

## PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

a propósito de la obra de G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER\*  
por EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

### I. LOS "LIBROS" DE RUSCHE Y KIRCHHEIMER

A quien posee por lo menos un mínimo de información sobre las vicisitudes que rodearon la traducción, reelaboración y publicación de *Punishment and Social Structure* en 1939, no le ha de resultar muy extraño que se aluda a este texto denominándolo como los "libros" de RUSCHE y KIRCHHEIMER. Por esta razón —y aunque dicha problemática no constituye el objeto central de este epílogo— es necesario hacer una breve referencia a la génesis de *Pena y estructura social*.

Editado en 1939, según he señalado, por la Columbia University Press, *Punishment and Social Structure* constituye la primera publicación importante de la Escuela de Frankfurt en su sede americana<sup>1</sup>. El manuscrito original fue redactado exclusivamente por RUSCHE entre 1930 y 1933. Durante este mismo período se publican también una nota periodística<sup>2</sup> y un artículo<sup>3</sup>, que junto con el manuscrito citado representan la totalidad de la obra criminológica de RUSCHE. En 1933, y como consecuencia del advenimiento al poder del nacionalsocialismo, RUSCHE abandona Alemania, a donde jamás regresaría. Un año más tarde y, según un autor, como resultado de la situación política imperante en su país, se produce otro abandono de importancia, como lo es el desplazamiento del interés de RUSCHE, de la problemática criminológica a los análisis económicos<sup>4</sup>.

\* El presente texto, constituye el epílogo a la edición castellana de la obra de G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER (*Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York, 1939) que con el título *Penal y estructural social*, será publicada en breve por la Editorial Temis de Colombia.

<sup>1</sup> M. JAY, *La imaginación dialéctica, una historia de la Escuela de Frankfurt*, Madrid, Taurus, pág. 246.

<sup>2</sup> *Zuchthausrevolten oder Sozialpolitik? Zu den Vorgängen in Amerika*, en el "Frankfurter Zeitung", núm. 403, 1º de junio de 1930, págs. 1-2. Existe versión inglesa de dicho artículo realizada por B. Yaley y que, publicada bajo el título *Prison Revolts or Social Policy, Lessons from America*, puede encontrarse en "Crime and Social Justice", núm. 13, 1980, págs. 41-44.

<sup>3</sup> *Arbeitsmarkt und Strafvollzug*, en *Zeitschrift für Sozialforschung*, Paris, F. Alcan, 1933, págs. 63-78. Existe versión castellana de este artículo efectuada por E. García Méndez, publicada con el título *Mercado de trabajo y ejecución penal*, en la revista "Derecho Penal y Criminología", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, vol. VI, núm. 19, 1983, págs. 95-109.

<sup>4</sup> Sobre este punto, véase a H. ZANDER, *Georg Rusche, Marche du travail et régime des peines: introduction a la genèse de l'oeuvre de Georg Rusche*, en "Déviance et Société", vol. IV, núm. 3, 1980, págs. 199-213. Quien además afirma (sin ninguna prueba contundente) haber encontrado un manuscrito inédito de G. RUSCHE con fecha de mayo de 1934, titulado *Die Wirtschaft des Nationalsozialismus*. (Lamentablemente, hasta la fecha no he podido tener acceso a dicho manuscrito).

La vida de RUSCHE en el exilio, así como su producción teórica, continúa siendo desconocida en muchos aspectos. Existe, sin embargo, un excelente ensayo biográfico al que haré mención a menudo —aunque de manera sumamente abreviada— en lo que resta de este punto<sup>5</sup>. Ya fuera de Alemania y luego de una breve estadía en París, RUSCHE se dirige a Londres, donde con la ayuda de un amigo reelabora y traduce al inglés el manuscrito, cuya redacción habría sido sugerida por RUSCHE a los miembros del Instituto de Investigación Social (ver el prefacio de esta obra). A fines de 1934, T. SELLIN acusa recibo de la versión inglesa del mismo y hace observaciones meramente formales y critica lo que considera exageraciones de RUSCHE en cuanto a la superpoblación de las prisiones norteamericanas<sup>6</sup>. También E. SUTHERLAND, considerado ya como uno de los más eminentes criminólogos norteamericanos, tiene acceso al manuscrito, sobre el que se pronuncia favorablemente haciendo observaciones similares a las de SELLIN<sup>7</sup>. En 1935 la versión inglesa de la obra de RUSCHE se encontraba lista para ser publicada. Sin embargo, y por causas que se desconocen, solo en 1937 se hablará nuevamente de ella. Para esta fecha, MAX HORKHEIMER, director del Instituto en Nueva York, asigna a OTTO KIRCHHEIMER<sup>8</sup> la tarea de reelaborar el manuscrito, lo que se llevará a cabo sin ningún otro contacto con RUSCHE<sup>9</sup>. A propósito de esta forma peculiar de escritura “conjunta” de la obra, existe otro aspecto que conviene mencionar. En el prefacio elaborado por HORKHEIMER se indica que, a excepción de los capítulos II al VIII, el resto “constituyen ideas exclusivas del propio Dr. KIRCHHEIMER” (ver prefacio). Esta afirmación debe ser por lo menos parcialmente corregida, ya que el capítulo I (Introducción) contiene buena parte de las tesis elaboradas por RUSCHE en los artículos de 1930 y 1933. Acerca de los capítulos IX al XII, por el contrario, no parece

<sup>5</sup> Me refiero al trabajo de D. MELOSSI, *Georg Rusche: A Biographical Essay*, en “Crime and Social Justice”, núm. 14, 1980, págs. 51-62.

<sup>6</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 54. Como puede apreciarse, el capítulo sobre la situación carcelaria en los Estados Unidos fue suprimido, presumiblemente como consecuencia del trabajo de reelaboración de O. KIRCHHEIMER. La explicación de MELOSSI al respecto (cfr. MELOSSI, art. cit., pág. 57) parece convincente. A medida —como se verá más adelante— que en los capítulos elaborados exclusivamente por KIRCHHEIMER (del IX al XIII), la perspectiva de análisis se desplaza de lo socioeconómico a lo político, se hace imprescindible suprimir toda la referencia a la realidad norteamericana para explicar como una mera consecuencia de la política fascista, la disminución del uso de las penas pecuniarias y el retorno a los métodos “duros” de tratamiento penal en el período posterior a la crisis de 1930. La perspectiva contraria, es decir, la explicación socioeconómica de los métodos “duros” y que por ello se verifica tanto en la Europa como en los Estados Unidos de la década del 30, se halla claramente expuesta en la nota periodística de RUSCHE arriba citada.

<sup>7</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 55.

<sup>8</sup> En el caso de KIRCHHEIMER, tanto su vida como su producción teórica son bien conocidas. Sobre ellas, véase a J. H. HERZ y E. HULA, *Otto Kirchheimer, An Introduction to His Life and Work*, en O. KIRCHHEIMER, *Politics, Law and Social Change*, Nueva York, 1969.

<sup>9</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 56. Entre 1936 y 1939, RUSCHE se encontraba en Palestina ejerciendo funciones docentes en la Escuela Británica de Jerusalén, y nada hace suponer que hubiera sido materialmente imposible ubicarlo. Las razones parecen vincularse más a los problemas de “supresión” y “desplazamiento” a que se hace referencia en la nota 6.

existir la menor duda acerca de que ellos pertenecen exclusivamente a KIRCHHEIMER. Como acertadamente lo señala MELOSSI, el capítulo IX aborda el análisis del período 1880-1930 desde una perspectiva completamente distinta a la de RUSCHE, ruptura que se acentúa del capítulo X en adelante a medida que se hace claramente perceptible un desplazamiento del énfasis, de los condicionantes socioeconómicos hacia los de tipo político<sup>10</sup>. Más allá de los cortes y desfases señalados, la importancia de *Pena y estructura social* está fuera de discusión. Su carácter de obra pionera en el terreno de la criminología crítica y la increíble vitalidad de muchas de sus tesis, constituyen un desafío a la imaginación, ya aceptado en otros contextos e imposible de eludir en América Latina. Todo esto no hace más que indicar que ha llegado el momento de la discusión.

## II. LA APERTURA DEL DEBATE

Las páginas siguientes presuponen algo más que la lectura completa de *Pena y estructura social*. Este trabajo, como prácticamente todo producto de la actividad intelectual, admite varias aproximaciones posibles. En primer lugar, la del lector meramente interesado en un enfoque particular de la evolución del derecho penal, quien seguramente no se sintió en absoluto defraudado, considerando la calidad y exhaustividad de la tarea de reconstrucción histórica contenida en dicha obra. Este lector, sin embargo, podrá prescindir totalmente de las reflexiones que en adelante se exponen. Pero existe otro lector, al que van dirigidas estas páginas. Me refiero a quien, sobre todo en el ámbito latinoamericano, se proponga emprender la recreación crítica de las tesis formuladas por RUSCHE y KIRCHHEIMER.

En el campo del capitalismo desarrollado, la discusión en torno a *Pena y estructura social* se ha centrado predominantemente sobre dos aspectos (lo cual no significa que hayan sido considerados de manera conjunta): El primero, completamente vinculado a la propia apertura del debate, se refiere, en forma más o menos explícita, a la contraposición de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER con las tesis formuladas por FOUCAULT en *Vigilar y castigar*<sup>11</sup>. El segundo aspecto consiste en la confrontación de las tesis enunciadas en *Pena y estructura social* con una coyuntura sociohistórica determinada<sup>12</sup>. Por mi parte, y en la medida en que soy de la opinión de que ambos aspectos se encuentran indisolublemente vinculados, me propongo retomarlos de manera conjunta, pero utilizando como punto de referencia el contexto

<sup>10</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 57.

<sup>11</sup> Un enfoque representativo de esta posición, puede verse en D. MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo de Rusche e Kirchheimer*, en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978, págs. 11-37.

<sup>12</sup> Por lo menos tres artículos deben ser mencionados en esta perspectiva de investigación: IVAN JANKOVIC, *Labor Market and Imprisonment*, en “Crime and Social Justice”, núm. 8, 1977, págs. 17-31; H. STEINERT, *Versuch, die These von der strafrechtlichen Auroitungspolitik in Spätmittelalter “auszurufen”*. *Eine Kritik an Rusche/Kirchheimer und dem Ökonomismus in der Theorie der Strafrechtsentwicklung*, en “Kriminologisches Journal”, cuaderno 2, 1978, págs. 81-106; M. PAVARINI, “Concentrazione” e “difusione” del penitenziario. *Le tesi de Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978, págs. 39-61.

latinoamericano. Para ser más preciso, intentaré analizar a la luz de las propuestas teóricas contenidas en *Pena y estructura social*, algunos elementos de la política de control social implantada en la Argentina a partir de 1976. Surgen de este modo dos objetivos ulteriores del presente epílogo: a) abrir la discusión en y para América Latina, en torno a la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER; b) contribuir desde ahora a la profundización del debate, estimulando a los estudiosos de la cuestión criminal latinoamericana a confrontar críticamente los aportes teóricos de *Pena y estructura social* con las distintas realidades de nuestro Continente.

### III. LA POLÍTICA DE DESAPARICIONES EN LA ARGENTINA

“La CIDH en los tres últimos años ha recibido un número apreciable de denuncias que afectan a un grupo considerable de personas en la República Argentina, en las cuales se alega que dichas personas han sido objeto de aprehensiones en sus domicilios, lugares de trabajo, o en la vía pública, por personal armado, en ocasiones uniformado, en operativos que por las condiciones en que se llevaron a cabo y por sus características, hacen presumir la participación en los mismos de las fuerzas públicas. Con posterioridad a los hechos descritos, las personas aprehendidas desaparecieron, sin que se tenga noticia alguna de su paradero...”

“Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la «desaparición» no solo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material...”

“Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos...”

“Las personas referidas han sido aprehendidas en sus domicilios, lugares de trabajo o en la vía pública, según el caso, por grupos armados que, *prima facie*, y casi siempre invocándolo expresamente, actuaban en ejercicio de alguna forma de autoridad pública. Los procedimientos aludidos tuvieron lugar en forma ostensible, con amplio despliegue de hombres —a veces uniformados—, armas y vehículos, y se desarrollaron en general con una duración y minuciosidad que ratifican la presunción de que quienes intervenían obraban con la plenitud operativa que es propia del uso de la fuerza pública.

“Luego de haber sido aprehendidas de la manera señalada, las personas en cuyo favor peticionan los suscritos han desaparecido sin dejar rastros. Todos los recursos de *habeas corpus*, denuncias y querrelas criminales, y gestiones administrativas han fracasado, por cuanto las autoridades requeridas en cada caso han informado invariablemente que no existen constancias de su detención...”

“Las personas afectadas por estos operativos y que figuran en las listas que obran en poder de la CIDH, son en su mayoría hombres y mujeres entre los 20

y 30 años de edad, aunque también han desaparecido personas mayores y menores de esas edades. Algunos niños secuestrados con sus padres han sido luego liberados, entregándolos a parientes o dejándolos abandonados en la vía pública. Otros niños, sin embargo, continúan como desaparecidos...”

“Según las informaciones que tiene la Comisión, el fenómeno de los desaparecidos afecta a profesionales, estudiantes, sindicalistas, empleados de diversos ramos, periodistas, religiosos, conscriptos, comerciantes, es decir, a la mayoría de los diversos estamentos de la sociedad argentina...”

“Se ha denunciado también que cuando los familiares, testigos, o administradores de edificios, comunicaban lo que estaba sucediendo a la seccional de policía del respectivo lugar, la respuesta era casi siempre, junto con la de afirmar el conocimiento del hecho, advertir su incapacidad de intervenir. En los pocos casos en los que policías se presentaron al lugar de los acontecimientos, estos se retiraron al poco tiempo después de dialogar con las personas directamente responsables del operativo. A esta situación se le ha denominado «Zona franca» a favor del cuerpo interviniente...”

“Las personas que han aparecido reflejan un estado físico y psicológico de gran deterioro, viven atemorizadas, y, en algunos casos, han tenido que someterse a tratamientos médicos para su recuperación. Dada la experiencia vivida, un porcentaje elevado de ellos ha abandonado el país...”

“Como lo ha expresado anteriormente, la Comisión no tiene duda alguna de que el problema de los detenidos desaparecidos constituye el más grave en materia de derechos humanos en la República Argentina, y que este, además, está afectando hondamente a la unidad y reconciliación de la sociedad argentina. De ahí que interés particularmente analizar las actitudes y reacciones que frente a este fundamental tema han asumido los afectados y quienes tienen una especial responsabilidad en su solución...”

“Los allegados a personas desaparecidas, vale decir, los parientes y amigos cercanos, han hecho uso prácticamente de todos los diferentes procedimientos legales con el propósito de conocer el paradero de sus seres queridos. Los recursos más utilizados han sido el *habeas corpus*; las denuncias por privación ilegítima de la libertad ante los tribunales de justicia o la policía; y las gestiones administrativas a través de los trámites establecidos en el Ministerio del Interior...”

“En todas las gestiones, muchas veces reiteradas, miles de personas no han obtenido resultado alguno, por cuanto el poder ejecutivo nacional ha respondido persistentemente que no se registran antecedentes de detención, las investigaciones siempre han fracasado, y el poder judicial de la Nación, por regla general, ha rechazado, como se verá más adelante, los recursos interpuestos o ha sobreseído en la causa...”

“La posición del gobierno al iniciarse el reclamo de los familiares, según se desprende de los informes recibidos por la Comisión, fue eludir una contestación clara y afirmar desconocer el paradero de los desaparecidos. Con el transcurso del tiempo, y debido principalmente al incansable batallar de los reclamantes, ha reconocido que el hecho existe y ha adecuado los mecanismos internos del gobierno

a través del Ministerio del Interior para atender los reclamos y suministrar informaciones. Pese a ello, muchas contestaciones siguen siendo imprecisas...

"Cualquiera que, en definitiva, sea la cifra de desaparecidos, su cantidad es impresionante y no hace sino confirmar la extraordinaria gravedad que reviste este problema.

"Por otra parte, altos funcionarios del gobierno han declarado que los arrestos de personas sospechosas de actividades subversivas se efectuaron regularmente por fuerzas de seguridad vestidas de civil; aquellos y otros funcionarios han insistido en que la naturaleza del conflicto requirió de la aplicación de medidas subversivas que implicaron la violación de los derechos humanos.

"La Comisión, ante esas circunstancias, se ve precisada a reiterar su convicción de que los hechos materia de las denuncias deben presumirse ciertos"<sup>13</sup>.

La dilatada cita anterior no expresa la opinión de un opositor al gobierno y ni siquiera de un partido político: es el resultado de las investigaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O. E. A. Un organismo del cual la Argentina forma parte y en el que los gobiernos militares han depositado su confianza en reiteradas ocasiones. El problema de los "detenidos-desaparecidos" no es patrimonio exclusivo de la situación argentina: también en otros países del Cono Sur, así como en Centroamérica, se han producido sucesos semejantes. Sin embargo, en ningún país del continente americano este fenómeno presenta la extensión y gravedad del caso argentino. Razón esta que me induce a ocuparme del tema en el marco de una relectura crítica de RUSCHE y KIRCHHEIMER. ¿O es que puede hacerse abstracción del desaparecimiento y presumible muerte de miles de seres humanos, con relación al problema del vínculo entre la pena y la estructura social? La respuesta debe ser rotundamente negativa. Creo necesario aclarar que no es la intención primordial en esta parte, denunciar una situación frente a la cual resulta imposible permanecer indiferente. Organismos nacionales e internacionales, tanto laicos como religiosos, se han ocupado y se ocupan intensamente del problema. De lo que se trata —descartado que esto en su conjunto configure un caso de locura colectiva— es de penetrar en la lógica de una "política" semejante, con el ánimo de colaborar en los esfuerzos para que ella jamás vuelva a repetirse.

#### IV. PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Sin pretender realizar una enumeración taxativa, creo advertir cuatro tesis mayores en la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La primera de ellas establece que "cada sistema de producción tiende al descubrimiento de castigos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta por lo tanto necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la

<sup>13</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina*, Washington, Organización de Estados Americanos, 1980, págs. 59 y ss.

intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal"<sup>14</sup>.

La segunda tesis parte del hecho —fácilmente comprobable en forma empírica y que, *mutatis mutandi*, ha permanecido relativamente invariable con el paso del tiempo— de que la población criminal se recluta predominantemente entre las clases más bajas de la sociedad.

La tercera tesis establece que si la pena pretende tener efectos realmente disuasivos sobre los potenciales criminales, debe ser de una naturaleza tal que produzca una disminución aún mayor de sus condiciones actuales de existencia<sup>15</sup>. De aquí se deriva en forma directa la cuarta tesis, que si bien aparece expuesta claramente en *Pena y estructura social*<sup>16</sup>, había sido desarrollada ya por G. RUSCHE en el artículo de 1933, en el que podemos leer:

"Si queremos concretar la propuesta que sostiene que una ejecución penal eficaz debe intimidar a aquellos estratos sociales inferiores más propensos a cometer delitos, debemos tener perfectamente en claro cuáles son las categorías económicas que determinan el destino de dichos estratos. Como no resulta difícil comprender que dichos estratos no disponen de otro bien que su fuerza del trabajo, puede concluirse —sin lugar a dudas— que es el propio mercado de trabajo la categoría decisiva y adecuada que debe adoptarse"<sup>17</sup>.

No debe olvidarse que los esfuerzos de investigación de RUSCHE y KIRCHHEIMER se concentran en torno al surgimiento y desarrollo del modo de producción capitalista, así como alrededor de la institución punitiva que tiende a generalizarse a partir de fines del siglo XVIII: la cárcel. Aclarado este punto, vale la pena detenerse un momento en la cuarta tesis (mercado de trabajo), que pretende ser la concreción de los enunciados generales contenidos en la primera tesis.

En condiciones de superabundancia de trabajadores, las penas —para conservar su función disuasiva— asumirán formas crueles que pueden llegar a las prácticas de exterminio masivo de los delincuentes. Por el contrario, en situaciones en que los trabajadores son escasos, las penas asumirán formas que permitan utilizar el potencial laboral de la población criminal. Por supuesto, como lo señala RUSCHE, "la situación del mercado de trabajo no está determinada exclusivamente por la escasez o abundancia de mano de obra. Intervenciones de carácter político pueden corregir y alterar el movimiento de la oferta y la demanda"<sup>18</sup>. Esto no impide a RUSCHE y KIRCHHEIMER formular que, en términos generales, las condiciones del mercado de trabajo constituyen un factor determinante de los distintos tipos y modalidades de la ejecución penal. La cárcel, más precisamente, cumpliría entonces la función de regulador coactivo del mismo.

<sup>14</sup> Cfr. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, pág. 3.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 4.

<sup>16</sup> *Ibidem*, págs. 25 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. G. RUSCHE, *Mercado de trabajo y ejecución penal*, págs. 100-101.

<sup>18</sup> Cfr. *ibidem*, pág. 101.

La categoría del mercado de trabajo, tal como es utilizada por RUSCHE y KIRCHHEIMER, ha sido criticada —a mi juicio acertadamente— por varios autores, sobre todo y principalmente en lo que se refiere a su aplicación a las condiciones del capitalismo actual. Para D. MELOSSI, por ejemplo, ella significa una reducción de la categoría relaciones de producción, crítica que se concreta en considerar al mercado de trabajo como una categoría útil aunque no suficientemente exhaustiva para explicar la problemática contemporánea de la cuestión criminal<sup>19</sup>. En un sentido similar, R. MARRA, quien afirma: “Esta es la razón fundamental por la cual la categoría mercado de trabajo elaborada por RUSCHE, no puede ser utilizada hoy para explicar el control social en la fase del capitalismo maduro; dicha categoría toma en cuenta solo un aspecto (la oferta de trabajo) de la totalidad, sin ninguna referencia al otro aspecto: la *capacidad de consumo*”<sup>20</sup>.

Más allá de lo ya dicho, un elemento histórico-objetivo y un elemento teórico-subjetivo parecen constituir los dos puntos más débiles y en consecuencia el blanco de los ataques de la teoría de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La primera crítica parece perfectamente comprensible aunque la falta de “responsabilidad” de RUSCHE ha sido expuesta nitidamente por D. MELOSSI con los siguientes términos:

“RUSCHE y KIRCHHEIMER, en el fondo, no poseen una teoría sobre lo que acontece en el siglo XX, o por lo menos no la poseen en el mismo modo que para el período precedente .... el plan original de la obra de RUSCHE cubría el período que comprende desde la crisis del modo de producción feudal hasta el capitalismo desarrollado del *laissez faire*”<sup>21</sup>.

El segundo elemento de crítica —que de ningún modo puede desvincularse totalmente de las vicisitudes que rodean al primero— se refiere a la ausencia del concepto de disciplina<sup>22</sup>. Esta crítica parte, explícita o implícitamente, de las formulaciones de M. FOUCAULT relativas a la función de la cárcel destinada simultáneamente a la creación de delincuencia y cuerpos dóciles<sup>23</sup>, o a lo que en forma similar, como afirma PAVARINI, representa la tendencia a la pérdida de funciones reeducativas reales de la cárcel moderna, para adquirir plenamente una función ideológica de terror represivo<sup>24</sup>. Si bien debe admitirse que en la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER, el elemento disciplina no ocupa el primer plano ni está suficientemente desarrollado, no creo que aquel se encuentra por completo ausente. Ya en el artículo de RUSCHE de 1933, puede leerse:

“La historia y la economía por sí solas no constituyen los únicos elementos de nuestra investigación, la que por esta razón aparece limitada e incompleta en muchos aspectos. Ello en especial debido a que múltiples fuerzas de naturaleza

<sup>19</sup> D. MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina...*, pág. 20.

<sup>20</sup> Cfr. R. MARRA, *Per un'economia politica de la pena. Analisi critica delle tesi di Rusche e Kirchheimer*. Tesis de doctorado, Universidad de Bolonia, 1980, pág. 211.

<sup>21</sup> Cfr. D. MELOSSI, art. cit., pág. 29.

<sup>22</sup> R. MARRA, ob. cit., pág. 168.

<sup>23</sup> M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 5ª ed., Madrid, Siglo XXI, 1981.

<sup>24</sup> M. PAVARINI, “Concentrazione” e “difusione” del penitenziario..., en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978, pág. 40.

extraeconómica —religiosas o sexuales, por ejemplo— colaboran en la conformación del sistema penal...”<sup>25</sup>.

En el mismo sentido, en *Punishment and Social Structure* puede leerse:

“Del mismo modo el informe de la prisión del cantón de Waad, uno de los documentos más valiosos de toda la literatura de la época sobre la condición de las prisiones, afirma en primer lugar que la mera privación de libertad no constituye una pena efectiva para las clases inferiores. La conclusión a la que se arriba en dicho documento es que la condición necesaria para la reinserción social del detenido es la sumisión incondicional a la autoridad, un punto que ha permanecido prácticamente inalterado en los programas de reformas hasta nuestros días. Si los detenidos se resignan a una existencia silenciosa, regular y laboriosa, la pena les resultará más tolerable —continúa el informe—, y una vez que la rutina se haya transformado en hábito, se habrá cumplido el primer paso en la tarea de rehabilitación, debiendo garantizarse, en la medida de lo posible, que la rehabilitación continúe, inclusive luego de que el detenido haya sido dejado en libertad. La obediencia es exigida no tanto por razones de un aceitado funcionamiento de la prisión, sino por el bien de los propios detenidos que deben aprender a someterse voluntariamente al destino de las clases inferiores”<sup>26</sup>.

Esta defensa del enfoque de RUSCHE y KIRCHHEIMER (especialmente del primero) no resulta completa si no se extiende —en otro sentido— a ciertas críticas formuladas al idealismo de FOUCAULT, es decir, a la forma diluida en que los elementos “infraestructurales” son presentados en su obra<sup>27</sup>. Por el contrario, nos parece que el siguiente pasaje de FOUCAULT resulta útil para hacer más clara nuestra posición:

“No hay duda de que, por encima de toda esta organización, la existencia de los suplicios respondía a otra cosa muy distinta. RUSCHE y KIRCHHEIMER tienen razón de ver en ella el efecto de un régimen de producción en el que las fuerzas del trabajo, y por ende el cuerpo humano, no tienen la utilidad ni el valor comercial que habría de serles conferido en una economía de tipo industrial”<sup>28</sup>.

No pretendo extender esta defensa a la teoría panóptica (FOUCAULT) del control social aplicada a la realidad actual, teoría que, por otra parte, ha sido criticada, y con bastante razón, en un trabajo de MELOSSI<sup>29</sup>. Mi interés se concentra por el momento en poner en tela de juicio las interpretaciones un tanto extremas que niegan la existencia de cualquier nexo entre las tesis de FOUCAULT y las de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La disciplina y los condicionamientos económicos deben ser entendidos como las partes de un todo<sup>30</sup>, solo posible de separar en el momento teórico del análisis.

<sup>25</sup> Cfr. G. RUSCHE, art. cit., pág. 98.

<sup>26</sup> Cfr. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, ob. cit., págs. 125-126.

<sup>27</sup> D. MELOSSI, art. cit., págs. 16-17, nota, y H. STEINERT; art. cit., pág. 101.

<sup>28</sup> Cfr. M. FOUCAULT, ob. cit., pág. 60.

<sup>29</sup> D. MELOSSI, *Oltre il “panopticon”. Per un studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, en “La Questione Criminale”, mayo-diciembre de 1980.

<sup>30</sup> Esta parece ser también la interpretación de A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, Il Mulino, 1982, pág. 195.

Nos vamos acercando al medio latinoamericano, a propósito del cual parece interesante confrontar algunas de las tesis expuestas, con dicha realidad. La relación entre penas privativas de libertad y mercado de trabajo —aunque sin tomar en cuenta las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER— ha comenzado a plantearse en el plano latinoamericano<sup>31</sup>. Luego de analizar distintas posiciones e interpretaciones de esta relación, E. SANDOVAL concluye:

“De lo expuesto podemos deducir que la privación de libertad incide en dos formas sobre estos sectores del mercado libre de trabajo (ejército industrial de reserva): en primer término, como un silo, esto es, recogiendo mercancía —en este caso, mano de obra— cuando hay exceso de ella y liberándola en situaciones de escasez; ello, desde luego, contribuye efectivamente al mantenimiento y manipulación de su precio (el salario). Y en segundo término, como factor de coacción para quienes frecuentemente se ven abocados a la necesidad de escoger entre aceptar trabajos lícitos en condiciones infrahumanas o realizar actividades delictivas para subsistir, con el riesgo ... de verse privados de su libertad”<sup>32</sup>.

La cita anterior —aun cuando no está acompañada de información estadística— se refiere principalmente a la situación colombiana y contiene, además, afirmaciones relativas a dos elementos que, como hemos visto, pueden ser analizados en forma independiente. El primero, predominantemente *económico* (exceso-escasez de mano de obra), y el segundo, preponderantemente *disciplinario* (coacción para aceptar trabajos en condiciones inhumanas). Escapa por completo a los objetivos que me he propuesto en esta parte, la comprobación de la veracidad de estas afirmaciones para la realidad colombiana. Me interesa confrontarlas con algunos datos básicos referidos a la realidad argentina actual. Con ello no pretendo agotar el tema, y dejo plenamente abierta la posibilidad de investigaciones posteriores más detalladas. Los datos estadísticos argentinos —aun con todos los márgenes de imprecisión que puedan presentar— no permiten establecer ninguna incidencia económica de importancia en la relación población carcelaria-mercado de trabajo. La Argentina, con 28.000.000 de habitantes y una fuerza laboral estimada en 8.700.000 asalariados, posee una población carcelaria cercana a los 25.000 reclusos, que representan el 0.3% del total de la fuerza laboral. Si se toma en cuenta la relación desocupados-población carcelaria, los porcentajes no se alteran de manera que hagan variar la negativa anterior. Ya sea que se consideren los datos sobre desocupación suministrados por el Ministerio de Economía (400.000 desocupados)<sup>33</sup> o los señalados por la Unión Industrial Argentina (1.500.000 desocupados), la población carcelaria representa el 5% y el 2.3% respectivamente. Sin pretender arribar a conclusiones absolutamente terminantes, parece posible señalar dos aspectos de importancia para avanzar en el análisis de la problemática del control social en el Cono Sur:

<sup>31</sup> E. SANDOVAL H., *Las funciones no declaradas de la privación de libertad*, Cali, Colegio de Abogados Penalistas del Valle, 1980.

<sup>32</sup> Cfr. *ibidem*, pág. 26.

<sup>33</sup> Datos proporcionados por el ministro de Economía argentino, Buenos Aires, diario “La Nación”, edición internacional del 10/1/83.

a) la categoría mercado de trabajo resuelta, en la práctica, efectivamente estrecha para comprender y explicar los rasgos esenciales del control social;

b) el elemento disciplina debe desempeñar un papel sobresaliente en la investigación de los problemas, sobre todo en el aspecto particular al que se hace referencia.

El rechazo, por lo menos desde el punto de vista cuantitativo<sup>34</sup>, de la tercera tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER no invalida necesariamente el núcleo de su teoría contenido en la primera de las tesis, es decir “que cada sistema de producción tiende al descubrimiento de castigos, que corresponden a sus relaciones productivas”. Pero aun aceptando, en principio, la validez de esta tesis, el problema no termina por resolverse. Si la categoría *mercado de trabajo* resulta sumamente estrecha para explicar la problemática del control social, debe admitirse, sobre todo hoy, que la categoría *relaciones de producción* resulta, por el contrario, sumamente amplia. La tarea más importante consiste entonces en determinar la forma —altamente mediatizada por la esfera política— en que las particularidades de un modo de producción inciden sobre la cuestión criminal y el control social. Excelente ejemplo de un análisis de este tipo y específicamente a propósito de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER, lo ofrece el trabajo de PAVARINI<sup>35</sup>. Dedicado al análisis del control social en la Italia actual, se arriba en aquel a dos conclusiones de importancia: a) la pérdida de funciones reales de la institución carcelaria como medio de reeducación<sup>36</sup>, la cual reduce sus funciones a una mera ideología represiva, y b) por consiguiente, la tendencia a un proyecto carcelario dominado exclusivamente por los principios de la “máxima seguridad”<sup>37</sup>. Es bastante probable que estos dos aspectos estén presentes en el caso argentino; sin embargo, no puede afirmarse que constituyan su característica más distintiva. La gravedad e intensidad de la política de desapariciones permiten suponer que sus contenidos represivos son considerablemente superiores a cualquier tendencia a la involución autoritaria en el contexto europeo. En otras palabras, el análisis de la relación entre pena y estructura social parece comenzar, en el caso argentino, exactamente en el punto en que finaliza el análisis de PAVARINI.

## V. DESTRUCCIÓN SOCIAL Y “PENA” DE DESAPARICIÓN

Simultáneamente con la consideración del objetivo central de este último punto —penetrar en la lógica de la política de desapariciones—, es necesario hacer referen-

<sup>34</sup> Según D. MELOSSI (*Mercato del lavoro...*), los elementos cualitativos de la hipótesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER son aquellos que todavía conservan plenamente su validez: “la hipótesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER permanece vigente, si la consideramos válida, inclusive al interior de un rígido vínculo entre porcentaje de desocupación y porcentaje de población carcelaria, ya que dicha hipótesis es esencialmente cualitativa y no cuantitativa. Ella intenta explicar la naturaleza y el carácter de la pena y no su extensión” (ob. cit., pág. 30).

<sup>35</sup> M. PAVARINI, “*Concentrazione*” e “*diffusione*” del *penitenziario*..., en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pág. 40.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 49.

cia a dos aspectos cuya importancia se sitúa más allá de toda discusión: a) el problema de la violencia en la Argentina; b) la utilización del término *pena* con respecto a la política de desapariciones.

Luego de la asunción del gobierno democrático en 1973, la violencia continuó imperando en la Argentina. Rápidamente, y sobre todo luego del breve período presidencial de H. J. CÁMPORA, dos formas de terrorismo subversivo ocuparon prácticamente la totalidad de la vida de la nación: los grupos políticos que con diversos niveles ideológicos y de organización pretendían un tránsito inmediato a algunas de las variantes del socialismo, y el Estado actuando por medio de grupos parapoliciales y paramilitares. Esta espiral de violencia se fue agudizando hacia finales de 1975. El clima reinante en los días anteriores a la asonada, se presentaba, por múltiples factores, favorable al golpe de Estado. El rechazo a toda forma de violencia parecía haberse convertido en un punto de acuerdo para la inmensa mayoría de la población. En tales circunstancias, las fuerzas armadas se hacen cargo del poder —prácticamente sin encontrar ninguna clase de resistencia— el 24 de marzo de 1976. Comienza en ese momento una producción *sistemática* de legislación represiva, en virtud de la cual casi todas las formas de la violencia, así como del mero disenso, resultan criminalizadas. De entre los cientos de decretos-leyes dictados por la Junta Militar, uno merece ser mencionado: la “ley” 21.338, dictada el 25 de junio de 1976, que incorpora la pena de muerte al Código Penal. Hoy, a casi siete años de su promulgación, dicha pena jamás ha sido aplicada. Ello no obstante, el problema de los detenidos-desaparecidos constituye una realidad irrefutable, donde —como lo expresa el informe de la Comisión antes citado— cualquiera que sea su número, la cantidad es impresionante. Frente a estos hechos una pregunta aparece evidente: ¿Por qué razón un gobierno, que cuenta con la suma del poder político-militar, con el apoyo de los grandes grupos financieros y con un relativo consenso inicial de la población (en lo que hace a la eliminación de la violencia), apela a formas institucionales de terror? O dicho de otra manera: ¿Por qué un gobierno que dicta (al margen de toda legitimidad democrática; pero ese es otro problema) una legislación represiva omnipotente y omnicompreensiva, actúa sistemáticamente fuera de las reglas del juego por él mismo trazadas?

Algunos aspectos del proyecto económico y del proyecto políticosocial ideados y encarnados por distintos actores, pero que se atraen y se complementan mutuamente, puestos en práctica por la dictadura militar a partir de 1976, ofrecen las claves para intentar dar respuesta a la pregunta anterior. Para decirlo brevemente, el sector más concentrado del capital financiero, industrial y agrario, en alianza con las corporaciones multinacionales, se encargó en forma exclusiva de la política económica. El proyecto es relativamente simple; se trataba de una nueva división internacional del trabajo, que condenaba a la Argentina a los esquemas imperantes en el siglo XIX: un país exportador de productos agrícola-ganaderos e importador de productos elaborados. Para ello se requería una política de “disciplina” de la sociedad, que hiciera posible la reducción parcial y el sometimiento definitivo del sector asalariado. Esta necesidad de “orden” en función de un proyecto concreto de acumula-

ción, coincidía perfectamente con el otro “orden”, abstracto y entendido como fin en sí mismo, que se desprende de los postulados de la D.S.N. Estos elementos ideológicos cobran tal fuerza, que —a pesar de que un número indeterminado, pero seguramente significativo, de altos oficiales de las fuerzas armadas, se vieron personalmente enriquecidos por negocios ilícitos, o lícitos pero éticamente reprochables— no permiten afirmar que un interés predominantemente económico movió a las fuerzas armadas, no ya a realizar el golpe del 76 sino a implantar la política sistemática de desapariciones. Además, gran parte de las fuerzas armadas estaban firmemente convencidas de su carácter de salvadoras providenciales de la patria y de ser las encargadas de la defensa de los valores del mundo occidental y cristiano. Para ello había que destruir a la subversión. Pero ¿en qué consistía, en realidad, la subversión? Si por subversión se hubiera entendido solamente las acciones militares de los grupos armados o la comisión de hechos que atentaran directamente contra los intereses de las grandes mayorías, entonces la represión jurídico-legal (aun democráticamente ilegítima) habría sido suficiente. Pero no fue así. El concepto de subversión fue redefinido y extendido hasta límites insólitos, en función de una gigantesca tarea de resocialización y control social, que debía abarcar al conjunto de la sociedad. Se trataba de instaurar un nuevo “proceso”, que no tenía plazos sino objetivos, trazados nebulosamente por los postulados de la D.S.N. Se llegó así a la criminalización de toda forma de disenso político. Resultó, en consecuencia, prácticamente imposible reprimir legalmente a individuos y grupos cuyo único “delito” consistía en disentir del proyecto de país que se intentaba implantar<sup>38</sup>. Fue necesario concebir una “pena” que, eliminando a buena parte de la oposición, permitiera desentenderse de sus responsabilidades y consecuencias: la “pena” de desaparición.

Es cierto que denominar “pena” a la política de desapariciones, no se corresponde exactamente con los criterios de la ortodoxia teórico-jurídica. Sin embargo, existen dos razones que justifican —por lo menos hasta hoy— el uso de dicho término (donde las comillas pretenden poner de manifiesto su carácter *sui generis*). La primera es que la ortodoxia teórico-jurídica se corresponde poco o nada con la realidad social. La segunda proviene de su carácter sistemático y de la presunción de responsabilidad del gobierno. La investigación, la determinación de responsabilidades y el castigo de los culpables, tornarían superflua la denominación de “pena”, la cual se convertiría automáticamente en un delito, totalmente sancionable inclusive por la legislación *de facto* vigente.

#### CONCLUSIÓN

Como puede deducirse de las páginas iniciales de este epílogo, las consideraciones que aquí se expusieron constituyen solo una de las varias interpretaciones y “usos”

<sup>38</sup> Para un análisis actualizado de esta problemática, cfr. R. BERGALLI, *Diez últimos años de criminología argentina: la epistemología del terror*. Multigrafiado inédito, Barcelona, 1982.



posibles de *Penal y estructura social*. Sin embargo, y más allá de la polémica que aquellas puedan generar, existe un elemento que puede y debe ser incorporado de manera incuestionable en el contexto latinoamericano: la recuperación de la dimensión histórica de la cuestión criminal. Faltan a América Latina trabajos de investigación que reconstruyan con una visión crítica el desarrollo de las técnicas de control social. Desconocemos todavía en buena parte los vínculos entre la evolución de los sistemas punitivos y el movimiento de la estructura social. Es de esperarse que la aceptación o el cuestionamiento de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER colaboren en dicha tarea.

Saarbrücken, R.F.A.  
Agosto 1983

## EN DEFENSA DE LOS PODERES DEL JUEZ EN AUDIENCIA

(Un caso de juzgamiento y represión de un inimputable  
calificado como imputable por decisión judicial)

JORGE ENRIQUE VALENCIA

Juez 3° Superior de Cali. Profesor universitario

Cualquier diligencia que se estimare conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos puede ser decretada por el juez en la audiencia, en calidad de supremo director de la misma, como lo dispone el artículo 512 del C. de P. P. Las partes pueden solicitar la diligencia correspondiente pero su práctica entra dentro de los poderes discrecionales del juez, y si debe cumplirse o no (Cfr. Cas. nov. 18 de 1976. Mag. ponente Dr. JOSÉ MARIA VELASCO GUERRERO, "G. J.", N° CLII, segunda parte, págs. 801-802).

### I. SITUACIÓN FÁCTICO - PROCESAL

Esta puede resumirse —*brevitatis causa*— de la siguiente guisa:

a) El autor mató a un sujeto en momentos en que se hallaba consumiendo ingentes cantidades de bebidas espirituosas, sin ninguna causa justificada.

b) Llegado el momento de calificación de la sumaria, al acusado se le llamó a responder en juicio criminal por el delito-tipo de homicidio (art. 323 del C. P.), como sujeto imputable.

c) Recién iniciado el debate público, el defensor oficioso del inculpado solicitó y obtuvo del juzgado, tras la presentación de respetabilísimos argumentos siquiátricos-sicológicos-valorativos, que se verificara un examen sobre su capacidad síquica. El señor fiscal adjunto se sumó a la súplica. Algunos datos extraprocesales conocidos por el Despacho reforzaban la idea que se tenía sobre la inimputabilidad del reo. Para despejar las dudas sobre su efectiva capacidad personal de reprochabilidad, se ordenó la correspondiente peritación, dentro del propósito común de rectificar una inicial calificación probablemente equivocada.

d) Como se había intuído, la Oficina de Medicina Legal de Cali, acreditó la plena inimputabilidad del procesado al momento del insuceso. Sus conclusiones fueron de este tenor:

"El señor... en la actualidad no presenta síntomas ni signos de enfermedad mental. Una vez leído el expediente se infiere que el sindicado, en el momento de los hechos, padeció un trastorno mental transitorio producido por su embriaguez, que le impidió tener la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión y que no dejó secuelas posteriores". (Cfr. dictamen de julio 5 de 1982).