

PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL DELITO*

Doctor JESÚS BERNAL PINZÓN

El tema que he escogido para atender la muy honrosa y obligante invitación que me ha sido formulada por los organizadores de este Seminario sobre Derecho Internacional, no ha sido improvisado. Por el contrario, al hacer su elección he tomado en cuenta diversos factores que posiblemente puedan compendiarse en aquel aparte de los objetivos y fines del Seminario que tiene que ver con “las relaciones interdisciplinarias entre el derecho internacional y las otras ramas del derecho”, porque es indudable que entre las funciones especialísimas y fundamentales que tienen hoy todos los Estados del universo para lograr sus fines superiores y buscar la tranquilidad, el progreso, el bienestar en general, y la paz de sus súbditos, está el que se refiere a la necesidad de prevenir y sancionar o reprimir la manifestación de aquellas conductas que en el seno de una sociedad civil organizada dañan o son capaces de poner en peligro intereses de significativa relevancia para la estabilidad de la comunidad, y que jurídicamente reciben la denominación de *delitos*.

1. Me propongo hacer un somero examen de los efectos que con respecto a la prevención y represión del delito ha tenido la aplicación de las formas clásicas de lucha y que están consignadas en los códigos penales de los países, entre los que deben tomarse con especial atención los de América hispana. Se dice que con la expresión “política criminal” se quiere significar precisamente una política de lucha contra la criminalidad, por lo que algún autor ha propuesto que se le denomine más bien política “anti-criminal”. Persigue, como fin inmediato, la lucha contra las causas de ese flagelo social que se llama delito, y como fin mediato, la defensa de la civilización, o mejor sería decir, la defensa de aquellos intereses que en un determinado momento histórico el Estado considera como indispensables para su supervivencia, como comunidad organizada. De otra parte, y ese es uno de los temas centrales de este ensayo, se cuestionará sobre si los *medios* a través de los cuales los Estados han desarrollado esa política criminal o anti-criminal constituidos esencialmente por el conjunto de normas legislativas contenidas en los códigos penales, han dado los resultados esperados, y para el caso que la respuesta sea negativa, si no

* Trabajo presentado por su autor al Segundo Seminario sobre enseñanza del Derecho Internacional, Bogotá, 1979.

valdrá la pena que se realice un reexamen de tal situación y se ensayen otros procedimientos y otros sistemas con miras, si no a erradicar el fenómeno de la criminalidad, aspiración que resulta utópica, sí por lo menos a evitar que el mal que representa el delito invada otras zonas de la comunidad que antes se consideraban como inmunes a tal flagelo, y a procurar la reducción de su ocurrencia.

2. Resulta, además, apenas lógico que en un Seminario sobre temas relacionados con el derecho internacional se estudie, así sea brevemente, la posibilidad de que se pueda hablar, en el campo puramente jurídico, de un derecho penal internacional y de sus relaciones con el derecho penal interno de cada país.

Pienso que no sea discutible, a la altura de las últimas teorías del derecho penal moderno, que no es posible hablar técnicamente de un derecho penal internacional que estaría constituido por un conjunto de normas —Código Penal Internacional— obligatorias para todos los países signatarios y, desde luego, por lo menos hasta ese momento, irrealizable, por la simple razón de que aún no existe una entidad de naturaleza supranacional o supra-estatal en la cual se radique una jurisdicción, también supranacional, con potestad punitiva capaz de defender los supremos bienes jurídicos de la comunidad de las naciones contra las acciones criminales. Como es bien sabido de todos los ilustres internacionalistas que participan en este Seminario, fue después del conocido *Proceso de Nuremberg*, originado en el Acuerdo de Londres de 1945 y firmado por las potencias victoriosas en la segunda conflagración mundial, que el juez francés Donnedieu de Vabres propuso la creación de una Corte Internacional, propuesta que fue recibida con entusiasmo, pero que hasta la fecha no ha tenido realización alguna, pese a los esfuerzos que se han hecho en el seno de las Naciones Unidas.

Es casi seguro que uno de los más graves obstáculos que se presentan para la realización de la idea de una jurisdicción internacional es precisamente la de que los Estados no estarían dispuestos a hacer una especie de cesión a la aspirada Corte Internacional, de parte de su propia soberanía, para limitar, en esa forma, su potestad punitiva interna con respecto a las infracciones penales cuyo conocimiento estaría adscrito a esa jurisdicción internacional. Todo esto, se repite, por lo menos en estos tiempos, no se puede calificar más que como una utopía.

Bien sabido es, sin embargo, que en el continente europeo se han hecho significativos avances en este terreno, y así puede hoy hablarse de un tipo o modalidad de jurisdicción multinacional, con las debidas reservas respecto a su competencia, de la Comisión Europea y la Corte Europea para los Derechos del Hombre.

Esta necesaria digresión sobre temas que para mí constituyen novedad, no tiene, como es natural, la pretensión de decir la última palabra, sino que, como se dijo antes, se trata de examinar y determinar en lo posible las relaciones que existen entre el derecho internacional y el derecho penal, en este caso precisamente, en los puntos que se refieren a la política criminal y a sus más conspicuas manifestaciones como son las de la prevención y la represión de la delincuencia.

No se pone en duda, por lo demás, que si todo ordenamiento jurídico debe constituirse en relación con los hombres o con las personas, es decir, en todo caso para regular conductas humanas, es claro que la normación jurídica que constituye el derecho internacional, no puede considerarse como reguladora y en forma directa, de las conductas de los miembros o súbditos integrantes de una determinada comunidad organizada como Estado. La regulación de las conductas por las normas del derecho internacional, no se cumple, entonces, de manera directa sobre los ciudadanos, sino por medio de los ordenamientos internos de cada Estado, cuando a través de las convenciones o pactos internacionales, los países recogen en su normatividad interna la consignada en los tratados internacionales. Por ello, los ciudadanos del mundo no son sujetos de la norma internacional, ni son destinatarios de sus respectivos preceptos; no son, en una palabra, sujetos internacionales en sentido técnico, sino que las normas del derecho internacional tienen relación o vigencia frente a ellos, con fundamento en los ordenamientos de cada Estado.

3. El fenómeno de la prevención y represión de los delitos tiene entonces una especial dimensión y un significado *sui generis* respecto a las normas del derecho internacional que, como se dijo, por no obrar en forma directa, vienen “a crear obligaciones precisas en relación con los Estados contratantes o firmantes de los acuerdos internacionales sobre la materia”.

Con respecto a este tema, la doctrina más respetable afirma que son dos los principios que inspiran lo que se podría llamar Política Criminal Internacional, sin que tal denominación pretenda tener sentido o alcance técnico, sino más bien didáctico.

Existe el principio universal del deber de cada Estado de ejercer, en relación con los súbditos sometidos a su jurisdicción, la autoridad necesaria encaminada a la *prevención* y la *represión* de las conductas capaces de dañar o de poner en peligro intereses internacionalmente protegidos. De igual manera debe afirmarse la existencia del deber del mismo Estado de aplicar las condignas sanciones para el caso de que los hechos internacionalmente tutelados lleguen a ser lesionados por la conducta de los súbditos del Estado obligado.

Se ve ahora sí, con mayor claridad, que es por medio de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado como se puede atender a la tutela y protección de los intereses de derecho internacional, siendo discutible que existe la obligación para todos los Estados organizados sobre bases de civilización, de prevenir y reprimir las conductas criminales.

Como consecuencia de los desastres ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial fue que surgió, por primera vez, la idea de crear o de considerar la existencia de verdaderos delitos internacionales, o *delicta juris gentium*, si no como figuras diversas de las definidas en los respectivos ordenamientos internos, sí con dimensiones y características especiales.

De esa forma, por ejemplo, se dispuso la represión del *delito de genocidio* por determinación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948, y precisamente como consecuencia del ya citado Proceso de

Nuremberg en el que se juzgó a los llamados "criminales de guerra". El delito de genocidio, que consistiría en la "negación de la existencia" de un entero grupo humano, realizada su extinción por consideraciones étnicas, religiosas o raciales, es un crimen por el cual no puede atribuirse el interés de su prevención y de su represión exclusivamente a un Estado o grupo de Estados, sino a toda la humanidad.

Pero en este punto se ha querido presentar el Tribunal de Nuremberg como un modelo o principio de la deseada Corte Internacional, si se tiene en cuenta que allí los jueces a quienes se asignó la función del procesamiento de los "crímenes de guerra" eran originarios de diversos países en cuya representación obraron. Sin embargo, con todo acierto se ha sostenido que ese tribunal internacional no tuvo las características propias de una verdadera Corte Internacional, sino que simplemente las cuatro potencias victoriosas decidieron hacer, en conjunto, aquello que podría haber cumplido por separado cada una de ellas, o sea, juzgar a los delincuentes a quienes se les atribuía la comisión de hechos delictuosos contra la humanidad.

De esta forma se demuestra, aún con mayor evidencia, que la represión de delitos internacionales no se realiza con apoyo en las normas internacionales, sino con base en los ordenamientos jurídicos internos.

Bien está decir, para concluir con este aspecto del derecho internacional referido al derecho penal, que la existencia de delitos o crímenes internacionales tiene características muy propias, que en cierta medida pueden apartarse de las clásicas reconocidas para los delitos o infracciones comunes. Primeramente, habrá de decirse que el reconocimiento de los "delitos internacionales" obedece esencialmente a la gravedad de la lesión en cuanto que debe vincularse a intereses o bienes de patrimonio de la humanidad en su conjunto, o que la sociedad internacional considera lesionada en un determinado momento histórico. De esa forma se han instituido delitos de ese género, como el de genocidio de que ya se trató, el de piratería, los crímenes de guerra, y posiblemente llegue el momento en que sea necesario que los países de la comunidad mundial se interesen por el flagelo que constituye el consumo y tráfico de estupefacientes, frente al cual no puede afirmarse que exista apenas un interés local de ciertos Estados como exportadores o como consumidores, sino un interés de mucho mayor alcance, dadas las consecuencias que en todos los aspectos causa el consumo y el tráfico de estupefacientes.

Los llamados "delitos internacionales" por ser previsiones de naturaleza excepcional si se los compara con los delitos "comunes", plantean también, en relación con las medidas para su prevención y represión, algunas importantes cuestiones. Así, por ejemplo, frente a ellos y en determinadas circunstancias y condiciones, podrían no hallar aplicación los principios relativos a las *inmunitades diplomáticas*, cuya vigencia no se discute cuando se trata de la prevención o represión de delitos comunes.

De la misma manera pueden ser derogados o no aplicados otros principios relativos, por ejemplo, a la garantía reconocida por el derecho penal tocante

con la *irretroactividad de la ley penal sancionatoria*, que fue lo que sucedió en el caso de los "crímenes de guerra". Allí también se puso en tela de juicio otro principio reconocido por el derecho penal ordinario relativo a la exención de responsabilidad originada en la *orden superior*, en relación con quien la ejecuta.

En este mismo orden de ideas debe afirmarse que las normas del derecho penal internacional que tocan con los aspectos relacionados con la prevención y la represión de la criminalidad, constituyen límites para la aplicación de las normas del derecho penal interno con respecto a la comisión de delitos ejecutados en el extranjero, y según ciertos principios generales que se pueden sintetizar así:

a) El Estado no puede someter a su propia potestad punitiva acciones realizadas en el extranjero, por un extranjero, y para que ello pueda ser viable jurídicamente, se requiere la presencia de ciertos *elementos de relación significativa* que autoricen al Estado para aplicar su propia normación;

b) Tales elementos de relación o de enlace del derecho internacional con el interno, reconocidos mundialmente y que tocan con la punición de la delincuencia, son los que se vinculan a la territorialidad, a la nacionalidad del agente, a la defensa, al principio del derecho universal, al de la nacionalidad de la parte lesionada, etc. Existe asimismo, un límite impuesto por las normas del derecho internacional para la no aplicación de las del Estado y relativo a la circunstancia de que el hecho de que se trata no esté erigido como infracción penal en el país en donde se ejecutó la conducta delictuosa.

De igual manera, debe atenderse a la especial consideración y respeto que se origina de la aplicación de las normas del derecho internacional, al conocido aforismo latino del *non bis in idem*, es decir, que a un sujeto no se le puede sancionar dos veces por el mismo hecho.

No quedaría completo este bosquejo que se ha pretendido hacer sobre los aspectos del derecho internacional con relación al derecho penal, si no se hiciera referencia a la institución de la *extradición* que, conjuntamente con la asistencia judicial internacional, son el principal instrumento de la lucha común contra la criminalidad.

Con respecto a la *extradición* deberá hacerse especial referencia, por el significado que ello tiene, a las reformas propuestas a sus tradicionales y clásicos fundamentos. En este punto me refiero a las propuestas de reforma presentadas al Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en Roma en 1969, en donde se formularon propuestas de reforma sustanciales, así: primeramente, que para que sea solicitada y concedida la extradición de un delincuente que se ha refugiado en un país extranjero, no fuera necesaria la existencia de un previo tratado entre los dos países. Asimismo, se propuso la abolición del principio de *reciprocidad* que puede sintetizarse en estos dos términos: el Estado requerido de extraditar adhiere a la demanda del Estado solicitante solamente en la hipótesis en que este último esté obligado —en circunstancias análogas— a acceder a la extradición. La cláusula de *reciprocidad* constituye uno de los puntos vertebrales en el interior de las leyes de aquellos países en los cuales no es

tá reglamentada la extradición por tratados. La *ratio* de disposiciones de este tenor tiene, sin embargo, una evidente explicación. Se admite una limitación a la propia soberanía en cuanto a tal limitación corresponda otra del mismo alcance y significado. Es la aplicación del *do ut des* que se aplica muy frecuentemente en las relaciones internacionales. Se propuso igualmente la abolición del principio de la *previsión bilateral* que en la práctica da lugar a problemas de diversa índole relativos por ejemplo, *al nomen juris*, a la punibilidad, a los factores que entran en la tasación de la sanción, etc.

Se puso igualmente sobre el tapete el tema relacionado con la prohibición de extraditar delincuentes nacionales y delincuentes políticos, para afirmarse que, con respecto a los segundos, debería aceptarse la extradición cuandoquiera que se trate de crímenes de guerra, o de hechos sancionados o considerados como delitos internacionales, con la única excepción de que se demuestre que en el país solicitante no existen las suficientes garantías para el procesamiento del delincuente.

Entre los múltiples objetivos del derecho internacional debe destacarse el que busca la tutela de intereses que son patrimonio de la humanidad. Se quiere que la sociedad internacional provea por intermedio de instituciones idóneas y mecanismos que operan en el campo económico y social especiales condiciones de estabilidad, de progreso y bienestar del género humano.

Si se hecha un vistazo, así sea ligero, a la realidad existente en estos campos, se encontrarán instituciones como la Organización Mundial de la Salud, que busca la tutela de la salud física de la humanidad; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; la Organización para la Alimentación y la Agricultura; la que toca con el trabajo, con los transportes y comunicaciones —Unión Postal Internacional— etc., y finalmente ese documento trascendental que está contenido en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* aprobado en diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que debe convertirse en faro que ilumine a los gobiernos de todo el mundo para el logro de los fines esenciales de toda comunidad organizada civilmente que no puede ser otro que el bienestar, en el sentido amplísimo de la expresión, de los ciudadanos, y fundamentalmente el respeto a los valores que constituyen la condición de seres racionales que, por desgracia, todavía en esta época y so pretexto de una prevención delictiva, se ha visto ultrajado con medidas que atentan contra esos básicos principios recogidos en el documento universal.

La represión. La reacción más natural y si se quiere más lógica contra el delito, es la pena. Es la situación que se presenta con los seres vivos cuando reaccionan instintivamente contra el dolor. La reacción contra el delito que comenzó con la venganza privada, continuó con el talión y más tarde con la "composición", sigue constituyendo hoy un quebradero de cabeza de los filósofos, de los juristas, de los pedagogos y de todos aquellos que en una u otra forma se interesan por los problemas sociales entre los cuales tiene especial significación e importancia el delito, y fundamentalmente la terapia que debe utilizarse para su curación.

Si bien puede afirmarse hoy que el tema de la pena o de la sanción penal está prácticamente agotado con respecto a sus fundamentos, a su estructura, a la necesidad de su aplicación como reacción contra el crimen, no es así en cuanto a sus finalidades, sus propósitos, ya que los resultados logrados con la aplicación de las sanciones a través de los tiempos no coinciden con los esfuerzos que se han hecho.

La finalidad primaria, antes bien, única de la pena, es la tutela del derecho negado por el delito y restablecido por la sanción. Así, con estas sencillas palabras GIACOMO DELITALA, toma partido para afirmar que la pena no puede tener un significado distinto del simplemente *retributivo*. Hoy, se repite, aún subsiste el dilema: ¿mera *retribución* o también *prevención*? ¿*Punitur quia peccatur*? O ¿*punitur ne peccetur*? La pena penal debe tener simplemente el sentido y el significado del castigo, ¿o se le pueden adscribir fines utilitaristas relacionados con la prevención, o con la reeducación del delincuente? ¿Existe, se pregunta hoy la escuela de la nueva defensa social, un verdadero "derecho" del delincuente a que el Estado, mediante la aplicación de la sanción penal busque su resocialización, su readaptación, su reingreso al seno de la sociedad? Y si existe ese "derecho", ¿cómo y por cuáles procedimientos debe lograrse?

Este gran debate sobre la finalidad *retributiva* y *preventiva* de la sanción penal, llegó a su clímax con el nacimiento de la llamada Escuela Positiva del Derecho Penal a principios del siglo, cuyos fundadores CESARE LOMBROSO, RAFAELLO GAROFALO y ENRICO FERRI se enfrentaron a la llamada Escuela Clásica cuyo máximo exponente fue el inmortal FRANCESCO CARRARA. Si bien en sus orígenes las dichas "escuelas" se enfrentaron por razones de orden filosófico —libre albedrío o determinismo síquico— más tarde la situación rebasó los límites de la filosofía jurídica para trasladar en pleno el debate al campo de la política criminal, y fundamentalmente a las finalidades de la pena.

No es físicamente posible, desde luego, hacer siquiera un bosquejo del desarrollo de estos enfrentamientos, si es que así se los puede denominar, entre los distintos representantes de las dos tendencias, primero porque el tema es demasiado extenso y por lo mismo difícil de condensar en unas pocas líneas y, por otro lado, porque los propósitos de esta exposición no tienen las pretensiones de un tratado sobre la filosofía de la penología. Simplemente, y como se anotó al principio, de lo que se trata es de hacer un balance objetivo de los resultados que en los diversos países y especialmente en los de la América hispana se han logrado con la aplicación de los sistemas clásicos de la lucha contra el delito. No cabe ninguna duda, y es afirmación que encuentra respaldo en los textos de los códigos vigentes actualmente en estos países, que aquí, en la América, la orientación de la penología se ha hecho fundamentalmente sobre la consideración de que la pena no puede tener más sentido que el de *castigo*; de la simple *retribución*. Y si en algunos códigos, como el colombiano, por ejemplo, se han previsto instituciones con fines eminentemente *preventivos* con miras a luchar contra la criminalidad por senderos distintos a los de la simple retribución, tales institutos, procedimientos o sistemas, no han dado los resultados buscados y esperados con su creación, lo cual significa que si los gobier-

nos están definitivamente interesados en luchar contra la delincuencia, van a tener que cambiar esencialmente los presupuestos políticos, sociales, económicos, etc., sobre los cuales está montado el aparato punitivo y que no ha dado los deseados frutos, porque la delincuencia sigue *in crescendo*.

En estos tiempos se habla de reformas estructurales a los códigos penales, a la administración de justicia, e, inclusive, se buscan remedios con el cambio o reforma a sus propias estructuras, como está ocurriendo en Colombia con la proyectada reforma constitucional-judicial, pensando ingenuamente que, como en el refrán popular, la "fiebre está en las sábanas". Los penalistas de América Latina se reúnen en congresos con el propósito de elaborar un Código Penal Tipo para América Latina. Ya prácticamente está concluida esa labor realizada por los más grandes juristas del área latinoamericana. Pero si se examinan con ojo imparcial los fundamentos, la estructura y la filosofía que inspira ese llamado Código Penal Tipo, se advierte de inmediato que está casi calcado sobre la misma mentalidad retribucionista que es la que ha hecho crisis en esta segunda mitad de siglo. El Código Penal Tipo desde el punto de vista de sus fundamentos puramente jurídicos es una obra de tecnicismo jurídico, un elaborado engranaje de las diversas figuras delictivas que nada deja qué desear si se lo examina desde el ángulo estrictamente jurídico. Allí, las últimas novedades jurídicas de los países europeos, especialmente de Alemania, han encontrado, finalmente, su ubicación, pese a que aun en la misma Alemania están discutiendo sobre su bondad.

Entonces, los códigos penales de la América, como ha sido siempre, apenas son, en la mayoría de los casos, el recipiente o el albergue para recoger y ensayar teorías de otros países con ideologías, con idiosincrasias muy distintas a las nuestras. Por ello se advierte de inmediato el divorcio tajante, brusco, entre la ley y el derecho, entre la norma y la realidad, entre el positivismo legislativo y el realismo jurídico, entre el *país legal* y el *país real*, según la gráfica expresión de FOSCHINI. La política criminal del Estado, si es que ha habido alguna vez una, y si de ella debe formar parte esencialísima la elaboración de los códigos, no ha sufrido variantes de significación si se comparan los textos vigentes con los proyectos de elaboración, y con relación a los fundamentos, a las estructuras, a los fines, si es que alguno tiene, las leyes penales por medio de las cuales se persiga el delito.

Estos fenómenos de distanciamiento entre la realidad de la vida y el legalismo de los códigos, dio ocasión a que se hicieran muy serios planteamientos en otros países, como en Alemania, en donde los juristas tuvieron que ingeniar-se muy sutiles teorías, expresión clara de la mentalidad teutónica para tratar de acercar la norma a la realidad regulada por la misma. Luego, como es bien sabido, muchas de esas teorías que en principio tuvieron esa noble finalidad, fueron utilizadas con fines políticos para dar respaldo a movimientos como el Nacional Socialismo, de tan ingrata recordación.

Se elaboran nuevos códigos penales, se reforman las estructuras de la justicia, se expiden estatutos, se afirma una verdadera revolución en los sistemas punitivos, pero nadie sabe qué persiguen, qué se busca, si la situación que

va a ser regulada por las normas reformadas, por las grandes transformaciones de sus estructuras, sigue intacta. Todo esto parece que obedece a la presencia de diversas y nuevas manifestaciones de la delincuencia contra la cual se quiere luchar con los simples procedimientos del encarcelamiento de los delinquentes, de la privación de su libertad en las cárceles de *seguridad extrema*, como se las denomina ahora en Italia, reduciendo —como muy claramente lo expresa ALESSANDRO BARATTA— la *política criminal* a la *política de orden público*, como consecuencia de la preferente atención o desviación que se hace de los fenómenos de la criminalidad a los que se relacionan con el orden público interno de cada país, creando una especie de *terrorismo jurídico* o de terrorismo sancionatorio, sin considerar, como lo expresa FRAGOSO, que "el derecho penal tiene un papel secundario en la prevención del crimen en general. Esa observación parece ser aún más verdadera en relación con el terrorismo. Por lo tanto es necesario que el legislador se resista a la tentación de seguir el ejemplo de la irracionalidad, creando, a su turno, un "derecho penal terrorista", olvidando que el poder intimidativo de la pena, como lo afirmó BECCARIA, no reside en su gravedad, sino en la certeza de su aplicación.

Pero, naturalmente, al hacer todas estas reformas a la justicia, a las formas de su administración y a los procedimientos para la aplicación de las sanciones penales, se cubren las normas con un ropaje muy llamativo indicando que se trata de reformas que en nada comprometen las libertades ciudadanas, y que las mismas se hacen sobre la base del respeto a las igualdades democráticas, igualdades que apenas formalmente tienen tal significación, pero que en la práctica representan la manifestación de la más cruda desigualdad de los ciudadanos ante la ley, porque sin lugar a dudas no existe derecho más desigual que el derecho penal, si se toma en cuenta que quienes caen en las redes punitivas de las disposiciones penales no son propiamente los autores de la criminalidad económica, los de la criminalidad dorada, los delincuentes de cuello blanco, sino los delincuentes comunes, aquellos que carecen de influencias poderosas o que no cuentan con el respaldo de grandes abogados para su defensa.

En este mismo orden de ideas, escribe HELENO FRAGOSO, que "la administración de justicia en materia criminal constituye el aspecto más dramático de la desigualdad de la justicia, siendo aquí puramente formal y totalmente ilusorio el principio de igualdad ante la ley. Es importante tener presente que la criminalidad no es el atributo de personas que hacen parte de grupos marginados o que son considerados como tales. La identificación del delincuente con el marginado nace del hecho de que la justicia opera sobre todo frente a los pobres y desafortunados, que llenan las cárceles y constituyen la clientela del sistema. Ellos apenas si constituyen la llamada *criminalidad aparente*, incomparablemente menor que lo que representa la criminalidad oculta, en conjunto con la conocida, pero no denunciada, y con la denunciada pero que no es objeto de persecución. Como decía NOVOA MONREAL, el derecho penal es el derecho de los pobres, no porque los tutele o los proteja, sino porque sobre ellos exclusivamente se hace recaer su fuerza y su rigor. La experiencia demuestra que las clases más favorecidas son prácticamente inmunes al sistema represivo, del

que se libra, sea a través de la defensa eficaz, sea ya por la influencia o por el prestigio o por la corrupción. Los pobres que viven en los barrios bajos, son el blanco predilecto del aparato represivo policial-judiciario y cuando son cogidos, son virtualmente masacrados por el sistema. Son las grandes víctimas de las detenciones ilegales efectuadas en las batidas policiales, por el simple hecho de no portar documentos de identificación o de no tener cartera especial *asignada*. Solamente los pobres son detenidos por vagancia, contravención que no puede ser ejecutada por los ricos, en una discriminación que hace que el precepto sea inconstitucional. Vagabundo rico, puede; vagabundo pobre, no puede”¹.

De igual forma, ALESSANDRO BARATTA, en su magnífico ensayo sobre la “criminología crítica y política criminal alternativa”², dice que la criminalidad es “*un bien negativo* distribuido en forma desigual según la jerarquía de los intereses fijados en el sistema socio-económico y según la desigualdad social de los individuos. «Criminal» es, en efecto, frente a la opinión pública, el que ha estado sometido a sanciones estigmatizantes, es decir, en la práctica, el que forma o ha formado parte de la población carcelaria. «El máximo *chance*» de ser sometido a sanciones estigmatizantes (la cárcel y las otras instituciones globales) aparece definitivamente en relación con la condición de pertenecer a los estados sociales más bajos (subproletariado y grupos marginales), mientras que la situación precaria que el individuo tiene en el mercado de trabajo (desocupación, subempleo, falta de calificación profesional) conjuntamente con características negativas de la socialización familiar y escolástica, también presentes de manera particularmente elevada en los niveles sociales más bajos, constituyen las variantes más significativas”.

Recientemente se llevó a cabo en Italia, bajo los auspicios de la Universidad de Camerino, un congreso con la participación de eminentes penalistas con el fin de realizar un examen sobre las “Orientaciones para la reforma del Derecho Penal”. Entre las diversas intervenciones del congreso, tomo unos apartes de la del profesor FRANCO MARRONE, quien, entre otras cosas, y luego de la necesaria referencia a los fines del congreso presentados por su relator —profesor MARCELLO GALLO—, expresó que deseaba comenzar su intervención leyendo una carta de un detenido de S. Vittore en Milán “por cuanto que también los detenidos hacen parte de la sociedad civil y, diría, son los protagonistas de las vicisitudes del derecho penal”. La carta sintetizaba bastante bien el estado de ánimo de quienes han comenzado a adquirir conciencia política de su posición en el curso de las luchas que se han desarrollado en los últimos años en el interior de las cárceles italianas. Dice la carta: “La clase dominante continúa enjuagándose la boca puerca con las palabras de la reforma carcelaria y del ordenamiento penal y reduce las improrrogables solicitudes de los detenidos para una vida más humana a simples debates teóricos a nivel de convenciones y pro-

puestas del todo doctrinarias y conducidas sobre el hilo del engaño y de la irrealidad, eludiendo de propósito el examen de los aspectos sustanciales del problema”. El aspecto fundamental del problema es el de saber a quién y para qué cosa sirven el derecho penal y el actual sistema carcelario. El verdadero problema, por tanto, no está en el interior del mundo carcelario, sino en su exterior, y tiene que ver con quienes van a la cárcel y por qué se va a ella en un sistema clasista como el nuestro. Según los datos recogidos por RICCI y SALIERNO para el año de 1969, en aquel año la población carcelaria era de aproximadamente 400.000 personas, de las cuales el 12% eran analfabetas, el 75% tenían solamente instrucción elemental, el 12% instrucción media, y menos del 1% tenían instrucción universitaria.

Los datos no necesitan comentario alguno ¿Para qué sirve la cárcel? Para aislar a los asociales, a quienes no están integrados en este tipo de sociedad, y para disuadir a otros “potenciales delincuentes” del delito. Naturalmente la casi totalidad de aquellos que no se integran pertenecen a las clases subordinadas. Todos sabemos que estos asociales, estos enfermos, al menos en la gran mayoría, no están detenidos, y que, por el contrario, enferma es la sociedad que los produce. Si esta es la situación, es obvia la deducción de que una verdadera reforma no debe buscar tanto el mejoramiento de las cárceles, lo cual también tiene su importancia, sino más bien debe tender a eliminarlas. Por lo consiguiente deben ser propuestas aquellas reformas que se traduzcan en una progresiva reducción del poder de represión y que sean concretamente realizables porque corresponden al nivel de conciencia política de las masas populares³.

De esta forma, se puede afirmar sin excesos que el remedio que en la actualidad se utiliza a manera de política criminal, y que se basa esencialmente sobre la sanción privativa de la libertad, con sabor puramente retribucionista o de castigo, se ha convertido o se está convirtiendo en uno de los factores de mayor estímulo de la criminalidad, si no de toda, sí por lo menos de cierto tipo de criminalidad identificable por sus claros orígenes provenientes de las desigualdades que en todos los órdenes de la sociedad moderna se viven y que requiere un replanteamiento de la situación sobre la base de que se acepte, sin reservas, que en ciertos casos, los más, la cárcel representa precisamente la consolidación de una carrera criminal, lo cual significa que el sistema punitivo montado sobre el castigo y la simple retribución, ha hecho crisis. Y que, además, entre otros instrumentos de política criminal, el derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado para afrontar esa lucha, salvo que se lo considere, como dice BARATTA, no como un sistema estático de normas, sino como un sistema dinámico de funciones que lleve a la revisión de los sistemas punitivos para que se estructure o se forme una política criminal que considere la revisión de las estructuras político-sociales que son el caldo de cultivo del delito. Es decir, de una política criminal que considere la posibilidad de una transforma-

¹ H. C. FRAGOSO, “Igualdad y desigualdad en la administración de justicia”, en *Derecho penal y derechos humanos*, 1977, págs. 28 y ss.

² *La questione criminale*, 1977, págs. 339 y ss.

³ *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Jovene, 1976, pág. 33.

ción social e institucional en sentido amplio, y no se quede, como está sucediendo hoy en la mayoría de países, en simples reformas a los códigos penales y de procedimiento, porque, se repite, la experiencia nos ha enseñado a través de los siglos, que tales sistemas no han dado el resultado deseado.

Por lo mismo, se sostiene por los patrocinadores de la política criminal alternativa, que lo primero que deberá hacerse es la revisión de los códigos en procura de buscar una "despenalización" de las conductas, buscando una apertura de la prisión hacia la sociedad, para evitar que el ejército de marginados por los factores estigmatizantes del encarcelamiento sigan engrosando esa turba de delinquentes potenciales o efectivos que amenazan seriamente con la estabilidad de la sociedad.

Atendiendo posiblemente a todas estas inquietudes, o a otras semejantes, se fundó en el año de 1949 la Société Internationale de Défense Sociale, que publicó con esa ocasión un "programa mínimo" que contiene las bases sobre las cuales se puede construir una política criminal vista sobre una nueva concepción de la llamada defensa social. De ese "programa mínimo" se destaca uno de sus importantes principios:

La lucha contra la criminalidad debe ser reconocida como una de las tareas más importantes que incumben a la sociedad.

Y al pronunciarse el congreso sobre los "principios fundamentales del derecho criminal", dijo que era necesario "reconocer que el verdadero fin del derecho criminal no es otro que el de la protección de la sociedad y de sus miembros contra la criminalidad"; y agregaba: "persiguiendo este fin, conviene asegurar como primera cosa el respeto a los valores humanos y convencerse de que no se puede, en buena conciencia, exigir de los delinquentes una conducta intachable si no se observa en relación con ello, métodos conformes con los principios de nuestra civilización. La política criminal debe inspirarse en la tradición humanística, base de nuestra cultura".

MARC ANCEL, uno de los más prominentes difusores y defensores de la política criminal que se orienta sobre la "nueva defensa social" escribe que el significado que modernamente se le da a tal expresión "se presenta, en primer lugar, como una reacción contra aquel sistema únicamente retributivo. Antes bien, y precisamente en este sentido, el término de 'defensa social' adquiere una dimensión o, si se prefiere, una nueva autonomía; él implica una concepción renovada de la lucha contra la delincuencia; presupone, más allá del derecho penal entendido como técnica jurídica, una política criminal deliberada y fundada sobre datos de las ciencias sociales y de la criminología. Esa política criminal se basa sobre una premisa esencial: puesto que el delito es un hecho social y un acto del hombre, el suceso no puede considerarse concluido con la calificación jurídica y la aplicación de una pena legal: debemos aún comprender el delito en cuanto fenómeno socio-individual, prevenir la comisión o la reiteración, estudiar la actitud que debe tomarse frente a su autor, más allá de la calificación dictada por el Código"⁴.

⁴ MARC ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966, págs. 25 y ss.

Y reconociendo y respetando los derechos humanos del delincuente para tratarlo, no pretendemos cambiar —como lo afirmaba ese gran retribucionista que fue MAGGIORE— un derecho penal por un derecho *premier*, ya que de lo que se trata es de humanizar al máximo el derecho penal sobre las bases del respeto a la persona humana, a los valores morales e individuales que hay que reconocer en todo ser y, fundamentalmente, que se entienda que el derecho penal no es apenas y simplemente el albergue o el recipiente de un sinnúmero de teorías, sin contenido real, sin relación alguna con la vida de la sociedad, sino una ciencia que tiene que acercarse, que debe acercarse cada día más a la realidad para que no se convierta apenas en una especie de gimnasio intelectual, en el cual, además, y como lo anota con tanta autoridad ANTOLISEI, se utiliza un lenguaje extremadamente especializado que se presenta casi como una jerga.