

DEL CONTROL COMO DELITO, AL CONTROL DEL DELITO (NOTAS PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL EN LA ARGENTINA DEMOCRÁTICA)*

Dr. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

No parece exagerado afirmar, aunque el tema haya sido prácticamente ignorado por la literatura criminológica nacional, que la denominada "pena" de desaparición (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1984), constituyó *uno* de los puntos centrales¹ de la política de control social en la Argentina durante la dictadura militar 1976-1983. Esta ignorancia de la situación concreta de represión y autoritarismo puede entenderse en muchos casos por razones que se vinculan directamente con la falta absoluta de garantías para quien, en el país, hubiera emprendido un análisis de esta naturaleza. En otras palabras, el "estado de las cosas" impidió el análisis del paso de la democracia a la dictadura, para entender el desarrollo de la cuestión criminal ("el estudio del Estado queda supeditado al Estado que estudio", para decirlo con palabras de N. LECHNER (1977, 28).

En la Argentina actual la situación ha cambiado. Resulta hoy práctica y teóricamente imposible no tomar en cuenta el tránsito de la dictadura a la democracia para entender tanto la dimensión de la cuestión criminal cuanto para discutir las líneas generales de una política criminal democrática.

El análisis de la política de control social durante el período de la dictadura militar, permite afirmar que ciertas formas centrales de la represión institucional constituían de hecho delitos que hubieran sido sancionados por la legislación penal vigente si otra hubiere sido la correlación de fuerzas políticas y la actitud del poder judicial.

Contrariamente, el tránsito de la dictadura a la democracia debería implicar entonces el tránsito de una situación en la que el núcleo del control social constituye

* Ponencia presentada en el seminario "El Control Social en América Latina", organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y dirigido por los profesores JUAN BUSTOS RAMÍREZ y ROBERTO BERGALLI, en Sitges, Cataluña, del 17 al 20 de septiembre de 1984.

Investigador del Institut für Rechts und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, República Federal de Alemania.

¹ Otro aspecto muy importante que ha de tenerse en cuenta para el análisis de la política de control social en la Argentina, es el que ha resaltado E. ZAFFARONI (1984), relativo al sistema contravencional. Este sistema, que constituiría el aspecto minúsculo de la problemática del control social, opera con una minimización formal (legal) para lograr una optimización de la represión material. Es de hacer notar, sin embargo, que el funcionamiento de este sistema no se limita solamente a los períodos de quiebra del orden constitucional.

una forma de delito, a otra situación en la que el delito (luego de problematizar su definición) debe ser controlado pero respetando plenamente la totalidad de las garantías individuales y colaborando al mismo tiempo en el desarrollo de las potencialidades positivas de los sectores populares.

Esta mínima precisión inicial no agota, sin embargo, la tarea de delimitar el tema *delito y control*. Un posterior esfuerzo en ese sentido debe incluir la explicitación de la perspectiva politicocientífica a partir de la cual considerar el tema del control del delito en la Argentina de la transición de la dictadura a la democracia. En ese sentido, tres son como mínimo las alternativas posibles desde las cuales encarar el análisis:

a) una visión caótica de la democracia y el cambio social, perspectiva que con diversos grados de sutileza es sostenida por los juristas antidemocráticos pertenecientes al ámbito cultural de la oligarquía argentina;

b) una visión positiva pero inmediatista del proceso actual, sostenida por quienes de una u otra forma desarrollan tareas de gobierno y que por ello se ven en la necesidad de producir hechos "concretos" en el corto plazo;

c) una visión positiva pero eminentemente crítica del proceso actual, sostenida por quienes sin ocupar cargos de gobierno coinciden plenamente en la necesidad de consolidación de un orden democrático, en el cual, sin embargo, se acepte y reconozca la necesidad, tolerancia y visibilidad del conflicto social.

El hecho de que la dirección científica que aquí se adopta se mueva dentro del campo de la denominada criminología crítica², ayuda a entender que la perspectiva política elegida en este trabajo se vincule a la tercera de las alternativas señaladas. Adoptar una actitud como esta obliga a tratar, así sea en forma breve, un tema que debería convertirse en condición *sine qua non* de la discusión en torno a la política criminal para esta etapa: las relaciones entre la criminología crítica y el orden politicosocial constituido.

La discusión en torno a "ley y orden"

La discusión en torno a las relaciones de la criminología crítica con el orden politijurídico establecido, se desarrolla con cierta intensidad desde hace algunos años en la literatura anglosajona. Bajo el tema *law and order*, una buena parte de la criminología de izquierda inglesa y norteamericana ha ido revisando gran parte de sus postulados elaborados a fines de la década del 60 y comienzos del 70³.

De este modo la crítica teórica y el trabajo de desmistificación ideológica ceden el paso en primer término a la autocrítica, y luego a la elaboración de propuestas que se concretan en algo que podría ser denominado como una serie de "mini" políticas criminales surgidas desde "abajo"⁴. Por motivos que seguramente incluyen argu-

² Sobre el concepto de *criminología crítica*, remito al trabajo de A. BARATTA (1984).

³ Para mencionar solo algunos de los trabajos más representativos de esta corriente, véase a B. GROSS (1982), T. PLATT (1983), y J. LEA-J. YOUNG (1984). Esta corriente de la criminología crítica ha sido señalada recientemente entre otras, por D. MELOSSI (1983), como un "nuevo realismo" de izquierda.

⁴ El artículo más representativo de esta posición es el de B. GROSS (1982).

mentos tan diversos como un orden de prioridades de diferente y difícil acceso a la literatura en lengua inglesa, el debate en torno al problema del *law and order* no ha comenzado aún explícitamente en América Latina. Sin embargo, creo no equivocarme al afirmar que, cualquiera sea el nombre que el mismo adopte, dicho debate se está produciendo. Esta circunstancia, sumada al hecho de que parece posible predecir la dirección que tomara el debate desde una perspectiva "radicalizada", impulsa a elaborar esta breve reflexión.

Parece importante comenzar por responder a la pregunta, acerca de cuáles son los motivos que impulsan a pasar de propuestas amplias para la acción politico-cultural (tareas de crítica ideológica) a mini propuestas de acción concreta destinadas a asegurar "por lo menos" un mini orden alternativo (organización de vecinos para defensas de los barrios contra la criminalidad, etc.). Todo pareciera indicar que frente a la *ley y el orden* establecidos hubiera solo dos alternativas (y esto siempre desde un punto de vista que podría denominarse progresista, crítica, radical, etc.).

a) La alternativa de "por lo menos" elaborar concretamente las mini políticas criminales mencionadas, es decir, de "hacer algo"; en otras palabras, la alternativa de la *acción*;

b) Definida de este modo la primera alternativa, la segunda —aquella de la crítica ideológica— se convierte desde esta perspectiva en la alternativa de la *inacción*.

Llegado a este punto, debe admitirse que la posición sostenida en esta parte del trabajo resulta un tanto incómoda y por lo menos semánticamente complicada. Intentaré demostrar que la denominada perspectiva de la *acción* tiende a transformarse (en determinadas condiciones políticas) en la de la *inacción* y viceversa.

Debo aclarar tal vez —aunque me parece obvio— que no me sitúo dogmáticamente en contra de las posibilidades de actuar que ofrecen determinadas coyunturas politicoinstitucionales. Se trata, sin embargo, de tener presente la necesidad permanente de la función crítica de la ciencia social.

La política de la *acción* y de las mini políticas criminales, en condiciones de una correlación de fuerzas políticas desfavorables, depende de factores altamente arbitrarios e inestables lo que puede hacer concluir abruptamente un trabajo de años en un lapso muy breve de tiempo.

Para quien no tiene claro que la perspectiva estratégica es la de la crítica ideológica, las consecuencias del fracaso de una mini política criminal pueden ser la frustración y por ende la *inacción* definitiva.

De lo anterior pueden sacarse algunas conclusiones de importancia que refuerzan la afirmación inicial relativa a la necesidad de un análisis detallado de la coyuntura sociopolítica, como requisito para la comprensión plena de la dimensión de la cuestión criminal. Viendo el problema en forma retrospectiva, la ignorancia de cuestiones macroestructurales (o microestructurales en el sentido del citado artículo de ZAFFARONI no pueden ser, lamentablemente, atribuidas solo a las condiciones políticas imperantes bajo la dictadura militar. El cambio de la coyuntura política no halla su correspondencia en el plano de la cultura jurídica. *La democratización de la política no ha conducido ni parece conducir a una democratización del derecho.*

Esta situación, por lo menos en buena parte, resulta atribuible a lo que en otra parte he denominado "hegemonía jurídica del bloque tradicionalmente dominante" (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1983), es decir, que el punto de vista de este sector sea aceptado consensualmente por el conjunto de la sociedad. He aquí un motivo más para persistir en la actitud de concebir a la criminología como una teoría social eminentemente crítica destinada específicamente a desmistificar el campo de la desviación y el control social.

Delito y control

Los diversos significados que asume el binomio delito-control, dan cuenta tal vez con más claridad que otros intentos, de las distintas etapas politicocientíficas de la disciplina criminológica. Para enumerarlas brevemente y en una forma no taxativa debe decirse que:

a) para las concepciones tradicionales de la criminología, sostenedoras de un paradigma etiológico y una noción ontológica de la criminalidad, delito y control no tienen entre sí ningún vínculo condicionante. El delito constituye un dato preconstituido, no solo a las definiciones jurídicas y sociales sino que además resulta independiente de las políticas destinadas a su control;

b) para ciertas concepciones que ponen el énfasis sobre los condicionamientos económicos, el control del delito resulta también —aunque por motivos diversos— una variable externa e independiente de este último. Son las fluctuaciones de la economía las que determinan las cifras de la criminalidad en forma totalmente independiente de la política criminal⁵;

c) para la teoría del etiquetamiento (*labelling approach*) se produce un cambio fundamental respecto del paradigma etiológico, que afecta precisamente y en forma particular la comprensión del significado del binomio delito-control. No es la existencia de delitos lo que provoca su control, sino que paradójicamente es el control la primera fuente de producción del delito;

d) para la criminología crítica, que junto a la dimensión de la definición (*labelling approach*) incorpora la dimensión del poder (A. BARATTA, 1984. D. PFEIFFER, S. SCHEERER, 1979), el significado de la relación delito-control depende fundamentalmente de un análisis desprejuiciado, tanto de la correlación de fuerzas políticosociales imperantes, como de la calidad y extensión de los bienes jurídicos protegidos o no.

No me interesa reproducir aquí las críticas que ponen de manifiesto los límites de la criminología tradicional y de las concepciones economicistas en el tratamiento del tema *control del delito* (A. BARATTA, 1982). Me interesa más bien subrayar la necesidad de producir una *teoría fundada del etiquetamiento (grounded labelling theory)* que sea capaz de vincular el discurso social sobre la cuestión criminal con el discurso social sobre la economía y la política tal como lo propone MELOSSI (1983, 466). Todo ello para lograr finalmente un discurso sociológico aceptable sobre el ser

⁵ Me refiero al trabajo de W. BONGER (1905) y muy especialmente al capítulo XII, "Pena y Estructura Social", escrito solo por KIRCHHEIMER, como puede leerse en el prefacio de esa obra.

del delito (D. MELOSSI, 1983, 465). Pero presentar esta última posición como homogéneamente representativa dentro de la criminología crítica, constituiría una actitud abiertamente reduccionista del panorama actual en la materia.

Otras dos son como mínimo las corrientes que se mueven dentro del vasto campo de la criminología crítica:

a) el denominado "nuevo realismo" al que se hizo alusión a propósito de la discusión sobre la ley y el orden, y

b) la perspectiva denominada abolicionista, uno de cuyos exponentes más representativos es L. HULSMANN (1984), perspectiva que ha sido definida —a mi juicio muy acertadamente— por S. SCHEERER (1983) como una crítica negativa y como una teoría sensibilizadora respecto de los mecanismos de control social. El hecho de que esta corriente de pensamiento proponga una abolición radical del sistema penal es lo que la convierte en una provocación politicocientífica, ya que va en contra de muchos de los mitos enraizados en el pensamiento jurídico tradicional y también —es bueno reconocerlo— en el no tan tradicional. Estas circunstancias hacen propicio y conveniente que algunos aspectos del debate en torno a una política criminal para la Argentina democrática tengan como punto de referencia la perspectiva abolicionista.

Política criminal: ¿qué delito? ¿qué control?

En el contexto de la criminología y el derecho penal tradicionales, el control penal tiende a ser considerado como una consecuencia necesaria y eventualmente como un intento de disuasión de una situación que previamente ha sido definida como delito. En este proceso, el lenguaje se comporta en forma opuesta a aquello que puede ser definido como neutral o inocente. Las distintas formas de denominación pueden conducir a los siguientes resultados:

1) *Desdramatizar una situación*. Cómo seguir hablando de delitos cambiarios, cuando ya no se trata de un *mercado negro* sino de un *mercado paralelo* anunciado en todos los medios masivos de comunicación, como el caso de la Argentina.

2) *Dramatizar una situación*. "Existe una conexión de base entre terrorismo y droga" (declaraciones de A. TROCCOLI; Ministro Argentino del Interior, con motivo de una manifestación que solicitaba la legalización de la marihuana).

3) *"Modernizar" una situación*. "La homosexualidad es una enfermedad, de manera que nosotros pensamos tratarla como tal" (declaraciones de A. TROCCOLI).

Esta dependencia del *control*, respecto de la definición del *delito*, explica por qué para la perspectiva abolicionista la crítica a la aceptación pasiva del concepto de delito constituye un punto central de su enfoque. Esta objeción crítica formulada por los abolicionistas se dirige —a más obviamente que contra la criminología tradicional— también contra la corriente denominada como "nuevo realismo" (L. HULSMANN, 1984). Definido un hecho —desde la perspectiva abolicionista— como *situación problemática* y no como *delito*, su control no deberá ser necesariamente de naturaleza penal y podrá encontrar una solución en alguno de los sistemas alternativos o paralelos a este último: compensatorio, terapéutico, conciliatorio, etc. (European Committee on Crime Problems, 1980).

La posibilidad de desarrollo teórico de una perspectiva como la abolicionista descansa también, entre otros motivos, en la comprobación, producto de investigaciones teóricas y empíricas relativas al costo economicosocial del delito⁶ de que, por lo menos en relación con aquellos delitos que no pertenecen a lo que se ha denominado “núcleos duros de la delincuencia”, (terrorismo, criminalidad organizada, etc.), el sistema penal crea más problemas de los que contribuye a resolver. Una afirmación semejante resultaría imposible en el contexto argentino, a menos que se base en una mera intuición. Sin embargo, el funcionamiento real de la justicia penal argentina permite “invertir la carga de la prueba” en este caso y pensar que efectivamente el sistema penal crea más problemas de los que ayuda a resolver. El hecho de que esta apreciación relativa al sistema penal no pueda trascender el nivel de la presunción, se debe también a la “política criminal” actual, que al no propiciar un plan coherente y estructurado de investigaciones científicas, avala objetivamente el hecho de que las “tácticas” de política criminal se tomen en función de los estereotipos creados, transmitidos y consolidados por los medios de comunicación de masas.

Pero cuáles podrían ser las líneas generales para una política criminal que reflejara la democratización política, es una pregunta que, necesitando el debate más amplio posible, solo puede ser parcialmente contestada aquí.

La reducción de la utilización del sistema penal en relación con delitos menores parece ser una indicación digna de tenerse en cuenta. Por el contrario, en el caso de los denominados “núcleos duros de la delincuencia” no parece que sea posible razonar de la misma forma. Incluso las propias y breves indicaciones de los teóricos del abolicionismo vinculadas con el tema, no parecen ser en absoluto convincentes (L. HULSMANN, 1984, 20-21).

En la Argentina actual, el problema del control del delito no se agota de modo alguno en delinear una política criminal más o menos “moderna” y circunscrita al ámbito tradicional de la desviación. Se trata, en primer lugar, de la creación de un sentido común en torno a la organización democrática de la sociedad (sentido común del cual se encuentran alejados un buen número de los que podemos denominar “hombres del derecho”). La tarea consiste entonces en delimitar cuidadosamente aquellas situaciones que tienden a la subversión del orden institucional de aquella, y que constituyen problemas que casi siempre se manifiestan en un lugar distinto de aquel que les da origen (deficiencias de socialización, violencia estructural, etc.).

Un tratamiento riguroso, pero al mismo tiempo respetuoso de las garantías individuales, sin tratamientos diferenciales ni de hecho ni de derecho, parece ser la política aconsejable frente a los denominados núcleos duros de la delincuencia. Por otra parte, una actitud de apertura y tolerancia para evitar que sean definidas

⁶ Cfr. entre los muchos trabajos que se ocupan del tema, el de ÁLVARO PIRES, P. LANDREVILLE y V. BLANKEVOORT (1980).

como *delitos* situaciones que se convierten en problemáticas solo en el momento que se pretende ejercer un *control* sobre ellas.

En definitiva, una actitud de permanente autocrítica que permita corregir sobre la marcha los errores cometidos y desterrar para siempre —tomando como punto de referencia mínimo los derechos humanos internacionalmente reconocidos— el peligro de que el *control* del *delito* pueda convertirse en un delito gravísimo, tal como ha ocurrido en la historia argentina reciente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, ALESSANDRO (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione a la sociologia giuridico penale*, Bologna, Il Mulino.
- BARATTA, ALESSANDRO (1984): “Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa”, en AAVV *Criminología Crítica*, Medellín, Universidad de Medellín.
- BONGER, WILHELM (1905): *Criminalité et conditions Economiques*, Amsterdam, G. P. Tierie.
- EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1980): *Report on Decriminalisation*, Estrasburgo, Consejo de Europa.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1983): “Dominación política y hegemonía jurídica en el cono sur”, en *Nuevo Foro Penal*, 20, págs. 476-487.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1984): “Para releer a Rusche y Kirchheimer en América Latina”, Epílogo a la versión castellana de la obra de G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social en América Latina*, Bogotá, Temis.
- GROSS, BERTRAM (1982): “Some Anti-Crime Proposals for Progressives”, in *Crime and Social Justice*, 17, págs. 51-54.
- HULSMAN, LOUK (1984a): *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, Ariel.
- HULSMAN, LOUK (1984b): “La criminología crítica y el concepto de delito”, Ponencia presentada al Congreso Internacional de Criminología Crítica, Universidad de Medellín.
- LEA, JOHN y YOUNG, JOCK (1984): *What is to be done about Law and Order*, London, Penguin.
- LECHNER, NORBERT (1977): *La crisis del Estado en América Latina*, Caracas, El Cid.
- MELOSSI, DARIÓ (1983): “E in crisi la «criminología crítica»?”, en *Dei Delitti e delle Pene*, 3, págs. 447-470.
- PFEIFFER, DIETMAR, SCHEERER, SEBASTIAN (1979): *Kriminalsoziologie*, Stuttgart, Kohlhammer.
- PIRES, ÁLVARO, LANDREVILLE y P., BLANKEVOORT V., (1980): *Le Coutis Sociaux du Systeme Penal*, Escuela de Criminología, Universidad de Montreal.
- PLATT, TONY (1983): *Criminology in the 1980s: Progressive Alternatives to “Law and Order”*, Publicación del Institute for the Study of Labor and Economic Crisis, San Francisco, California.
- RUSCHE, GEORG y KIRCHHEIMER OTTO (1984): *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis.
- TAYLOR, IAN (1982): “Against Crime and for Socialism” en *Crime and Social Justice*, 18, págs. 4-15.
- ZAFFARONI, EUGENIO (1984): “Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material”, en AAVV, *Criminología Crítica*, Medellín, Universidad de Medellín.