

COMENTARIO DE CUADERNOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL. CRIMINOLOGÍA. TEORÍA Y PRAXIS, AÑO III, NRO. 3, AD-HOC, BUENOS AIRES, 2005

LUCAS GUARDIA

I. LA REVISTA

Los enfoques otorgados por las disciplinas sociojurídicas determinan una visión holística sobre concepciones normativistas en cuanto a su formación e integración.

Determinado así, el estudio sobre las conductas desde este plano toma un impulso crítico en cuanto escapa de una noción bartolista de derecho.

En este sentido, el volumen comentado se encuentra integrado por artículos que analizan desde posturas realistas, las percepciones que los actores sociales participantes revisten al desarrollo de cuestiones actuales: la relación delito-política, la conflictividad del sistema penitenciario español, la crisis sentada sobre la psiquiatría-psicología y su incidencia en la formación conceptual de peligrosismo, las comprensiones hermenéuticas de la pena y la perpetuidad para los menores y, finalmente, la amenaza creciente desde nuevos modelos "managerialistas" como consecuencia de formas políticas globalizantes y su relación con la "seguridad".

La importancia de plasmar nuevas discusiones permite plantear una fuente deliberativa que analice postulados preconcebidos acríticamente, muchas veces, carentes de la racionalidad propia de un Estado de Derecho.

De esta manera, los ámbitos en los que se indaga son reconocidos de una forma más amplia para su estudio, ya sea desprendiéndose de un mero punto de vista normativo o a través de una crítica de los fundamentos esgrimidos desde posturas antagónicas.

II. UNA VISIÓN IMAGINATIVA DE LA RELACIÓN DELITO-POLÍTICA

El primero de los artículos que contiene la revista en cuestión es "Delito y política: vea la diferencia", de Stanley Cohen. En primer lugar, intenta rescatar una forma de análisis de la relación mencionada, tomando como

basamento, por un lado, el texto *Becoming Deviance* de David Matza, y por otro, *The Night Manager* de John Le Carré.

La relación descripta (delito-política) contempla variaciones que se complejizan a medida que su enfoque es analizado con una mayor politización. El primer impacto producido provino, según el autor, desde las críticas vislumbradas en los “diagramas de poder” como factor determinante de las prácticas de “governabilidad”¹, en tanto que en el ejercicio de poder y la gestión de las poblaciones por parte del Estado a través de la utilización del saber de la economía política y el control de los dispositivos de seguridad ataban a los individuos a formas concretas de disciplinamiento.

De esta forma, la sujeción de las personas permite ejercer un “gobierno” sobre ellos en el cual se estructurará el posible campo de acción de otros, donde se circunscriben los mecanismos que une política y económicamente a los individuos².

Esta utilización política dentro de las categorías de delito permitirá que la criminología tenga un papel considerado y relevante. Así también, señala Cohen, nuevos estudios devendrían con posterioridad al análisis genealógico realizado por Foucault: tal es el caso del sociólogo británico David Garland³, que describirá y criticará el desenvolvimiento del delito y el castigo, siendo este último una “compleja institución social” con mayor carácter abarcativo que el meramente político.

Continuando con el análisis sobre el texto de Matza, Stanley Cohen revela cómo la segunda forma de politización se ve producida por las políticas de “ley y orden”⁴ y una forma extendida de control social.

En tercer lugar (que Cohen considera dio mala reputación a la cuestión de la politización)⁵, se intenta rescatar al delincuente de las presunciones positivistas de determinismo biológico, observando al delito como expresión, símbolo de resistencia política o subgénero politizado del orden burgués capitalista⁶.

¹ FOUCAULT, Michel, “La gubernamentalidad”, en *Espacios de poder*, La Piqueta, Barcelona, 1992.

² FOUCAULT, Michel, *El sujeto y el poder* (trad. de E. Garavito), Carpediem, Bogotá, 1991, ps. 86/88.

³ GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de control social* (trad. de Berta Ruiz de la Concha), Siglo XXI, México, 1999.

⁴ Un análisis amplio en PLATT, T. - TAKAGI, P, “Los nuevos realistas de ley y orden”, en *Capítulo Criminológico*, nro. 6, Maracaibo, 1977.

⁵ COHEN, Stanley, “Delito y política: vea la diferencia”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología. Teoría y Praxis*, año III, nro. 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 19.

⁶ PASHUKANIS, Evgeni, *Teoría general del derecho y marxismo*, Labor, Barcelona, 1976.

Es así que comienzan a erigirse figuras que personifican un sentido heroico del delincuente, donde, señala Cohen, se celebra la violencia liberatoria al estilo de Herbert Marcuse o Frantz Fanon.

La denostación de esta forma de entender el complejo tramado social sería inmediata: el sufrimiento de las víctimas no reconoce “héroe” que cueste su dolor. No obstante, es significativo que a pesar de los excesos de romanticismo en la figura del delincuente, no se pierda el sentido político del delito.

Seguidamente, el autor cree reconocer en los “delitos de los poderosos”⁷ una nueva politización de la noción de delito al entender en la existencia de crímenes callejeros una simple mistificación, siendo en realidad las grandes empresas y el Estado los infractores principales del derecho.

Por último, dentro del análisis del texto de David Matza, encuentra en el feminismo una nueva conceptualización que conjuga ambos significados, siendo la apoteosis del delito y la política. En esta dirección, se orienta a identificar la violencia desde la masculinidad, donde las cuestiones de género⁸ cobran importancia como imposición de cierto poder y la esfera pública y privada se ve deconstruida denunciándose la pornografía, el acoso sexual, la discriminación, etcétera.

La segunda parte del trabajo se dirige no tanto en la dimensión política, sino en las formas en que la cuestión del delito surge y se desarrolla a través de la sustancia y el discurso de la vida política contemporánea.

La “guerra contra el crimen” aparece como la nueva sentencia de los operadores políticos cuya orientación implicará el ejercicio de un control del delito que contenga un aumento de la participación del sector privado, un modelo del delito como riesgo a ser calculado⁹, una política que intente modificar el bienestar de las víctimas de la vida cotidiana¹⁰, además, la exigencia de responsabilidad que parece asumir caracteres de disciplinamien-

⁷ SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, Dryden, Nueva York, 1949; WRIGHT MILLS, Charles, *La élite del poder*, Oxford U.P., Nueva York, 1956, etcétera.

⁸ Desde diferentes posiciones se acentúa el componente de género como cuestión que escinde el ejercicio efectivo de los derechos. Desde una postura que concibe que “el derecho es sexista”, O'DONOVAN, Katherine, *Sexual Divisions in Law*, Weidenfeld and Nicholson, Londres, 1985. Una segunda tesitura con una profunda crítica al liberalismo califica al derecho de “masculino”, MAC KINNON, Catherine, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Boston, 1987. Por último, con énfasis en sostener que “el derecho tiene género”, HOLLWAY, W., “Gender difference and the production of subjectivity”, en AA.VV., *Changing the Subject*, Methuen, Londres, 1984, p. 237.

⁹ Notable influencia en esta concepción tuvo el movimiento “*Law and Economics*”. Así en BECKER, Gary, “Crime and punishment: an economic approach”, en BECKER, Gary - LANDES, William (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Columbia University Press, Nueva York, 1974.

¹⁰ En este sentido, también David Garland, al entender la existencia de una nueva “criminología de la vida cotidiana”, en GARLAND, David, *La cultura del control* (trad. de Máximo Sozzo), Gedisa, Barcelona, 2005, p. 53.

to informal y se manifiesta en proyectos como *Neighbourhoodwatch* o *Crime Concern*.

Para finalizar, Cohen concluye que sería posible optar por la respuesta de los deconstructivistas y posmodernos en señalar que “delito y política deben ser vistos como expresiones cuyos significantes estén en flotación libre, capaces de permitir un pasaje infinito de una esfera a otra”¹¹.

III. EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL

El segundo trabajo de este volumen analiza las divergentes reformas posteriores a la Constitución española de 1978. En este sentido, el trabajo de Iñaki Rivera Beiras, *La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)* refleja las consecuencias que generó la sanción de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) dentro del contexto socialdemocrático que acarrea la nueva Constitución.

Señala el autor español cómo la aprobación de la LOGP constituyó una iniciativa que no tuvo en cuenta a los portadores de los reclamos por lo que se generó un movimiento social carcelario como consecuencia de la liberación de presos políticos, mientras que los denominados “presos sociales” debieron iniciar una serie de reclamos para recuperar su libertad¹².

Por otra parte, se advierte sobre la penetración de la cultura de la emergencia como nueva racionalidad impuesta. En este sentido, Bergalli explica que “lo excepcional se fue convirtiendo en habitual o regular y todas aquellas vulneraciones que comportaban las leyes antiterroristas que están en la base teórica (aunque no práctica) de los sistemas europeos de justicia criminal, se fueron incorporando ‘legalmente’ a los ordenamientos jurídicos”.¹³

Las nociones sobre emergencia comienzan, al decir de Rivera Beiras, a sustituir las razones jurídicas, cuya interpretación se dirige a mantener un orden a costa de deslegitimar los fundamentos de un Estado de Derecho.

No obstante, debiéramos remarcar causas ineludibles que surgen del estudio del surgimiento de las legislaciones de emergencia: una posición geopolítica imperante de determinadas racionalidades provoca que la legalidad y el orden constitucional de los Estados sea quebrado.

En esta dirección, el autor describe las consecuencias de una política penitenciaria de emergencia. Así, se producirá un corrimiento (o ausencia)

¹¹ COHEN, Stanley, “Delito y política: vea la diferencia”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología. Teoría y Praxis*, cit., p. 42.

¹² RIVERA BEIRAS, Iñaki, “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología. Teoría y Praxis*, cit., nota 2, p. 51.

¹³ BERGALLI, Roberto, “La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España”, en *No Hay Derecho* nro. 7, año III, septiembre-noviembre de 1992, p. 40.

de garantías esenciales con la construcción de “cárceles de máxima seguridad” y de “macrocárceles” cuyo nivel de violencia será superior a los ordinarios.

La política penitenciaria de emergencia se orientará, entonces, hacia dos reformas como consecuencia de la lesión a la razón jurídica. Por un lado, la instauración de “ficheros internos especiales” (FIE) para controlar sofisticadamente a determinados reclusos. Por otro lado, se aplicará una política de dispersión consistente en la persecución criminalizante de familiares de terroristas, en especial, de la ETA.

Construido así el sistema disciplinante, termina convirtiéndose en una nueva pena dentro de la ya existente. El inexorable menoscabo de derechos fundamentales provocado por la emergencia penitenciaria está presente con una agravación inhumana o degradante de la pena, en tanto se viola la prohibición de la doble punición ¹⁴.

El continuo ultraje a las personas privadas de libertad que significa el sometimiento a un sistema penitenciario de emergencia es lo que hace concluir a Rivera Beiras, dentro de la primera parte del trabajo, la existencia de una “construcción de ciudadanos de segunda categoría” ¹⁵ por parte del reformismo, provocado por la existencia de “unos” derechos para quienes viven en libertad, y “otros” para quienes están condenados, característica de carácter irracional dentro de un Estado de Derecho, en tanto una condena penal sólo significa una pérdida de la libertad sin hacerla extensiva al resto de los derechos ¹⁶.

Para finalizar, el trabajo realiza un retrato sociológico del sistema carcelario español reconociendo una enorme disfuncionalidad debido a la selectividad excesiva sobre el sector vulnerable de la sociedad.

IV. LA PSICOLOGÍA-PSIQUIATRÍA Y SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE PELIGROSISMO CRIMINAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El tercer artículo está escrito por Florencia Hegglin e intenta realizar un estudio integral sobre los diferentes discursos de la psiquiatría y la psi-

¹⁴ ZAFFARONI, Raúl, “Las penas crueles son penas”, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 66, 1996, UBA-Abeledo-Petrot, Buenos Aires, ps. 13/28.

¹⁵ Así también en RIVERA BEIRAS, Iñaki, “La construcción jurídica de unos derechos de segunda categoría (los derechos fundamentales de los reclusos en España)”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

¹⁶ FRAGOSO, Helenio Claudio, “El derecho penal de los presos (los problemas de un mundo sin ley)”, en *Doctrina Penal*, nro. 14, año 4, abril-junio de 1981, Buenos Aires, ps. 227/259. También en RIVERA BEIRAS, Iñaki - SALT, Marcos, *Los derechos fundamentales de los reclusos: España y Argentina*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999.

cología española. Consecuencia de sus estudios doctorales —*El juicio de peligrosidad en el derecho penal español. Contradicciones del discurso*— traza una revisión sobre los diferentes discursos que fundan la intromisión de la psiquiatría-psicología en las ciencias penales.

Debemos aclarar, en principio, qué papel cumple la psiquiatría al introducirse en la racionalidad punitiva: según Foucault, ésta se normativizó a través de la “despatologización”¹⁷ del objeto, que fue la condición para que el poder de la psiquiatría pudiera generalizarse.

El estudio comienza analizando el juicio de peligrosidad criminal en el discurso de la psiquiatría y la psicología española. Las distintas posturas esgrimidas desde teorías biológicas, psicológicas y multifactoriales ocupan un espacio en la discusión de objetivación que ocupa el sujeto y los factores que lo arrastran a convertirlo en “peligroso”.

Así también, señala la imprecisión de los peritajes que es remarcada por la sentencia esgrimida por Hilde Kauffman en la que “no existe la observación completamente neutral”¹⁸. De hecho, las diferentes formas de entrevistar (suave, neutral y dura) determinan la relación entre el individuo y la psiquiatría.

Posteriormente, se cuestionan las preconcepciones que rodean a la peligrosidad criminal otorgando importancia a la crítica de Roberto Bergalli sobre los diferentes enfoques otorgados a las características propias del individuo, a la relación grupo-individuo, y a la relación comportamiento-ley. También la construcción de un concepto científico de peligrosidad criminal es estudiada con relación a la aplicación de medidas de seguridad teniendo en cuenta, además, que existe una sujeción casi automática al dictamen de los peritos.

Por último, concluye la autora su trabajo advirtiendo cómo teorías biológicas mantiene su vigencia, a pesar de ser las teorías de origen multifactorial de la criminalidad las que dominan el discurso. Luego, intenta reconocer la reacción penal dentro del sistema español frente al peligrosismo criminal, señalando cómo del Código Penal español y la doctrina dominante surge una noción de peligrosidad criminal postdelictual¹⁹. Además, aclara la postura del Código Penal español actual, la cual con la sanción del

¹⁷ Un análisis extenso en FOUCAULT, Michel, *Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975)*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

¹⁸ KAUFFMAN, Hilde, *Ejecución penal y terapia social* (trad. de Juan Bustos Ramírez), Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 153.

¹⁹ HEGGLIN, Florencia, “El juicio de peligrosidad en el derecho penal español. Contradicciones del discurso”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología. Teoría y Praxis*, cit., nota 2, p. 51.

art. 6° impone límites a la duración y a la gravedad de la medida de seguridad intentando cumplir principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad.

Así, finaliza su conclusión demostrando que si bien en el caso de los informes periciales en general se acepta sin demasiadas objeciones la libertad de valoración de la prueba, no se adopta la misma posición para el peritaje psiquiátrico o psicológico.

De esta forma, el papel de las ciencias psiquiátricas dentro de las relaciones sociales toma un cariz regulador. En este sentido, afirmaba Marí que la relación locura y desorden "nos habla de una obcecación histórica que promueve valores sociales a su alrededor, nos habla de que este enlace pertinaz entre una enfermedad mental perteneciente al campo empírico a las ciencias fácticas y lo ético-normativo forma un tejido estampado a fuego en las creencias de la sociedad, con emergencia y efectos en los mismos textos de esas ciencias donde lo fáctico se mezcla con lo moral"²⁰.

V. EL TIEMPO Y LA PERPETUIDAD DEL DOLOR

Otro de los trabajos que contiene el número de *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología. Teoría y Praxis* es "Tiempo de pena, tiempo de vida. Reflexiones sobre la prisión perpetua de menores", de Ana Messuti. La dirección en la que se orienta la reflexión de la autora tiende a revelar el carácter lacerante del factor tiempo en la pena.

Así, avizora cómo a pesar de que nunca los años de la pena se dejen meramente de calcular, existe otro cálculo que hace estallar la medida por la cual la pena se "desmesura". En esta dirección, todas las reflexiones sobre el tiempo de la pena²¹ se invierten en el menor ya que el tiempo de vida vivido pierde relación por el tiempo de vida por vivir.

De esta manera la perpetuidad parecerá más extensa²². También pone el acento en la lectura de Paul Ricoeur, quien señalaba cómo la autonomía y la vulnerabilidad se cruzan en el mismo universo de discurso, el de sujetos de derecho. La simbología del orden representa una esfera inexorable, un ámbito en el que el mal configura sus propios sujetos²³.

Se señalan, además, las metas absurdas de otorgar finalidades a las cárceles de construir individuos para una sociedad libre desde una sociedad cerrada.

²⁰ MARÍ, Enrique, "Castigo y locura", en *No Hay Derecho*, nro. 7, cit., p. 38.

²¹ MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena*, Lerner, Córdoba, 1989.

²² MESSUTI, Ana, "Tiempo de pena, tiempo de vida. Reflexiones sobre la prisión perpetua de menores", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología. Teoría y Praxis*, cit., p. 176.

²³ RICOEUR, Paul, *Una introducción a la simbología del mal*, Columbia. Buenos Aires, 1977.

Determinado de esta forma, el análisis liminar detenta los diferentes niveles de comprensión hermeneútica de la imposición de la pena: de la precomprensión a la comprensión, la relación entre las partes y el todo, y por último, la norma y su aplicación.

Finalmente, revisando sentencias aplicadas a menores de edad en la Argentina advierte la autora basándose en información de UNICEF la omisión de principios constitucionales. Sin duda, la imposición de dolor que implica una pena se agrava cuando se acude a la perpetuidad ²⁴, sobre todo en una vida que aún no ha comenzado.

VI. EXCLUSIÓN, SEGURIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como consecuencia de la conferencia dictada en el 9º Seminario IBCCRIM, *Seguridad insegura: el concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico* ²⁵ se enmarca como advertencia de las peligrosas teorizaciones de carácter más pragmático que se realizan sobre política criminal desde sectores neoconservadores.

En esa tesitura, Gabriel Anitua tiene como objetivo brindar un concepto de seguridad de raigambre jurídica y humanista, a fin de evitar una utilización del término que quiebre los espacios ganados a la arbitrariedad.

No obstante, no escapa a su análisis la continua creación de factores que contribuyan a un sistema que alimenta el miedo. De esta forma, se refiere, en primer lugar, a los problemas que la globalización engendrará fundando un orden mundial caracterizado por la multiplicidad y la ausencia de integralidad. Esta ausencia de integralidad será la que provocará un aumento en la sensación de seguridad, donde el factor miedo será trascendental.

La esfera política, en tanto, se ausenta en el nuevo orden globalizador subordinado a la esfera económica ²⁶ donde se pone de manifiesto la re hegemonización del principio del mercado por sobre el del Estado y la comunidad ²⁷, donde la desregulación impone una “mercadocracia”.

El segundo punto de vista del autor trata de la utilización del miedo como fundamento del control expandido de la vigilancia total. En este orden, se gesta un nuevo sistema de justicia penal actuarial; la política crimi-

²⁴ BORGES, Jorge Luis, “La duración del Infierno”, *Discusión*, en *Obras completas 1923-1972*, Emeccé, Buenos Aires, 1974, p. 236. La analogía con el Infierno es inevitable. Señalaba Borges que “el atributo de eternidad es el horroroso”.

²⁵ Publicado también en RBCCRIM, San Pablo, Dos Tribunales, 2004, ps. 293/315.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt, *Legisladores e intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales* (trad. de Horacio Pons), Universidad de Quilmes, 2005, ps. 265/266. El Estado como instrumento de remercantilización en el nuevo orden mundial.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza, *Estado, derechos y luchas sociales*, Bogotá, 1999.

nal del riesgo pretende así realizar un control autorreferenciado, se vuelve un fin en sí mismo. Cobra importancia la visión práctica desde el neoconservadurismo al asegurar una legitimación sin razón.

De esta manera, señala Anitua que en esta situación la comunidad se colapsa y es necesaria la reinención. Reinención que generará la bifurcación de identidades, proyectando una identidad aborrecible y produciéndose una “endemonización” del otro ²⁸.

No obstante lo expuesto, el autor nos brinda como salvaguarda un concepto de seguridad que evite la utilización de ésta como fundamento de una irracionalidad punitiva. De esta manera, el concepto de seguridad sólo puede ser visto como un derecho básico de las personas, un derecho humano que integra el catálogo de aquellos que deberían extenderse a todas las otras personas.

En resumen, la revitalización de una fundamentación humanista que resguarde a las garantías es propuesta desde un lugar crítico a las políticas actuales. De esta forma, podremos evitar “la bulimia tardomoderna que consume y asimila masas de personas” ²⁹.

²⁸ YOUNG, Jock, *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia de la modernidad tardía* (trad. de Roberto Bergalli y Ramiro Zagarduy), Marcial Pons, Barcelona, ps.154 y ss.

²⁹ YOUNG, Jock, *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia de la modernidad tardía* (trad. de Roberto Bergalli y Ramiro Zagarduy), cit., p. 133.