso contagio que secretan unas estructuras sociales en las que rige la ley del sálvese quien pueda", en frase de FOUCAULT. Por todo ello el criminalista tiene el insobornable deber de postular la liberación de las "estructuras explotadoras" y está éticamente obligado a la "remodelación de la realidad política".

En cambio los más discretos se reducen a abrazar los programas de descriminalización o despenalización, o, en su caso, de criminalización, siguiendo tendencias por otra parte que hoy tienen general prestigio, a punto tal que el propio Consejo de Europa cuenta con un Comité encargado de la materia.

Los "minimalistas" por su parte proponen programas de política criminal "alternativa de las clases subalternas". Frente a la quiebra del sistema proponen abandonar el derecho penal tradicional y sustituirlo por uno esencialmente distinto, para lo cual ensayan diferentes caminos, mientras subsistan las actuales estructuras de la sociedad "vertical". Pero, en todo caso, esta política no puede limitarse a "paños tibios" o "substitutivos penales", vagamente reformistas y humanizantes, sino que debe emprender grandes reformas sociales e institucionales en vista de

la transformación radical y de la superación de las relaciones propias de la producción capitalista.

Entre estas reformas se hace especial hincapié en la abolición de la cárcel, visto su fracaso y la caída del mito burgués de la reeducación y reinserción del condenado en la comunidad social.

Mientras no se logre una sociedad mejor, se dice, es preciso procurar objetivos alternativos o antagónicos que pongan en jaque a los valores burgueses.

Entre estos últimos cobra muy especial consideración el llamado "uso alternativo del derecho", de franca prosapia marxista. Este llamado "uso alternativo del derecho" se propicia como vía para la aplicación progresiva de propuestas reformistas y revolucionarias. Implica la introducción (a la manera de un Caballo de Troya) de la crítica a través de la interpretación judicial. A este respecto dice LUIGI FERRAJOLI que ha de postularse el "ejercicio alternativo de la función judicial", en el cual el juez abandonará su tradicional neutralidad política, actuando políticamente pero en "sentido adverso"; orientándose no hacia la "defensa y servicio de los sectores capitalistas... sino... a la tutela de las fuerzas de oposición y a la emancipación de las clases oprimidas". Se trata de la promoción y prevalencia de los intereses de estas clases en todos los terrenos permitidos por la democracia burguesa. Esta "revolución copernicana", dice FERRAJOLI, implica específicamente una nueva "tarea revolucionaria de la magistratura" que contribuye a la formación de una "clase de juristas revolucionarios", todo ello a partir de una concepción marxista utilizada en sentido "preceptivo", volcada a la "definición y consecución de objetivos concretos de poder" [P. BARCELONA].

La construcción a que se acaba de hacer referencia constituye una práctica marxista bastante tradicional, y está destinada a utilizar el derecho burgués en sentido contrario al planeado originariamente. Probablemente esto es lo que se hizo en Chile durante el gobierno de ALLENDE, que se sirvió de los llamados "resquicios legales" de la legislación entonces vigente para imponer, sin necesidad de reformas legislativas, algunos objetivos financieros revolucionarios.

Acaso también sea este el pensamiento de PAVARINI cuando dice que al buen criminólogo no le queda otra cosa que hacer criminología con "mala consciencia".

A pesar de sus expresas discrepancias, se acerca a esto ZAFFARONI en lo que toca a la función del "operador de la agencia judicial" (tradúzcase juez). Admitido el criterio abolicionista y siendo necesario reconstruir una dogmática "conforme a un derecho penal garantizador y etizado", el "discurso reductor (de violencia) de la agencia judicial", constituido como medio de "contradicción de la violencia característica del sistema" (el juez es "un hombre de lucha"), ha de "pautarse" enderezando sus decisiones hacia esa reducción y a la limitación de la punición del "prisionero de la guerra sucia de la política", apoyándose en el ejemplo del juez MAGNAUD.

Las irrisorias exageraciones que se deslizan en estas construcciones cobran a veces perfiles francamente ridículos. Por ejemplo, la ilustre profesora que inventara lo de "criminología de la liberación", embalada en su carrera libertaria, sostiene

que *todos* "los llamados delincuentes son seres superiores, víctimas de la sociedad capitalista burguesa". Incluso los delincuentes comunes, añade, son "esencialmente delincuentes políticos". Por esto propicia "hacer recuperable para el proceso revolucionario a la parte «más sensible de la sociedad»... que se rebeló acudiendo al no fácil camino de la delincuencia", que no sería otra cosa que una forma primitiva de reacción cripto-política contra la opresión (incluso cuando se trata de delitos convencionales).

Es obvio que la implicancia lógica de esta postura conduciría derechamente a jubilar a los jueces penales y a abrir de inmediato las puertas de las cárceles, o a esperar que así se haga apenas suenen los clarines revolucionarios.

Claro está que ninguna sorpresa suscitan estas peregrinas afirmaciones puesto que provienen de posturas marxistas, neomarxistas o comunistas.

Otra desconcertante cuestión gira en torno de la afirmación enfática del llamado "derecho a ser diferente", que se exige reconocer a quien delinque.

Las sociedades igualitarias, se sostiene, serían solo las que dejan el máximo de libertad concretada en la expresión soberana de lo diverso o de lo diferente. El principio igualitario debe garantizar este derecho insuprimible y absoluto, emergente del ser autónomo y peculiar. El planteo es irreprochable y seductor.

Pero ¿qué se ha de entender por este "derecho a ser diferente"? Por supuesto que "ser" implica muchas cosas: "ser" rubio, "ser" judío, "ser" alto, o "ser" gordo. Es evidente que este llamado derecho a ser diferente nada tendrá que ver con todo esto. Pero si se trata de "ser" fumador, "ser" drogadicto, alcohólico, homosexual, etc., quizá ya no corresponde negar mi derecho a "ser". Pero, en cambio, ¿podría decirse lo mismo, pongamos por caso, si por "hacer" cosas peligrosas me convierto en un "ser" peligroso? ¿podría seguirse afirmando que se tiene el derecho absoluto a este "ser diferente"? Pienso que es evidente que no. Y si se continúa el análisis, parece francamente aberrante admitir un derecho a "ser" delincuente; porque "ser delincuente" se logra a través de la comisión de delitos, y porque parece que ningún ser humano puede invocar el "derecho" a matar en cualquier situación o circunstancia, o el derecho de violar, o el de corromper, o el de invalidar físicamente a una persona, etc. Y esto es de lo que se trata, ya que se invoca este derecho en el ámbito penal.

Ni siquiera parece cumplidamente exacto aducir este "derecho a ser diferente" para negar el *telos* "resocializador" o "reeducador" del encierro carcelario. Independientemente de la ilusión, en gran medida fallida, de que semejante "tratamiento" pueda lograrse por medio de aquel encierro, lo que ha llevado a la afirmación de su fracaso, debe reconocerse que resulta discutible obligar al delincuente a modificarse, incorporando a su personalidad esquemas valorativos ético-sociales que no son los suyos, que no comparte y que acaso se niega a compartir. Pero, en cambio, nada se opone a que ello se intente en la razonable medida de lo posible y sin violentar la conciencia de nadie (un musulmán fundamentalista, por ejemplo, o un delincuente "por convicción").

Este derecho a ser diferente, invocado en la esfera penitenciaria, ha venido entretanto a culminar el proceso negativo de legitimidad de la función punitiva.

Sería deseable poder seguir resumiendo sucintamente las falencias reales o imaginarias que niegan legitimidad al sistema y que demuestran la perversidad de la sociedad capitalista, señaladas por los modernos criminólogos. El escalpelo crítico no deja en pie nada. Pero no es posible intentarlo. Especialmente demoledor es el empuje crítico que trasuntan los libros de EUGENIO ZAFFARONI.

Después de centenares de páginas que es preciso recorrer imponiéndose un denodado esfuerzo por lo dificultoso de su lectura, solo se advierten escombros por todas partes. La "deslegitimación" del sistema es total. Se lo hace con abrumadora violencia, a la vez que muchas veces con flagrante inexactitud, y frecuentemente con un lenguaje hermético o casi que cifrado, que cuesta inteligir a través de reiteradas lecturas.

Únicamente señalaré unas muestras. Tal la que versa sobre la función policial y las peculiaridades características y exigencias referentes al ejercicio y a la formación de los cuerpos que la integran.

Examina la cuestión bajo el rótulo de "agencias ejecutivas como máquinas de policizar" (sic). Según ello el policía, el "policizado", es seleccionado dentro de los mismos sectores que los criminalizados y también con sujeción a un estereotipo. He aquí la política de su preparación: "Se le introduce en una práctica corrupta... se le entrena en un discurso externo moralizante y en una práctica interna corrupta". Se le prepara infundiéndole "requerimiento de rol transnacionalizados" correspondientes "a lo que en las concepciones más tradicionales se llama «psicópata»...". "En síntesis, al policizado se le ve como un corrupto (el «estereotipo popular» lo bautiza como 'vivo', 'zorro', 'corrupto') y se pretende que se comporte como un psicópata, conforme al estereotipo y requerimientos de rol". No es extraño, además, que el "policizado" sea un anómico; pero no en la originaria versión durkheiminiana sino "como resultado (expreso) de un entrenamiento que le sumerge en la anomia", amenazándole cuando no se somete a las prácticas corruptas. En fin, la conducta ideal es la que corresponde al "héroe" de la ficción transnacionalista. Y si no responde "conforme a los requerimientos psicopáticos es dado de baja mediante un simple procedimiento administrativo". En definitiva, el proceso a que se somete a estas personas consiste en "deteriorarles su identidad originaria y reemplazarla por una identidad artificial, funcional al ejercicio de poder de la agencia".

Frente a esta tremenda descripción solo cabe preguntar (como frente al *Castillo* de KAFKA): ¿quién es el "ser" protervo que protagoniza este alucinante proceso de perversión progresiva? Parece obvio que no puede existir más que una respuesta, a saber: el sistema penal vigente. Pero detrás de él está el Estado. Y en pos del Estado se encuentra la sociedad capitalista burguesa...

Algo cercanamente parecido ocurriría con las "agencias judiciales", consideradas a su vez como "aparatos" o "máquinas de burocratizar". También aquí existe un proceso de riguroso entrenamiento al que se somete a sus "agentes" (funcionarios y empleados) y "operadores" (jueces). Proceso igualmente vejatorio para sus derechos humanos y deteriorante de su identidad a través de la "internalización de

signos de falso poder”, comenzando tempranamente en las “usinas ideológicas” universitarias, y que se parece mucho a un lavado de cerebro, ya que ni los mismos afectados (entre ellos los jueces) lo perciben.

Adviértase cuán irresistible ha de resultar aquí el malestar de los colegas de MUÑOZ CONDE, entre los que me cuento.

Volviendo a la propuesta de que se derriben los muros de las prisiones, explícitamente formulada entre otros por BARATTA, a la cual se añade la aspiración de lograr un “modelo de sociedad socialista como el de una sociedad que puede prescindir cada día más del derecho penal y de la cárcel”, ya que este derecho desaparecerá únicamente con el capitalismo y con el advenimiento del socialismo, según pronóstico de RICHARD QUINNEY, existen muchos motivos para cuestionarla, sobre todo en cuanto se advierte que hasta este momento los únicos muros verdaderamente derribados han sido los de Berlín, como expresión de una revolución histórica tan trascendente como la de 1789, la cual no ha sido, ciertamente, obra del zarismo resucitado de sus cenizas o de la burguesía capitalista, sino de los propios pueblos esclavizados durante más de setenta años.

Y llegado a este punto parece pertinente, para quienes hacían ciencia social o jurídica marxista, frecuentemente con los ojos clavados en Moscú, intentar comparar el derecho comunista con el personalista, liberal burgués, vigente en todo el mundo civilizado. Esto conducirá a descubrir algunas cosas sorprendentes.

Después de 1958, en efecto, las leyes soviéticas volvieron a consagrar los viejos principios del penalismo liberal, antes repudiados en forma peyorativa como “prejuicios burgueses”. Esta restauración alcanzó al dogma de la culpabilidad (como lo reconoció el profesor JOHN LEKSCHAS desde la propia “cosmogonía marxista”), lo cual implicaba consagrar a la dignidad humana como fundamento ético de la pena.

A pesar de eso las cénicas diferencias discurrían por vías subterráneas.

Basta a este respecto recordar la invención más perversa (aquí el adjetivo es rigurosamente pertinente) que la mente humana haya producido a lo largo de toda la historia contemporánea, como lo han reconocido, después de GORBACHOV, los propios soviéticos en sede internacional.

Me refiero aquí a la feroz represión penal del disidente político sirviéndose de la psiquiatría y de los establecimientos psiquiátricos. Represión perpetrada con la ley vigente en la mano y a través del propio mecanismo jurídico, respetando escrupulosamente todas las garantías democráticas restauradas.

Sin embargo, aunque parezca mentira, el procedimiento implicó nada menos que un notorio progreso en el tratamiento político de los disidentes soviéticos. En la época de STALIN se liquidó, simplemente, a miles de disidentes, dándoles muerte como a enemigos y traidores del “paraíso soviético”. Ulteriormente un eminente psiquiatra, el doctor SNEZHNEVSKY, miembro de la Academia de Ciencias Soviéticas, y director del Instituto SERBSKY de Psiquiatría Forense de Moscú, descubrió una nueva variedad de la esquizofrenia que hubo de bautizar con el nombre de “esquizofrenia boba”. Lo espectacular de este descubrimiento fue que la extraña psicosis únicamente afectaba a los disidentes soviéticos. El descubrimiento permitió, de ese modo, terminar

con multitud de opositores e inconformistas políticos, encerrándolos en establecimientos psiquiátricos con la más estricta sumisión a las normas penales de fondo, a las leyes procesales soviéticas y a oportunos peritajes médicos, esto es, lo que en lenguaje liberal burgués se denomina “debido proceso legal”.

Es claro que aquí los disidentes parece que no tenían en modo alguno ningún “derecho a ser diferentes” y que, al contrario, incurrirán nada menos que en la conducta reprochable a la que aludía SANDOVAL HUERTAS refiriéndose a los inimpugnables (dementes y psicóticos) del Código colombiano. ¿O será, por ventura, que no existían “valores hegemónicos” en el paradisíaco imperio de la “dictadura del proletariado”?

Todo lo que se ha dicho hasta aquí parece hacer patente la razón que acompaña a DARÍO MELOSSI (citado por LÓPEZ REY) cuando sostiene que para estos criminólogos no tiene ninguna importancia construir nada nuevo, sino simplemente procurar la hegemonía política creciente del marxismo.

Esto es, por mi parte, lo que siempre he sostenido cada vez que he tenido oportunidad de pronunciarme. Se trata, sencillamente, de un afán subrepticio, es decir, de un notorio pretexto para hacer propaganda y proselitismo ideológico. Yo no me opongo a ninguna convicción política, pero creo que hay que repudiar toda especie de infiltración desleal en vez de una actuación sin retaceos ni hipocresías, ejerciendo, esta vez sí, el inviolable derecho a ser diferente, en una sociedad pluralista y democrática.

Para terminar, todavía me siento obligado a formular algunas consideraciones para ser fiel a mis convicciones.

Por lo general la literatura crítica no es de lectura placentera, ni siquiera fácil. A menudo se halla inmersa en un estilo presuntuoso, lleno de frecuentes tecnicismos y naufragante en un océano de vocablos extraños, neologismos e inventos verbales, con pretensiones de genialidad original. Cuesta mucho leer y entender a los nuevos profetas.

Desde sus propias filas, la profesora venezolana ROSA DEL OLMO aludió a cierta “crisis del lenguaje”, denunciando a algunos científicos aficionados a un “lenguaje esotérico”, solo accesible a unos pocos que tendrían el privilegio de entenderlo (una especie de “élite” o “masonería secreta”) mientras quedan al margen los no “iniciados”. Algunos sociólogos, señala, en la búsqueda de una “pretendida respetabilidad”, se sirven de una “terminología pedante, estéril y hueca que califican de lenguaje científico”. Coincide en esta postura con KARL POPPER, que se ha dolido de una verdadera “polución del lenguaje”, más dañosa, dice, que la polución del aire”.

Pues bien, algo de esto, y a veces mucho de esto, se puede advertir en la exposición escrita de los nuevos dogmas.

Obviamente en el lenguaje de estos escritores suele colarse frecuentemente el vocabulario técnico desarrollado en rededor de investigaciones sociológicas y aun filosóficas de cuño moderno.

Pero además de esto suelen añadir al vocabulario científico más o menos de moda, una profusa multitud de palabras que inventan frecuentemente sin necesidad

(a diferencia de la palabra "vivencia" que, por ejemplo, inventó ORTEGA Y GASSET constreñido por la traducción del vocablo alemán *Erlébnis*). Pero no es esto solo, lo que hasta podría resultar más o menos regocijante, sino, en primer lugar, la repetición *ad infinitum* de ciertos vocablos que parecen aureolados de atractivos mágicos. Tal la palabra "discurso" (al parecer en la acepción propiciada por HABERMAS o por FOUCAULT, escritores a la sazón de moda). La expresión acaba por ser o convertirse en una especie de moscardón verbal, en un ruido de fondo, un sonsonete insoportable que acompaña el dolor de cabeza del lector durante páginas y páginas sin ofrecerle tregua. Tal, por ejemplo, un pequeño artículo publicado en *Doctrina Penal*, en el que se la esmalta quince veces en poco menos de once páginas; o un libro de algo más de doscientas cincuenta páginas que la usa a razón de por lo menos una por cada carilla, y a veces ocho, nueve y hasta once veces en una sola.

Pero aquí no termina el padecimiento. A más de la frecuente invención de expresiones que nada tienen que ver con el idioma, como *prisonizado, policizado, marcación, conflictividades, reificar, pautar o pautador, conglobante, abarcativo, matriceria humana, disfuncionalidad, desocultamiento, estagnizado, etizar* y muchas otras de parecido jaez idiomático, se construyen frases cuya penetrabilidad exige ingentes esfuerzos mentales a través de decenas y quizá centenas de páginas, trabajosamente recorridas. Tales, por ejemplo: "prisionero de la guerra sucia del momento de la política", "vínculos ideológicos genocidas", "agencias ejecutivas como máquinas de policizar", "máquinas de burocratizar", "jaulas o máquinas de deteriorar", "campo de concentración del momento de la política" y otras retorcidas en extremo: "poder planetario", "realismo marginal", "poder militarizador y verticalizador disciplinario", "actualización histórica incorporativa", etc., todas las cuales convierten la lectura (que a más de una necesidad intelectual debiera estar acompañada por algún placer del espíritu) en una genuina tortura china que el lector jura no repetir.

Este extraño estilo expositivo, extraño al círculo de los iniciados, caracteriza las producciones de muchos escritores críticos. Claro es que existen notorias excepciones. El libro de BARATTA sobre criminología crítica, por ejemplo, se halla pulcramente vertido al castellano, debido a que su traductor, el profesor chileno ALVARO BUNSTER, a quien conozco, persona llana y poco amiga de piruetas verbales, es consciente de las riquísimas posibilidades expresivas de un idioma castellano que maneja con fluidez.

Volviendo a KARL POPPER, en los días que corren ha fustigado con su gran autoridad a escritores geniales como HEGEL y HEIDEGGER por expresarse de un modo "vago" y "difícil", negándoles "responsabilidad intelectual" por no cumplir el deber de ser "claro" y modesto. "Refiriéndose a HEIDEGGER, dice que este escribe: "¿Cuál es la esencia de la jarra? La jarra brinda". Y POPPER se pregunta a renglón seguido: "¿Quién puede decir algo en contra de esto?", y en contra de muchas otras cosas que "no se entienden en absoluto, y ello a lo largo de páginas y páginas". Critica además a los intelectuales y a sus modas, sosteniendo que "convierten las teorías en ideologías", incluso cuando se trata de la biología o de la física.

Lo grave de todo esto es que el escritor deja a menudo en el olvido al sujeto pasivo y paciente de sus genialidades, sin pensar que el lector bien puede estar en las últimas etapas de una larga existencia y que es una especie de crueldad exigirle la intelección torturante de doctrinas más o menos herméticas, que además están muy lejos de rayar a la altura de la crítica de la razón pura o del ser y la nada, por ejemplo.

En mi biblioteca tengo algunos libros difíciles que están raídos por el frecuente uso. Entre ellos los dos tomos de la *Filosofía* de KARL JASPERS y los de la *Psiquiatría* de EMILIO MIRA Y LÓPEZ. Pues bien, la aprehensión intelectual de algunas producciones de la criminología crítica (que en rigor no es otra cosa que una sociología manchada de política, algo de filosofía y algunas otras cosas, como resulta, por ejemplo, de cuanto expone CARLOS TOZZINI) exige esfuerzos cuando menos iguales, si no mayores, que la lectura de la filosofía de JASPERS o la psiquiatría de MIRA Y LÓPEZ. Y a esto no hay derecho, porque no se trata de JASPERS, ni de MIRA, ni de KANT...

Claro está que se me podrá decir de inmediato: clausure el dial; absténgase de la lectura. Obviamente es esto lo que haré puntualmente en el futuro, para emplear avaramente las horas de mi ancianidad en cosas menos torturantes.

Y voy a terminar. Si el tiempo de que dispongo no fuese tan escaso no tendría dificultad en reconocer muchas fallas, incluso gravísimas, del sistema penal.

Es evidente que hay muchísimas cosas que modificar. Especialmente en lo tocante a los llamados procesos de criminalización, descriminalización y despenalización; humanizando y racionalizando las leyes y las penas; mejorando y transformando el sistema carcelario; aliviando la situación de los encerrados en las cárceles, seres humanos como todos nosotros; fulminando con la condigna sanción expresiva de enérgico repudio social a los tan traídos y llevados "delincuentes de cuello blanco", etc. Algo de esto señalaré al finalizar mi próxima intervención después de referirme a la "crítica profana".

Entre tanto no puedo menos que admitir, sin reserva de ninguna especie, la necesidad de que el criminalista en general, y el dogmático en particular, como lo postula MUÑOZ CONDE, entre otros, abandone su postura neutral y adopte una vigilante postura crítica frente a las leyes que maneja y a las instituciones penales en vigor. Pero esto no justifica en manera alguna que se admita la abolición del derecho como parte de un plan revolucionario pro marxista, enderezado a destruir el Estado democrático, en el genuino sentido occidental, que es el único que acabará por imponerse universalmente en el futuro más o menos inmediato, para felicidad de todos los hombres que pueblan el planeta.

2. LA CRISIS Y LA CRÍTICA PROFANA

Y es el caso de exponer ahora la que hemos denominado "crítica profana" oponiéndola a la que calificáramos de "académica".

Quizás esta crítica podría considerarse afín con la postura sostenida al finalizar el siglo anterior por RAFAEL GAROFALO, uno de los integrantes del triunvirato positivista de la escuela italiana, junto a LOMBROSO y FERRI. GAROFALO, que no se caracterizó ciertamente por su inclinación piadosa hacia el hombre delincuente, llegó a postular, en última instancia, su lisa y llana aniquilación, ya que era preciso aplastarlo, decía, como una alimaña maligna, en el altar de la defensa social.

De manera semejante la crítica profana actual, de raíz popular, tiende al máximo de severidad en los procesos de represión y retribución de la delincuencia, incluso recurriendo generosamente a la pena de muerte, abrigando el ingenuo convencimiento de que así se terminará con la delincuencia y se logrará la ansiada seguridad en el seno de la vida comunitaria.

Es notorio que este impulso que hoy avasalla a la opinión popular emerge del dramático período de violencia y quiebra de valores que vive el mundo contemporáneo en los días que corren. Una impactante ola de hechos, a menudo sangrientos, que se producen todos los días y a todas horas, sacude la sensibilidad de todos los habitantes de este país y la conducen hasta el borde de una especie de atemorizada psicosis colectiva.

La multitud de hechos delictuosos que se perpetran en progresión creciente a través de todos los horizontes del país, conmueven la conciencia colectiva, manipulada además, por los medios masivos de comunicación y la "crónica roja" que los propalan generosa y espectacularmente no ya, esta vez, como prueba de ilegitimidad, sino como muestra palpable de la ineficacia y obsolescencia del aparato punitivo.

El fenómeno alcanza por su magnitud contornos nunca vistos antes. Diariamente el ciudadano se despierta con las noticias del pasmoso crecimiento de una criminalidad violenta y fraudulenta de todo signo: atentados personales, hechos sangrientos, asaltos en las vías públicas o en las carreteras, a plena luz del día; daños irreparables a los más diversos bienes jurídicos: vida, honor, libertad, honestidad, etc., junto a un aluvión incontenible de una generalizada corrupción, pública y privada, de proyecciones nunca antes alcanzadas y que causa estupor, más que por sus alcances materiales inconmensurables, por los personajes e instituciones en las que se manifiesta de manera sorpresiva.

Como es obvio, el ciudadano común cobra de esta manera súbita conciencia del pavoroso margen de inseguridad que rodea su vida y la de su familia. Inseguridad que se ha ido extendiendo a partir de la campaña hacia las ciudades; incluso Buenos Aires, que hasta no hace mucho fue, por pacífica y segura, modelo de urbe entre las más populosas.

Con razón se ha dicho que a la manera de otras ciudades (como Caracas, Bogotá, Panamá, etc.), también en ella habrá que rodear de rejas los recintos domiciliarios para mantenerse encerrado y contratar policías privados para garantizar la convivencia.

Añádase a esto un altísimo grado de impunidad, que parece hacer exacta una frase de FOUCAULT: "hay ficción en suponer que las leyes están hechas para ser respetadas por la policía y por los tribunales".

El severo juicio de valor negativo abarca globalmente todos los estratos: legislación, justicia, policía, régimen penitenciario y ejecutivo, etc.

Así, las leyes penales y procesales serían manifiestamente anacrónicas, complacientes, inadecuadas para cumplir su función. A la justicia se le imputa negligencia, ineptitud inexcusable, condescendencia benevolente con el criminal, etc. A los jueces se les tilda como ineptos o ignorantes, cuando no de inmorales y "coimeros". Nada se diga de la institución policial, corrompida y dedicada a perpetrar toda clase de delitos en vez de prevenirlos. Finalmente las cárceles e institutos penitenciarios, cuya ineficacia los ha convertido en caldo de cultivo de la reincidencia y en escuelas de criminalidad.

Frente a este panorama desolador, en buena medida exacto, ¿qué es lo que se considera necesario para superar crisis tan tremenda?

Comprender cuál es la convicción popular a este respecto exige formularse dos preguntas previas, a saber: ¿Qué es lo que la opinión pública exige al Estado en su función punitiva? ¿Qué es lo que la opinión pública supone o imagina que es la justicia penal?

La respuesta a estas preguntas denunciará inmediatamente una tremenda realidad sociológica, consistente en un notorio divorcio entre esa opinión (la del ciudadano común y honesto, incluso culto y universitario), por una parte, y las leyes, la ciencia y la justicia penal, por el otro.

En cuanto al primer interrogante, grandes sectores de la opinión pública, de una manera más o menos subconsciente, se hallan totalmente convencidos de que es función de las leyes y de la justicia social (y que es posible) la desaparición de la delincuencia, la total supresión de la criminalidad. Como consecuencia la subsistencia y el incremento de los hechos criminales se carga en las espaldas de la justicia, sin advertir que se ha partido de una premisa palmariamente utópica en la medida en que habrá siempre criminalidad, delito y delincuentes, cualquiera sea la cultura y la organización jurídico-política de una sociedad dada, como así se reconoce en el mundo científico de hoy.

Por esto ha podido decir ELÍAS NEUMANN, por ejemplo, que "el crimen, mal que les pese a los apologistas de los regímenes marxistas, existe en toda la humanidad, y cabe dudar que pueda ser erradicado", ni en Rusia (hablaba antes del derrumbe comunista) ni en sus consortes políticos. Es por esto por lo que el Comité europeo sobre problemas de la criminalidad del Consejo de Europa ha señalado la inevitabilidad, en todas las sociedades, de cierta cantidad inexorable de delitos.

En manera alguna, pues, el sistema penal puede tener la misión de suprimir la criminalidad, que acompañará como su sombra al hombre de todos los tiempos y de todos los países; de idéntica manera a como no incumbe a la medicina y a los médicos la extinción de la enfermedad, sino, en esforzada lucha, la preservación de la salud humana en la medida de lo posible.

El derecho penal es apenas una muy modesta barrera opuesta al empuje de la criminalidad. Solo se trata de unos diques sumamente frágiles, que apenas pueden intentar una muy relativa disuasión y de ninguna manera la aniquilación de la

delincuencia. Esta, como la miseria, el hambre o la enfermedad, depende de una multiplicidad de factores imponderables que solo pueden controlarse en escasísima medida.

Pero la segunda cuestión tiene más importancia. Ella estriba en que hay una significativa proporción de personas en las cuales subsiste con persistencia la convicción, en gran medida atávica, de la validez de ciertas pautas o esquemas mentales según las cuales el derecho penal es simplemente la expresión jurídica de la venganza individual o social (la tan traída y llevada *vindicta publica*) contra el infractor, sin ningún límite racional ni valorativo. Es a partir de esta idea como a menudo surge una distancia cultural abismal entre las leyes y códigos vigentes y el derecho penal contenido en una suerte de código popular que anida frecuentemente en el corazón del hombre de la calle.

El impulso del clamor público va en pos de este código popular que conserva en gran medida el estilo de las leyes penales más antiguas, semejantes a las del Código de Hammurabi (que rigió hace más de cuatro mil años) o a las de los más remotos pueblos germánicos.

Frente al crimen muchos ciudadanos, cediendo a sus impulsos naturales, inclusive generosos, esperan que los jueces penales apliquen el derecho penal que tienen en la cabeza. Pero es claro que el derecho penal vigente tiene algunos siglos más de evolución cultural y no conoce el talión, ni la responsabilidad objetiva o basada en el mero resultado dañoso.

Esto explica por qué se piensa habitualmente en una especie de responsabilidad que únicamente atiende al daño emergente y a su magnitud; responsabilidad caracterizada por exigir inexorablemente una estricta retribución vindicativa: el daño causado debe ser justamente "pagado" en moneda de idéntico daño, inferido retributivamente al autor: "ojo por ojo, diente por diente". Monstruosa retribución que en nuestros días retorna muy frecuentemente cuando desde las pantallas televisivas, por ejemplo, se reclama que el delito "se pague". Alguien ha muerto, y en "pago" alguien debe morir, aunque la muerte haya sido ocasionada quizá de manera casual, a la manera de un árbol que al caer aplasta a un transeúnte.

En tiempos en que yo todavía era camarista, hace algunos años, mi mujer fue quirúrgicamente intervenida para impedir las secuelas, graves y quizá mortales, de una profunda y persistente infección ósea en la cadera, ocasionada por la torpe y temeraria actuación de un médico. En momentos en que el profesor universitario, enfundado ya en su blanca vestimenta esgrimía el bisturí que estaba a punto de hundir en el cuerpo de la víctima, se detuvo unos instantes ante mí y me refirió que unos días antes un valioso discípulo suyo, a quien quería entrañablemente, había perdido la vida con su familia numerosa cuando en la curva de un estrecho camino de montaña fue brutalmente embestido por un enorme camión con acoplado que venía en sentido contrario y que era guiado por un sujeto ebrio. ¿Cómo puede explicarse, señor camarista, me dijo, que la debilidad de las leyes penales consientan que los jueces dejen con vida a estos monstruosos asesinos, mientras nosotros quemamos nuestra existencia ofrendándola a la de nuestros semejantes? Yo, a mi vez,

le respondí con otra pregunta que lo dejó perplejo: ¿enviaría usted, señor doctor, a la horca al torpe colega que provocó el gravísimo daño orgánico que está Ud. a punto de intentar reparar, si mi mujer muriese? El sabio profesor se miró unos segundos silenciosamente, y se dirigió después sin decir una sola palabra a la mesa de operaciones.

No puede, pues, sorprender que el hombre de la calle propicie las penas más crueles y las condenas más rigurosas para quienes provocan esta marea de criminalidad que a todos horroriza.

Es evidente que gran parte de la opinión pública aprobaría cualquier medida punitiva, por ejemplo la pena capital, para la comisión del tercer hurto, como ocurría en la Edad Media; o la condena de por vida a galeras o trabajos forzados sin perspectiva de remisión.

Pero esta dureza inhumana está muy lejos de ser una solución. La severidad de las incriminaciones y la imposición de penas draconianas apaciguará momentáneamente la sensibilidad popular, pero, en definitiva, apenas modificará las cosas.

Las investigaciones estadísticas contemporáneas demuestran la notoria insuficiencia de las penas de máximo rigor que pretendan terminar con la criminalidad instaurando el imperio del terror. La pena eficaz (relativamente eficaz) no es la que sea más rigurosa sino la que sea justa (como ya decía BECCARIA), si bien impuesta con firmeza y severamente cumplida en establecimientos que no sean escuela de criminalidad sino institutos de recuperación moral y social. Lo han dicho los expertos del Comité europeo al que antes he hecho referencia; la severidad de los castigos no es eficaz como factor de disuasión; es inútil aumentar la severidad de las penas, pues en todo caso la certeza del castigo es la única manera de mejorar las cosas. Es preciso aumentar "el riesgo de detección percibido", que sí juega un papel mucho más importante en la disuasión.

En la década de los años cincuenta rigió en la Argentina una ley draconiana sobre contrabando; fracasada por su desmedida confianza en las penas severas. En ella se sancionaba casi a la par del homicidio (hasta con veinticinco años de prisión) el contrabando cometido con intervención de tres personas cuando sobrepasaba la suma de mil pesos. ¿Se pensará que esa ley terminó, o al menos mitigó en alguna medida el contrabando? De ningún modo. Es posible que nunca se haya perpetrado tanto contrabando como entonces.

Cosa semejante ocurre, por antonomasia, con la pena capital, periódicamente reclamada por grandes sectores de la población, y aun por esferas gubernamentales, como ha ocurrido entre nosotros hace poco, apenas recrudecen las olas de la criminalidad. Este es un fenómeno de ocurrencia universal.

Pero la pena de muerte, que todavía está infortunadamente vigente en muchos países, constituye un problema largamente debatido desde hace mucho, y puede afirmarse que ese debate está hoy cerrado definitivamente, en sentido negativo. Seguramente hoy no exista una cátedra universitaria de derecho penal, sociología o criminología que la propicie, debido a que existe el convencimiento de que carece de un fundamento racional desde el punto de vista filosófico, científico, político, psicológico, etc.

A pesar de ello todavía cuenta con partidarios.

Imposible sintetizar aquí el extenso debate: baste con decir algo sobre su total ineficacia disuasiva o intimidatoria, demostrada frecuentemente por la historia, ya que quizá el argumento que se aduce más insistentemente en su favor es el que atañe a su significativo valor como instrumento de prevención general.

Aparentemente no habría medio más eficaz para la prevención de la delincuencia y para disuadir al autor, que el temor paralizante que infunde la amenaza de la pena capital. Pero esto es palmariamente inexacto: la pena de muerte carece de virtud intimidatoria y, por paradoja, únicamente asusta a los ciudadanos honestos que, con ella o sin ella, jamás delinquirán.

En los países en que tal pena se ha sucedido durante períodos de vigencia y abolición, la estadística ha mostrado sorprendentemente que los delitos para los cuales estaba prevista (que únicamente son los de máxima gravedad y en un número muy reducido, circunstancia que a menudo ignora el común de sus partidarios) no son afectados en mayor medida por ese hecho. Es más, está comprobado que a menudo su derogación no produce aumento de la criminalidad y, por el contrario, que su vigencia no empece a su crecimiento.

Y el que no influya en la curva de la criminalidad se explica perfectamente:

En Francia se descubrió que a las ejecuciones capitales (instrumentadas como un espectáculo público, precisamente para disuadir a través del procedimiento) concurrían, junto a sujetos morbosos o psicopáticos, muchos criminales peligrosos. Y no estaban allí, ciertamente, para asustarse, arrepentirse o intimidarse con la macabra exhibición, sino (cosa sorprendente) para arrancar al ajusticiado un pedazo de traje, uñas o cabellos, que les sirviera de *porte bonheur* o fetiche de buena suerte que les ayudara mágicamente en sus futuras actividades delictivas. Es que para la mayor parte de estos grandes delincuentes, y esto es indudablemente lo que ocurriría si se fusilara a los traficantes de drogas, por ejemplo, la pena de muerte significa algo semejante a lo que para un albañil podría suponer la posibilidad de precipitarse desde un andamio, a gran altura del suelo, y estrellarse contra el pavimento. Se trataría simplemente de un accidente del trabajo.

Si así no fuese, sería muy fácil desterrar la criminalidad de la faz de la tierra fulminando con la pena de muerte todos los delitos.

Pero examinemos ahora la cuestión en el plano de las leyes procesales, que frecuentemente exigen una renovación a fondo y total.

Mis opiniones a este respecto, de aquí en adelante, mucho más que lo expuesto hasta ahora, me expondrán a frecuentes reproches y discrepancias por cuanto en general discurrirán francamente en sentido contrario a las que suelen ser habituales.

Me importa comenzar con unos peculiares ejemplos, referentes a la prisión preventiva y a la excarcelación. Temas profundamente debatidos en los días que corren.

Hace más de veinte años, quien ejercía *de facto* el poder ejecutivo de la nación lanzó sobre mí la amenaza de hacerme juicio político, como integrante de la Cámara criminal de la capital federal, por haber integrado la sala del tribunal que concedió la excarcelación de un procesado al que una muy prolongada y encarnizada campaña

de prensa, unida a una apasionada corriente de opinión por ella conformada, había ya condenado mucho tiempo antes sin sentencia judicial ninguna. Únicamente la buena estrella que siempre ha acompañado mi vida, por medio de un amigo mío que me hizo desistir, hizo que permaneciera en el cargo que estuve a punto de renunciar ruidosamente, negando en forma pública al mandatario potestad legítima para interferir en mis funciones jurisdiccionales. Recuerdo el episodio porque casi en la misma época, en 1971, la profesora de un liceo francés se quitó la vida, entre otras cosas, por la perturbación psíquica que le había producido la resolución extrema de un juez que la había mantenido en prisión preventiva durante largo meses, en el curso de un proceso por "détournement de mineur", secuela de un romance amoroso con un discípulo de diez y ocho años. El "affaire ROUSSIER" que por entonces se hizo célebre en Francia, estuvo en boca de todo el mundo y dio ocasión a las más diversas y apasionadas discusiones. Como consecuencia de ello se reformó el Código de Procedimiento francés, restringiéndose el ámbito de la prisión preventiva durante el proceso y se amplió el de la libertad provisoria de carácter cautelar.

En torno de la misma problemática, cuando yo era miembro de la Cámara Criminal, me indignaba oír con bastante frecuencia, y con referencia a algún imputado, que las sospechas que gravitaban en su contra, apuntaladas por alguna presunción, bastaban y aun sobraban para pronunciar una prisión preventiva, aunque el juez de la causa estuviese convencido de que en el futuro no se añadiría ninguna otra prueba de cargo, de tal manera que indefectiblemente se impondría la absolución.

Mis convicciones morales y jurídicas, que no han variado un milímetro, me inducían a pensar que de ser yo el magistrado jamás habría dictado la prisión preventiva, sobre todo si se tratase de algún hecho no excarcelable por el cual el imputado podría permanecer privado de su libertad, quizá durante meses y años, antes de la sentencia absolutoria. ¿Qué sentido de justicia tiene, en efecto, en tal caso, una medida de "cautela personal"? ¿Cautela contra qué y para qué?

Pero al modo contrario de pensar es muy frecuente, con lo cual se violan flagrantemente normas constitucionales y se transforma la prisión preventiva en imposición real y anticipada de una efectiva pena privativa de libertad sin sentencia condenatoria.

Este debiera bastar para sobrecoger la sensibilidad de cualquiera.

En los establecimientos carcelarios argentinos, en efecto, dos terceras partes de los que están allí encerrados no son condenados sino procesados, a la espera de la sentencia. Dicho en otras palabras: dos tercios de las personas recluidas son ciudadanos a quienes la Constitución ordena considerar inocentes; pero allí están cumpliendo una efectiva pena privativa de libertad sin haber sido condenados, y sin que sea importante que a la postre puedan ser inocentes y absueltos.

En holocausto a una represión a toda costa, sin embargo, no se trepida en propiciar la extensión cada vez mayor de esta punición ilegítima, ampliándola a numerosos delitos que hoy son excarcelables, con lo cual no solamente se aumenta el hacinamiento carcelario (que por otra parte se dice querer evitar) sino que se pone en jaque a la justicia y a la Constitución.

Yo comprendo perfectamente que se quiera, por ejemplo, terminar con el abigasto. Pero ocurre que para tal fin se propicia la privación de la libertad anticipada, en forma de prisión preventiva (y esto es aberrante) para quien ha robado tres vacas... mejor dicho, para quien se halla sindicado de haber robado tres vacas... ¿y si es inocente?

Con el debido respeto por quien piense de manera diferente, yo creo que este procedimiento es inadmisiblemente humano y constitucionalmente.

La opinión pública, y naturalmente la prensa que la empuja, suelen exigir que se ponga entre rejas a todo sospechoso de delito. Y lo grave es que las instancias legislativas, tanto nacionales como provinciales, tienden a satisfacer estas exigencias.

Contrariamente a todo esto, pienso firmemente que corresponde que las leyes procesales penales abran las posibilidades de libertad durante el proceso, a semejanza de lo que ocurre en otras partes, creando substitutivos de la prisión preventiva, aplicables de manera alternativa, que los hay, y muchos, y de probada eficacia. Así lo hace, por ejemplo, el proyecto gubernamental del Código Procesal en cuya redacción intervinieron, entre otros, JULIO MAIER y JOSÉ CAFFERATA NORES, que enumera, solo como una de esas posibilidades, la caución económica (art. 209, núm. 7).

Es obligatorio llegar al convencimiento de que no es privando de la libertad anticipada por delitos que acaso no se han cometido como se evitará justa y razonablemente el auge de la delincuencia.

Por encima de toda otra consideración debe gravitar como un dogma que el Estado democrático y personalista en modo alguno puede decirle a ningún ciudadano: "no importa en definitiva que puedas ser inocente; de todas maneras te encierro para que los demás no delincan, aun a riesgo de tener que devolverte tu libertad quizá después de dos o tres años". Cosa que ocurre con horrorizante frecuencia.

Entre profesionales del derecho (a diferencia de lo que ocurre frente a la opinión del profano, en la prensa o fuera de la prensa, que ni siquiera procura una elemental información cuando opina sobre cuestiones penales) podría parecer redundante recordar que detrás de la ley penal está una filosofía política, derivada de una *Weltanschauung*, que recoge la Constitución Nacional y que es obligatorio respetar. Se trata de una concepción personalista de la vida y del derecho, con arreglo a la cual la persona humana ocupa la cúspide de la pirámide axiológica.

El régimen democrático y liberal en el Estado de derecho consagra dogmas o principios inviolables en tutela de la libertad y la dignidad humanas. Tales el principio de legalidad, el de culpabilidad, la presunción de inocencia, el beneficio de la duda, que ordenan que las leyes penales se estructuren y apliquen *pro libertatis* o *pro reo*, a diferencia de los sistemas totalitarios en los que se elaboran y aplican *pro societatis* o *pro republica*. He aquí por qué en nuestro derecho está axiológicamente impuesta en la duda la absolución de cien culpables cuando exista el peligro de que su condena implique la de un único inocente. Por supuesto que todo lo contrario acontece en el totalitarismo penal: en la duda hay que cortar la cabeza del sospechoso, en aras del principio de que no hay ninguna supremacía de la persona: *individualmente, nadie vale nada* (por consiguiente: *salus publica suprema lex est*).

Es evidente que esto no gusta a muchas personas. Pero este es, imperativamente, el esquema de valores del derecho positivo vigente.

Lo expuesto explica multitud de cosas que ordinariamente la gente no se explica. Por ejemplo aquello de "entrar por una puerta y salir por la otra", manoseada frase que se repite todos los días de manera monótona, en la calle, en la prensa, en la televisión... Es posible que el hecho obedezca efectivamente a deficiencias morales o funcionales del sistema, pero es de toda evidencia que en la mayor parte de los casos se tratará de un juez que cumple con sus deberes y respeta puntualmente los principios liberales de la Constitución vigente, quizá exponiéndose al veredicto popular adverso.

A pesar de todo, repito, alguien continuará protestando porque no se encuentra entre rejas cualquier sospechoso de haberse apoderado del pasacassette de un automóvil, o porque no se le corta la cabeza al imputado (acaso por error) de algún crimen espectacular y sangriento. Podría ser que la razón le acompañe. Y desde luego tiene el derecho constitucional de expresar y defender sus puntos de vista (los órganos masivos de comunicación le abrirán las puertas). Pero para que sean aplicadas como ley por la justicia argentina será necesario que obtenga la modificación de las bases, fundamentos y normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento democrático. Es lo que al parecer quieren algunos, y contra lo que es preciso luchar denodadamente.

No quisiera pasar por alto y si detenerme con algún cuidado sobre un punto muy conflictivo. Se trata del papel fundamental que juega la prensa, tanto la escrita como la electrónica y audiovisual, en esto de la crisis y la crítica del sistema punitivo.

Prensa y criminalidad. He aquí un tema de proyecciones intimidantes, que únicamente me atreveré a rozar superficialmente, en razón de que integra una problemática tan complicada que es preciso manejar con el más exquisito cuidado.

Por de pronto declaro que soy democrático hasta la médula de mis huesos y que no concibo ninguna especie de democracia sin prensa libre. Pero esto no empece a que plantee aquí algunas de las cuestiones que me vienen preocupando desde hace mucho tiempo y que considero imprescindible debatir algún día a fondo. Por ejemplo, en un Congreso especializado en que se discuta, pongamos por caso, las relaciones que deben existir entre lo delictivo y la prensa libre.

Comienzo por señalar una gruesa inexactitud en que incurren los editorialistas de la prensa escrita, y sobre todo los operadores de la prensa audiovisual. El Código Penal argentino de 1921 ni es anacrónico ni es obsoleto, como se estila decir frecuentemente. En cuanto a lo primero, el Código francés, por ejemplo, se sancionó hace doscientos años y rige todavía; el imperial alemán de 1871 fue reformado hace poco, después de más de un siglo de vigencia; y no son más modernos otros códigos del mundo occidental, como el español en vigor. En lo que toca a severidad, nuestro Código es más severo que muchos otros, inclusive el alemán derogado y el de 1975 que consagra, por la primera vez en el país más adelantado del mundo en materia penal, instituciones que ya figuraban hace más de cincuenta años en la ley penal argentina. Véase, pues, cuánta razón tengo para afirmar que se habla sin conocimiento de causa o, al menos, con ausencia de suficiente información.

Pero hay muchas otras cosas repudiadas. Veamos un ejemplo peculiar: la prensa audiovisual, con gesto de inquisidora universal, suele sentar en el banquillo de los acusados a los jueces penales, no solo para discutir con ellos sus opiniones y aun sus resoluciones, cuando menos de manera absolutamente impertinente, sino para ponerles frente a frente para realizar entre ellos una especie de careo. Los televidentes de este país pudimos ver —con estupefacción— cómo alguna vez el operador frente a los magistrados encaró a uno de ellos para pedirle que explicara por qué sostenía que en algún caso muy discutido no existe un homicidio consumado, frente a probanzas que según el operador lo acreditaban indiscutiblemente. Y los magistrados se han prestado a menudo a manípulos semejantes, sometiendo resignadamente a la vejación de interrogatorios inadmisibles. ¡Esto es sencillamente inconcebible!

Si la memoria no me engaña, creo recordar que alguna vez la Cámara Criminal de la que formé parte, en relación con un caso que rompía las normas por aquel entonces habituales, tomó discretamente ciertas providencias para hacer cesar esta especie de espectáculos deprimentes. Hubo de juzgar, sin duda, como un notorio menoscabo para la justicia y socialmente nocivo, el que un juez adule a la opinión pública por medio de la prensa televisada. Como si fuese un personaje de teatro en busca de popularidad o un político en vísperas de elecciones.

La libertad de prensa, que ha hecho correr ríos de tinta en todos los países del mundo y que “es piedra de toque de todas las libertades”, como lo ha proclamado la Organización de las Naciones Unidas, tiene por finalidad fundamental formar una opinión pública madura y sanamente orientada, procurando libre información en todo lo concerniente a los intereses y a la vida pública, a fin de que el ciudadano pueda controlar e influir sobre el desempeño de sus gobernantes.

Pero este *telos* es frecuentemente traicionado en perjuicio de los valores de la comunidad. ¿Qué tiene que ver, por ejemplo, con ese “telos”, el llamado “destape” en los medios televisivos que llegan por sorpresa a la intimidad de los hogares, introduciendo en ellos un erotismo de creciente descaro; o la exhibición cotidiana y a todas horas de producciones filmicas extranjeras en serie, impregnadas de violencia e inmoralidad, en las que se suceden episodios criminales de toda especie, perversiones sexuales, drogadicción, corrupción de toda estirpe, etc.? ¿Qué principio jurídico, qué fundamento legítimo, qué finalidad socialmente valiosa puede aducirse para legitimar estos espectáculos y, sobre todo, para coonestarlos, a pesar de su carácter incuestionablemente criminógeno, con propósitos de luchar contra la delincuencia, tanto más cuanto que se repite el irrisorio anuncio de que a las veintidós horas termina el horario de protección al menor?

Pero la problemática que suscitan las relaciones de prensa y criminalidad es sumamente rica. Ningún poder del Estado, por ejemplo, ni el ejecutivo, ni el legislativo, ni el judicial, pueden aniquilar impunemente derechos legítimos de los ciudadanos. Pero esto no parece valer cuando se trata del que hiperbólicamente se denomina “cuarto poder”, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia de la nación ha sostenido —en el caso MALIO— que el ejercicio de la prensa debe imperativamente “coexistir armónicamente con los demás derechos que integran el ordenamiento

jurídico”, y servir, en expresión acertada del ministro FAYT, “como escudo de los derechos individuales”.

Pero es notorio que la prensa vulnera cotidianamente derechos legítimos de las personas. Y cuando el titular del derecho lesionado protesta, se le responde con un argumento irrisorio: la prensa no tiene otra limitación que el juicio criminal por calumnias o injurias, o, eventualmente, alguna otra figura penal.

Pero este sempiterno caballito de batalla es notoriamente inaceptable por insuficiente. Descuida el hecho de que no todo exceso o ilicitud perpetrada por la prensa asume las características de una acción típicamente delictiva. Es por esto por lo que ha podido decir GERMÁN BIDART CAMPOS, con sobrada razón, que “no todo agravio o toda ilicitud... configuran los ilícitos enfocados en el delito de calumnia y en el de injuria” (o en alguna otra figura, cabría añadir).

Pudieran esgrimirse numerosos ejemplos. Tales los que provienen de expresiones o relatos agraviantes no delictuosos, de informaciones inexactas, exageradas, deformadas, imprudentes, etc. (cuya legítima reparación debiera ser el llamado “derecho de réplica”), o los que significan atropellos palmarios a intereses jurídicamente protegidos y que quedan a merced de un periodismo intocable. Tales, entre otros, los que frecuentemente vulneran la intimidad de las personas. A veces, inclusive, la de personas perfectamente inocentes que ninguna injerencia tienen en episodios delictuosos con los que aparecen indirectamente vinculadas. Pero, mucho más frecuentemente, respecto de imputados o procesados cuya vida privada se pone en la picota sobre episodios o aspectos íntimos que no tienen absolutamente nada que ver con el delito o delitos que se investigan. Costumbres inmorales, por ejemplo, o viciosas, que ningún derecho autoriza revelar. Es que apenas se produce un episodio criminal con ribetes más o menos escandalosos o espectaculares, la prensa entra a saco inescrupulosamente en la vida de cuanta persona se le ocurra, sin el menor miramiento por nada ni por nadie.

Pero todavía hay casos más chocantes: La “fabricación” de delincuentes, por ejemplo, a remolque de algún hecho en cuya investigación judicial ni siquiera se ha dictado prisión preventiva. El sensacionalismo periodístico realiza a veces una suerte de investigación criminalística paralela, y a través de ella constriñe, vigila, presiona a los organismos ejecutivos, policiales, y aun judiciales, en procura de resoluciones prefabricadas. De este modo, al cabo de encarnizadas campañas, que a veces se prolongan durante años, la personalidad ética de ciertos procesados queda aniquilada para siempre, aunque resulten absueltos en el proceso. El desprecio por el principio constitucional de inocencia es francamente irritante y particularmente doloroso en ciertos casos, como el señalado por el camarista ALBERTO ADOLFO CAMPOS, al votar en el caso VEIRA. Refiriéndose al menoscabo de aquel principio y señalando “el desaprensivo tratamiento del caso por la prensa”, se dolió de que hubiese resultado consumada la “descalificación pública del *encausado* frente al hombre medio de nuestra comunidad”; “es en esta clase de delitos —dijo— donde el estigma anticipado no logra borrarse fácilmente del recuerdo colectivo, más propenso a la diatriba que a la reivindicación” (aunque “los jueces lo absolvamos”, añadió).

Giran en mis recuerdos algunos casos, incluso acaecidos en el transcurso de mi carrera judicial, pero me abstengo de recogerlos aquí. Prefiero recordar uno solo, ocurrido fuera de los tribunales de la capital, hace muchos años, ampliamente conocido y comentado en su época. Me refiero al llamado caso "Penjerek", en que la prensa introyectó indeleblemente en la opinión pública la imagen de un monstruo humano, violador y corruptor sexual, que sin embargo fue asimismo absuelto después de unos años de proceso. Obviamente el estigma, al que aludía CAMPOS, indeleblemente incrustado en la mente popular, no lo abandonó nunca más.

Cabría asimismo señalar otra clase de excesos o abusos hasta hoy inevitables pero especialmente nocivos.

Todo el mundo recuerda y conoce el dramático episodio del que fue protagonista el ingeniero Horacio Santos. Probablemente uno de los que más profundamente han conmovido a la opinión pública en los últimos tiempos (antes de la actual conmoción por el caso Patti).

El 16 de junio último, viendo el ingeniero que dos sujetos se alejaban en un automóvil después de haberle robado un pasacassete de su coupé, estacionado frente a su casa, se lanzó en su persecución en otro automóvil. Logró alcanzarlos después de precipitada carrera, al cabo de la cual les dio muerte con sendos disparos de arma de fuego certeramente dirigidos a la frente. Al parecer se trata de un experto tirador, y los ladrones se habrían burlado de él cuando intentó recuperar el aparato.

Sin la menor intención de enjuiciar el hecho, me importa referir que cuando un grupo de profesores, penalistas, psiquiatras, sociólogos, retornábamos a Buenos Aires después de unas jornadas científicas, nos enteramos con estupor, en el avión que nos conducía, de que el operador de un medio masivo audiovisual, después de dar la noticia del hecho, añadió su opinión de que el ingeniero, al obrar como lo hizo, se convirtió en un "nuevo líder social"; y añadió que él en igual coyuntura "habría hecho lo mismo". Estas expresiones insólitas produjeron en todos nosotros una profunda indignación. Yo les dije, entonces, con aprobación de todos, que a modo de vocero del grupo haría una breve comunicación por la prensa repudiando la actitud del periodista.

Así intenté hacerlo apenas llegué a Buenos Aires. Redacté unas líneas y las remití a la sección "Cartas de Lectores" de un diario de la capital. No tuve ningún éxito. Reiteré ulteriormente el intento dirigiéndome a muchos otros diarios tanto de Buenos Aires como de La Plata, haciéndolo también por carta a algunos otros conductores televisivos. Jamás logré nada. Al contrario, ni siquiera se tuvo conmigo la cortesía de acusarme recibo.

Por supuesto que más que oponer mi opinión personal a la del operador yo pretendía, en modestísima medida, neutralizar el impacto nocivo de opinión tan imprudente, expresada a través de un medio como la televisión, tan incisivo y apto para apoderarse del psiquismo del espectador. Por supuesto que la repercusión popular desquiciante fue notoria y masiva. Multitud de gente se apresuró sin pérdida de tiempo a adquirir armas de fuego (que aumentaron de precio en las armerías), dispuestas a emular al "héroe" o al "justiciero", y a tomar la justicia por mano propia.

En las frustradas publicaciones que intenté (que fueron varias) yo procuré ser superlativamente prudente y respetuoso, y me limité a señalar el abuso temerario de la televisión que tal hecho suponía. Esto no evitó el fracaso. Pensé entonces que quizás las cosas habrían sido distintas si hubiese recurrido a una "solicitada paga". Hoy pienso que ni siquiera esto hubiese sido eficaz. En nuestro país solo me era dado expresar mi opinión adversa a la del periodista, y formularla públicamente, como lo hizo él, comprando un diario o adquiriendo especialmente un canal de televisión. ¿Es esto la libertad de prensa?...

Esta curiosa unanimidad no puede sino expresar una solidaridad implícita, incluso en el error, dentro de la familia periodística: no está permitida la menor crítica. Debe tolerarse cualquier exceso, salvo el recurso al juicio criminal.

Pienso que todo esto deriva, según creo, de que el derecho de prensa se ejerce como si fuese un derecho absoluto. Pero obviamente no es así. "Ninguna forma de libertad de expresión es absoluta", ha dicho la Corte Suprema. Ese derecho está dentro del ámbito de la Constitución Nacional y es susceptible de reglamentarse como todos los derechos que enumera el art. 14, ya que ni siquiera la vida constituye un derecho absoluto.

Es a esto a lo que obedece, por ejemplo, el llamado "derecho de réplica", vigente en más de una decena de constituciones provinciales y hoy replanteada con motivo de la ley sancionada en Río Negro, coincidentemente con el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

La justicia, por su parte, que siempre ha sido tímida frente a estos abusos y excesos, suele sin embargo hacer oír su voz, como la del magistrado CAMPOS antes citada, que criticó a la prensa no solo por la "descalificación" pública del procesado sino porque estaba "en juego el nombre de un menor". También en el caso SANTOS, el juez CEVASCO sostuvo la necesidad de "alejar de la consideración pública" las situaciones que llevarían a "reivindicar la venganza privada y la justificación ética y jurídica de los actos violentos ajenos al marco legal", lo que consideró inadmisibile¹.

¹ El candente episodio protagonizado por el comisario PATTI viene a confirmar todo cuanto vengo señalando. El sentido de la reacción popular ante su detención (con motivo del sumario criminal que se ha iniciado contra él) es substancialmente idéntico al del caso SANTOS.

Con independencia de que el comisario de Pilar pueda o no ser absuelto por la comisión del delito que se le imputa (lo que en su momento resolverá la justicia), solo quiero señalar que en este caso aparecen nuevos motivos de sorpresa.

El primero emerge del hecho de que se ha dicho en la calle, y lo han convalidado la televisión y a través de ella incluso algún diputado (!), que el delincuente "carece de derechos humanos" (!).

La prensa audiovisual, por su parte, ha reiterado sus habituales excesos.

Especialmente irritante es que un operador, universitario distinguido, haya dado cabida nuevamente en el curso de su actuación a un mensaje cuando menos equívoco y, por ello, profundamente dañoso. Se trata de la exhibición de una "encuesta" (como las que hoy se estilan en los medios televisivos) en la que se da cuenta de un arrollador porcentaje de opinión pública en favor del comisario. Pero estas cifras ¿deberán ser interpretadas simplemente como expresión de una manifiesta simpatía por el policía y por su correcta actuación anterior al hecho o, además, como aprobatorias también de la conducta ilícita por la cual se le ha detenido? Si la encuesta se entendiera en este último sentido, resultaría que es lícita cualquier cosa que se haga contra el delincuente (inclusive un delito de repercusión internacional). Su tortura ni siquiera podría legitimar la prisión preventiva del torturador.

Muchos otros aspectos importantes del tema escapaban a la posibilidad de ser aquí mencionados. Repito que la materia requiere planteamientos profundos y documentados que debieran debatirse extensamente, como espero que se haga algún día en este país.

Entre tanto declaro mi convencimiento de que es imprescindible intentar hallar los medios para evitar, en la medida de lo posible, los excesos y abusos más perjudiciales y que no tengan carácter delictivo.

Incurriría en imperdonable ligereza si me atreviese a sugerir un remedio. Pero alguno debe haber. Creo que existe, por ejemplo, una regulación normativa que restringe y limita la actuación de la prensa cuando se trata de la comisión de delitos en los que está implicado un menor, como autor o como víctima. Y que yo sepa no se han aducido en este caso las sempiternas objeciones constitucionales, basadas en la sacralizada intangibilidad de la prensa. Claro está que habrá que imaginar otros procedimientos más eficaces, visto que las mencionadas restricciones son absolutamente inocuas, ya que son violadas de manera patente todos los días. En algún proceso, todavía pendiente de una resolución de la Corte, la prensa se refirió inescrupulosamente a detalles perjudiciales para el menor víctima y su imagen moral. A punto tal que la propia madre hubo de expresar su profundo pesar por las secuelas de perturbación psíquica sufridas por la víctima con motivo del proceso y del exceso publicitario.

Estrictamente en lo que se refiere a la vinculación entre prensa y proceso penal, vengo pensando desde hace muchos años (y me atrevo a manifestarlo aquí con extrema timidez) que únicamente sería admisible una prensa sin trabas de especie alguna en el período del juicio propiamente dicho, esto es, en el plenario del procedimiento, de manera parecida a lo que ocurre en otros países, como Inglaterra.

Hace más de una década, un lord inglés, en una conferencia que dictó en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, refirió el episodio de un diario londinense que calificó a un sujeto, sospechoso de múltiples asesinatos, como un nuevo "Jack el destripador". Esto no es posible, dijo, en la justicia inglesa, que inmediatamente previno al periodista amenazándole con tomar drásticas medidas sancionatorias si se persistía en la calificación sensacionalista. Claro está que allí existen leyes que contienen los excesos y que protegen enérgicamente, por ejemplo, la intimidad de las personas contra la intromisión indebida de la prensa. Otros dispositivos legales retringen su actuación y le impiden toda intervención en la cobertura de situaciones judiciales o hechos criminales que aún se encuentren bajo la jurisdicción de la justicia.

A ello se añade la indignante narración de un episodio dramático para cuya eventual solución hasta se admitió el empleo de la tortura.

Esto implica que el operador olvidó varias cosas muy importantes, a saber: 1) que en la Argentina la Asamblea de 1813 abolió la tortura, y que esa abolición (que era tortura "del delincuente") se recogió en el art. 18 de la Constitución; 2) que el art. 144 ter. del Código Penal castiga con graves penas el tormento o las torturas impuestas por un funcionario policial a los presos que guarde; 3) que los delitos allí tipificados protegen bienes jurídicos emergentes precisamente de los derechos humanos que la legislación nacional vigente reconoce a todo delincuente, en concordancia con el derecho internacional actual.

No cabe duda alguna de que en el período del plenario puede admitirse la exigencia legítima, en un país democrático, de que la opinión pública reciba información de la manera en que funciona la justicia; así como sobre los motivos por los cuales se absuelve, o los fundamentos en cuya virtud se condena a una persona. Pero esto, que es de la esencia de una democracia liberal, no quiere decir que se apane el libertinaje de prensa. Invocando una vez más a KARL POPPER, reconocamos que "necesitamos la libertad para evitar el abuso del poder", pero "necesitamos del Estado para evitar el abuso de la libertad".

Llegado a este punto de la exposición, parece razonable decir algo sobre la manera de intentar superar la crisis que padece la función punitiva.

Ciertamente existen granitos de verdad en las críticas expuestas. Y por supuesto es indispensable corregir las notorias fallas del sistema, pero sin mover un milímetro los cimientos del edificio político-filosófico-antropológico sobre los que se asienta la democracia penal argentina.

Por supuesto que esto no cuenta frente a quienes adoptan como consigna la abolición del derecho penal, postulando una nueva sociedad transpersonalista, marxista, neo marxista, o lo que sea.

Pero, prescindiendo de estos extremos, es cierto que existen graves deficiencias que es urgente modificar. Es preciso, por ejemplo, ampliar los mecanismos de criminalización para captar ciertas formas dañosas de los llamados delitos "no convencionales", en el área de la delincuencia económica de alto coturno, nacional o transnacional, los tan traídos y llevados "delincuentes de cuello blanco", la delincuencia ambiental o ecológica, la evasión impositiva, el terror político, la violación del trato humano de los detenidos y las actuaciones arbitrarias de la policía. Asimismo es urgente una mayor tutela en áreas referidas a la salud popular, la seguridad, los medios de comunicación vial; debe también preverse la posible repercusión dañosa de la ingeniería genética, la inseminación artificial, el cambio de sexo.

Debe asimismo meditararse en la posibilidad de descriminalizar o despenalizar ciertos delitos menores o insignificantes (los denominados "miniaturas de delito"), especialmente en el área de ciertos ilícitos contra la propiedad, algunas formas de delitos vinculados a la opinión, convirtiendo muchas acciones delictivas en simples contravenciones. Todo ello dentro de la línea del programa del Comité europeo para la descriminalización.

Unido a lo anterior es preciso insistir en una reducción racional del sistema punitivo dentro del principio, hoy admitido universalmente, de *ultima ratio* y de subsidiariedad de la pena criminal; limitación drástica de las penas privativas de libertad (atendiendo al fracaso de la cárcel), protección cuidadosa y creciente de todos los derechos humanos, etc.

Por último, es de todo punto conveniente evitar todo extremo que sirva de pretexto para aducir que el sistema penal es expresión de privilegios exclusivos de las clases dominantes y que el "chivo emisario" únicamente es el pobre diablo de las clases sumergidas, de manera que mientras los altos capitanes de la industria,

el comercio o la política, disfrutaban de una impunidad total, las cárceles están superpobladas por ladrones de gallinas.

Desde el punto de vista de las críticas emergentes de la opinión pública es de toda evidencia que también la justicia exige reformas y ajustes substanciales en múltiples aspectos ampliamente conocidos. Pero es también obligatorio negar enfáticamente que la crisis institucional y penal, la quiebra de la seguridad, y la extensión de la ola delictiva, obedezcan a fallas del poder judicial. Dejando de lado este planteamiento simplista, ciertamente el mal juez debe ser socialmente repudiado y destituido sin miramiento alguno, pero debe asimismo consolidarse la independencia absoluta del poder judicial que integra el gobierno democrático en pie de igualdad a los poderes políticos y asegurar su autarquía financiera, que acaba de ser una realidad.

Muy especial consideración merece la policía de seguridad.

No cabe la más ligera duda de que los acontecimientos criminales que con increíble frecuencia, prácticamente todos los días, son protagonizados por integrantes de los cuerpos policiales, merezcan el máximo reproche. Cualquier pena resulta aquí insuficiente porque toda culpa ético-social y penal resulta superlativamente intolerable cuando el crimen se perpetra precisamente por quienes manejan las armas que la comunidad les ha entregado para que la defiendan. En muy pocos casos como este, quienes abominamos radicalmente de todo intento restaurador de la pena de muerte, nos explicamos que haya quienes proponen su vigencia.

Hace muchos años el presidente FRONDISI consultó a JIMÉNEZ DE ASÚA sobre la oportunidad de redactar un nuevo Código Penal substitutivo del vigente. El profesor español recomendó no tocar el Código. Sostuvo en cambio que el problema argentino pasaba por la organización y apoliticidad de la justicia, pero quizá en grado mucho mayor por la función policial.

Es que la justicia obra *post delictum*, frente a hechos consumados irreversiblemente. Pero lo más importante es prevenir con la máxima eficacia y oportunidad, antes, y no reprimir *a posteriori*.

En la Argentina es necesario realizar un saneamiento total y ejemplarizador de la policía. Incluso una revolución institucional, un saneamiento drástico de todo el ámbito policial. Pero, para ello deben integrarse los cuerpos policiales recurriendo a una óptima y cuidadosa selección: una óptima selección en primer lugar en lo que respecta a idoneidad moral, seguida de una óptima preparación técnica, garantizadas ambas por el paso a través de serios institutos de especialización profesional. Además, paralelamente, es indispensable el pertrechamiento de todos los elementos de toda especie exigidos por una moderna tecnología criminalística.

Por último, es fundamental asegurar un nivel de vida decoroso que ponga al policía a cubierto de la necesidad, colocándole a la altura de lo que debe ser su jerarquía funcional. Para ello debe ser retribuido, incluso en medida análoga o cercana a los cuerpos de funcionarios judiciales, puesto que el menester policial en modo alguno es menos importante que el que cumplen aquellos.

Finalmente, algunas consideraciones de orden general.

Conviene machacar, ante todo, en que el tremendo problema de la criminalidad no se resuelve, ni muchísimo menos, por medio de leyes acompañadas de tremendas penas criminales, las que siempre serán modestísimos instrumentos de disuasión o intimidación. La ley jamás tendrá por sí sola el mágico poder —como cree la gente— de resolver el problema penal, y menos a través de penas draconianas que son las menos eficaces, como lo ha probado acabadamente la praxis universal.

Por otra parte, algo superlativamente importante: la crisis penal, como en general la crisis total que hoy padece el país, es fundamentalmente una crisis de orden moral. La solución de tal crisis únicamente vendrá a través de un extenso proceso de reeducación encaminado a transformar pacientemente y consolidar ciertos valores éticos, individuales y colectivos. Es ilusorio y utópico creer que esto puede lograrse por obra de leyes y decretos gubernativos.

Tampoco es cuestión de dibujar ambiciosos esquemas políticos criminales. El problema social de la criminalidad requiere, en primer lugar y en vastas extensiones de su problemática, una genuina "política social", que le encare en sus múltiples dimensiones. Únicamente dentro de una tal "política social" tendrá sentido intentar una "política criminal" que tenga probabilidades de eficacia, como lo han sostenido reiteradamente los organismos especializados de las Naciones Unidas.

Para terminar, así como lo primero es *vivere* y únicamente después *filosofare* hay una necesaria prioridad o prelación en los problemas críticos y acuciantes de una sociedad dada. Sin negar que el crimen o la seguridad lo sean, es cuando menos dudoso que les correspondan una franca prioridad. Quizá antes que ellos, o al menos en idéntico plano, se hallen otros como los de la niñez abandonada, la infancia desvalida, el hambre, la miseria, la salud comunitaria, los establecimientos hospitalarios, etc. Todos ellos demandan enormes y sostenidos esfuerzos, además de ingentes recursos de los que hoy por hoy carece el Estado, razón por la cual resulta muy difícil una solución satisfactoria más o menos inmediata.

Por esto no es razonable exigir que la crisis punitiva y el sistema de seguridad sean resueltos por el gobierno con inmediatez ("ahora" y "aquí" como lo ha dicho con notoria ligereza algún periodista). Es preciso acostumbrarnos a la idea de que esto únicamente se logrará a través de persistentes sacrificios de toda la comunidad y a lo largo de un lapso que de ninguna manera será breve. Asimismo habrá que acostumbrarse a la idea de convivir con un cierto margen de criminalidad que por desdicha acompañará siempre a la sociedad humana y que es insuprimible.

Tengo plena consciencia de que muchas cosas que he dicho son fuertemente polémicas y urticantes. Pero creo que era mi deber inexcusable decirles y ocuparme de ellas, en cumplimiento de un compromiso moral ciertamente ingrato que he intentado satisfacer ajustándome, como siempre, a mi leal saber y entender.

Vuelvo a admitir, por supuesto, que puedo haber estado equivocado en todo o en parte.

Esto es todo.