

El sistema penal contemporáneo: una forma violenta de control social*

Roberto Bergalli

Universidad de Barcelona, España.

Introducción

Las relaciones que se establecen entre la violencia (V) y el sistema penal (SP), que están en el origen de éste, son las propias que justifican y legitiman la aparición del Estado moderno. Esta afirmación se apoya en toda la tradición de ciencia política que ha explicado la Modernidad, a partir de la necesidad de concentrar la V en manos del Estado para mantener el orden social. Siendo ésta una explicación simple, pero vastamente aceptada por la cultura política occidental, no me parece que requiera aquí un mayor comentario. No obstante, conviene adelantar ahora que esta explicación permite subrayar desde ya que, en el marco de esa tradición, se han desenvuelto las reflexiones en Europa continental en torno a lo que actualmente se denomina como *control social*.

Max Weber fue quien tradujo en clave **politicológica**, sobre todo en su dimensión política-institucional, el carácter de la centralización del "monopolio de la

* Este texto se corresponde en buena parte con el que ya ha sido publicado bajo el título de *Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal en Sistema. Revista de Ciencias Sociales* n° 132-133, junio 1996: pp. 129-143. Madrid, fascículo monográfico sobre *Violencia y Política*, coord. E. Reinares.

fuerza legítima" por el Estado moderno. Esta mención permite comprender mejor el significado histórico de tal centralización poniendo en resalto, más allá del aspecto organizativo y funcional que supuso, la evidencia genuinamente política que consiste en la propensión hacia la superación del **policentrismo** del poder en favor de una concentración del mismo en una instancia **tendencialmente** unitaria y exclusiva. La historia del nacimiento del Estado moderno es la historia de esta **tensión: del sistema policéntrico** y complejo de la señorías de origen feudal se llega al Estado territorial, centralizado y unitario, a través de la así llamada racionalización de la gestión del poder y, por lo tanto, de la organización política, dictadas ambas por la evolución de las condiciones histórico-materiales (v. *Schiera* 1990: 1129).

La expresión más evidente de la pauta centralización del monopolio de la fuerza legítima en ese proceso es la aparición de lo que se conoce como el **SP**. De este sistema me ocuparé en la presente contribución, pero no dando de él las características propias que lo presentan como tal expresión (que ya hice hace diez años, cfr. *Bergalli* 1985), sino procurando destacar que, a partir de las desviaciones en las que ese **SP** ha recaído contemporáneamente, se han desvirtuado así los rasgos esenciales con los que fue edificado por el pensamiento **iluminista**.

En efecto, como es sabido, **utilitarismo**, **racionalismo abstracto** y **antihistoricismo** son los rasgos principales de las concepciones jurídicas del Iluminismo y de ellos se informan las teorías del derecho penal las cuales arraigan en ese híbrido **eclecticismo** que constituyó aquel movimiento de ideas.

Las consecuencias principales en el campo del derecho penal son naturalmente aquellas que explican *los fines de la pena* (cfr. *Spirito* 1974: 78). Sin embargo, también en el campo de la *definición del delito como ente jurídico*, el iluminismo cumplió una tarea decisiva. Establecer los márgenes dentro de los cuales los comportamientos humanos podían libremente expresarse, por una parte y, a su vez, por la otra, determinar cómo la acción del Estado podía servir de límite o contención de aquellas conductas que en su manifestación pusieran en peligro o lesionaran los valores que se había pactado proteger socialmente y que **surjían** del conflicto de intereses y necesidades contrapuestos o que ideal y racionalmente existían como bienes, fue lo que supuso el presupuesto **iluminista** de la **intervención** punitiva. Así fue afirmado por el representante más preclaro del híbrido **eclecticismo iluminista** en el derecho penal: *Definido el delito como un ente jurídico, queda establecido, de una vez para siempre, el límite perenne de lo prohibido, ya que no puede encontrarse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los asociados* (y. *Carrara* 1907: 7).

¿Por qué hablo de "desviaciones" en las que ha caído el **SP** contemporáneo? Este es el punto central de mi reflexión. Pero, para llegar a él considero necesario primero esclarecer los conceptos que emplearé, aunque antes desearía plantear la otra tradición que, **proveniendo** de las ciencias sociales ha permitido diseñar otras estrategias de control social, en ciertas manera autónomas del Estado.

1. El control social y la autonomía del Estado

En el ámbito de la sociología de cuño norteamericano la expresión *control social* es familiar desde que Edward A. Ross la utilizara por primera vez en algunos artículos iniciales suyos y, luego, en el volumen que lleva el mismo título (Ross 1901-1969). Se le reprocha a Ross, sin embargo, ser partidario de un monismo social, asentado en la aceptación de valores uniformes tendente a la integración de los grandes flujos migratorios que formaron la sociedad de masas de los Estados Unidos (Sumner 1994). En cambio, es con la Escuela de Chicago y particularmente con los trabajos de Robert E. Park y George H. Mead que la idea del *control social* adquiere una orientación más democrática sobre la base de otorgar a la comunicación la imprescindible capacidad de integración, pero aceptando la gran heterogeneidad social que la inmigración traía consigo (Melossi 1990: 109-115).

De este modo, pasa a reposar en los mismos individuos la responsabilidad de adquirir una disciplina por medio de la cual no se requiera que sea una instancia superior la que sostenga e imponga los valores sociales en torno a los cuales se produzca el orden y se organice la convivencia, sino que sea la propia interacción social la que produzca la adhesión a los valores que se construyen en el interior de la sociedad misma. Esta perspectiva se apoya en el pragmatismo de la psicología social de George H. Mead y la filosofía política de John Dewey que les permite distanciar el concepto de *control social* de lo que el último llamaba *control público*, o sea de las estrategias de disciplina social que pudieran surgir desde el Estado;

por lo tanto, alejadas de las formas organizativas que el derecho estatal pueda imponer.

Este vigor que surge del propio tejido social está no obstante calcado sobre el modelo *Gemeinschaft* de Tönnies que en el ámbito de las sociedades complejas pierde la fuerza necesaria para mantener la cohesión. Esa situación se verifica cuando los efectos del *Big Crash* intentan ser paliados con propuestas de reunificación de las fuerzas sociales. Mas los efectos del *New Deal* no hubieran podido asegurarse si no hubiera sido por el valor que los realistas legales comienzan a atribuir al derecho como medio de transformación social. La nueva cultura legal propone superar el tradicional formalismo y a pensar en la ley como una técnica social que permita alcanzar resultados. Estas propuestas contaron con la adhesión de juristas jóvenes quienes instalados en puestos claves de la Administración fueron impulsores de una aplicación del derecho al servicio del cambio. Pero también la Corte Suprema, después de su difícil recomposición, impulsada por el Presidente Roosevelt e integrada por jueces identificados con la necesidad de hacer del derecho un instrumento útil para la nueva política, inició un camino en la interpretación de las leyes que decididamente favoreció el proceso.

No obstante, frente al movimiento del realismo legal surgen otras tendencias. Una de ellas, representada por Roscoe Pound, propone el retorno hacia un derecho natural positivo, o sea de un derecho natural que pueda verificarse en el desarrollo del derecho común. En cierto modo, esta propuesta vuelve a conceder al derecho la capacidad de imponer desde sus normas un conjunto de valores que

deben ser seguidos por los ciudadanos, de tal modo que se le reconozca un ejercicio de comando social coercitivo.

Este movimiento pendular de la idea de *control social*, desde un alejamiento de la intervención estatal hasta el regreso a reconocer al derecho del Estado la capacidad de ejercer una función para la organización de la convivencia, se consolida con **Talcott Parsons**. La compleja estructura del concepto de *control social* en su obra *El sistema social*, teñida de fuertes connotaciones psicoanalíticas, está absolutamente orientada hacia el control de la *desviación* que se explica con un modelo médico y que recién va a ser **tipologizada** por su discípulo **Robert K. Merton**.

No obstante, acabada la vigencia del estructural-funcionalismo al haberse agotado la *Welfare Age*, la categoría de la desviación y el *control social* pensado en función de ella, se desvelaron como simples expresiones de la *censura social* (cfr. **Sumner op. cit.**). De esta forma se ha llegado al convencimiento de que las censuras sociales, al combinarse con las formas expresivas del poder y de la economía, resultan ser las más importantes características de las prácticas contemporáneas de dominación y regulación social. Pero, como habitualmente estas censuras son expresadas en un lenguaje universalista que apela a principios morales generales, ellas resultan idóneas también políticamente. De aquí entonces la inutilidad de la categoría de la desviación, la cual implicaba una psicología individual y un comportamiento anormal que ocultaba la naturaleza política que supone la regulación. Hoy día no es ya aceptable la suposición de que existen comportamientos humanos que simplemente se apartan del consenso normativo,

como tradujo **Merton** el concepto de conducta desviada (cfr. *Merton* 1938). Ello sólo fue posible aceptar cuando la sociedad del pleno empleo, de la movilidad social vertical, de la satisfacción de las demandas sociales básica, del éxito profesional y del consumo permitió ampliar las bases del consenso. En la actualidad, cuando la dualidad es la característica esencial de la sociedad post-industrial y cuando la concentración de la riqueza y la difusión de la miseria provocan la época de mayor debilidad de las políticas sociales que recuerden los procesos de acumulación capitalista, una sociología de la censura social hace recaer su interés en las relaciones sociales injustas que generan ideas e intereses opuestos, así como en los conflictos políticos que precipitan su condensación y las subsiguientes prácticas violentas de castigo.

De todo esto se tiñe el concepto de *control social* que surge del proceso de **mundialización** de la economía y de globalización del modelo neo-liberal. El **SP** de las democracias sociales ha caído también envuelto en esas prácticas, dado el fácil remplazo del término censura social por el de delincuencia, habida cuenta de que, según los estudios **interaccionistas** y **etnometodológicos**, la definición del comportamiento criminal y, por lo tanto, toda definición normativa del delito, es el resultado de un proceso de construcción social.

Planteadas de esta manera la tradición sociológica sobre el *control social* y cómo ésta también se alimenta en la actualidad de un uso de la violencia, procuraré ahora volver sobre el análisis de este concepto en el marco del *control social* centrado en el **SP** del Estado, según la tradición continental europea.

2. Imprecisión semántica del término "violencia" empleada por el sistema penal

Violencia, en primer lugar, es semánticamente un término impreciso cuando se habla de la intervención punitiva del Estado moderno. Cuando Beccaria hablaba de "violencias" (v. *Dei delitti e delle pene* § XX) se refería a *Altri delitti* (que) *sono attentati contro persona, altri contro le sostanze*, aludiendo así a la clasificación presentada en el § VIII, en base a la cual los atentados contra la *privata sicurezza* de los individuos *nella vita, nei beni e nell'onore* (asesinatos, hurtos e injurias) constituyen la segunda especie de delitos (objetos de los § XX-)(XIII). De tal modo, el discurso de Beccaria retorna donde entonces de algún modo se había interrumpido, desarrollando y radicalizando con una sorprendente intensidad de tonos el principio de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos: *plebei, grandi o magistrati. Infallibilmente*, -dirá de inmediato el texto, continuando la polémica contra una farraginoso jurisprudencia, aliada a los potentes (la *folla delle combinazioni*) las violencias físicas deben ser respondidas con penas corporales: nadie debe ser excluido; a ninguno le podrá ser concedida la facultad de recuperar en dinero una culpa no *valorable* en moneda de cambio porque ha sido producida en daño de alguna cosa, tal como la dignidad del hombre que no tiene precio. De otra manera se legitimaría -según lo que *dirá en el § XXII-* una *assurda equazione* equiparando *quantità eterogenee* separadas del infinito: una ecuación del todo semejante a la que -para retomar el ejemplo del § XXXIII- se produciría infligiendo la mis-

ma pena *a chi uccide un fagiano ed a chi assasina un'uomo*. Estas son unas reflexiones de extraordinaria lucidez política, como lo testimonia la intuición del nexo entre violencia social y *reificación* de la persona. Y, es interesante observar cómo, en la denuncia de la metamorfosis del hombre en *cosa* o en *animale di servizio*, Beccaria emplea los términos que, en la segunda mitad del s. XVIII y todavía en el comienzo del s. XIX marca el debate sobre la esclavitud (cfr. *Burgio* 1991: 163-4).

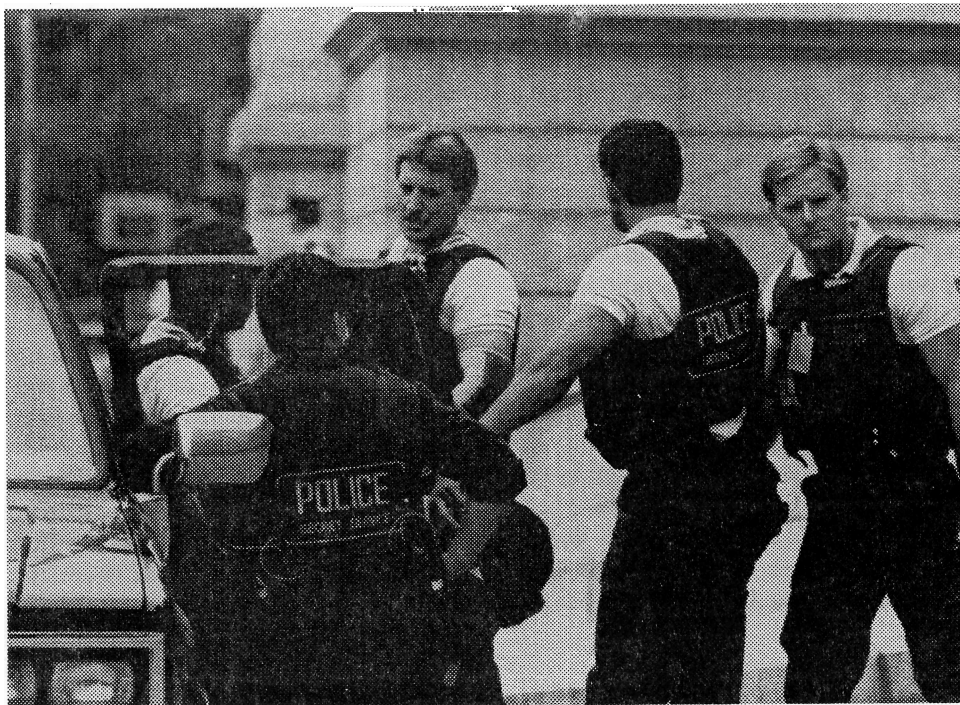
Mas, Beccaria hace mayores alusiones a la V cuando, refiriéndose a la tortura (§ XVI), hace amplias menciones de la violencia física condenando los métodos crueles aplicados para la obtención de la confesión. Igualmente, cuando se refiere al *diritto di punire* (§ II); a la *Proporzione fra i delitti e le pene* (§ VI); y, sobre todo, al *Fine delle pene* (§ XII) donde anticipa la crítica de la tortura, como *utile crudeltá dettata da tirannico spirito di vendetta*. Sin embargo, es seguramente en el § XV sobre la *Dolcezza delle pene* donde se encuentra el mayor rechazo de la V como fundamento de la intervención punitivo-estatal que Beccaria hace, indicando hasta qué punto pueden influir las consecuencias de las penas duras. Así: *I paesi e i tempi dei pii atroci supplizi furono sempre quelli delle sanguinose ed inumane azioni* o dando los límites dentro de los cuales debe producirse dicha intervención: *...non é si facile il serbare la proporzione essenziale ira del delitto e la pena, perchè quantunque un 'industriosa crudeltá ne abbia variate moltissimo le specie, pure non possono oltrepassare quell'ultima forza a cui é limitata l'organizzazione e la sensibilità umana*.

1.1 La violencia punitiva del sistema penal

Pero, si sólo fue posible hablar de la humanización de las penas a partir del Iluminismo penal, nunca podrá ser des-terrado del concepto de *pena* el sentido de brutalidad y violencia que el mismo encierra. Para no hablar siquiera del costo de sangre, de vidas y de mortificaciones que el conjunto de las penas conminadas a lo largo de la historia ha producido para el género humano -incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos- como metafóricamente afirma *Ferrajoli* (1990: 382) -basta mencionar la información que proporciona la investigación realizada respecto a la configuración de la cárcel moderna en relación a la aparición de un mercado de fuerza trabajo industrial- o sea, una economía política del castigo -para verificar el grado de violencia que tuvo desde su inicio la ejecución de la moderna pena privativa de libertad (*Ruschel Kirchheimer* 1968; *Melossi Pavarini* 1975; *Ignatieff* 1978; *Voss* 1979; *Garland* 1990; y, en el ámbito español, *Serna López* 1988) o bien, citar la información que ha brindado la investigación etnometodológica de las "subculturas carcelarias" (sólo como los aportes fundamentales *v. Clemmer* 1958; *Harbordt* 1972; y, en ámbito de idioma castellano, *Irurzun/Neuman* 1968) llevada a cabo en el interior de las instituciones penitenciarias, concebidas como "instituciones totales" (*Goffman* 1961). Naturalmente, si se toman en consideración las violencias que supusieron la puesta en práctica del castigo como determinadas tecnologías de poder sobre el cuerpo y la mente humana (*Foucault* 1984), entonces la visión que se puede

tener acerca de las relaciones entre V y SP moderno adquiere la dimensión que requiere un análisis de los sistemas penales de las sociedades complejas en las que vivimos. En éstas, si bien la tortura como medio inquisitivo o como instrumento de castigo ha sido formalmente abolida por pactos, declaraciones internacionales, ordenamientos constitucionales y jurídico-penales, lo cierto es que sigue siendo un recurso habitual para las policías y las instituciones penitenciarias.

Pero, este es el punto en el cual debe hacerse la consideración del tipo de violencia punitiva que emplea el SP. A tal fin, la protección jurídica que se pretende otorgar a ciertos bienes, mediante la intervención punitiva del Estado está orientada -como lo está toda la cultura jurídica moderna- a amparar derechos individuales. En este sentido, la evolución del *ius puniendi* se ciñe perfectamente al desarrollo de la forma-Estado constatada durante la modernidad, de forma tal que a una primera fase liberal-burguesa correspondió un derecho a castigar aquellos comportamientos que lesionaran bienes propios de los individuos. Con posterioridad, en la medida que dicha forma-Estado se fue transformando en más intervencionista, la protección estatal mediante la intervención punitiva comenzó su ampliación hacia bienes de titularidad colectiva. Exceptuando los largos períodos de ejercicio autoritario del poder, entre las dos grandes Guerras mundiales, la cultura jurídico-penal fue tomando conciencia de la necesidad que ese carácter colectivo se explayase sobre bienes propios de la comunidad de ciudadanos y no que, en su representación, dicha propiedad apareciese reivindicada por el Estado. De este modo, el mismo



George Bush 5-12-90. Foto de Diego Díaz.

concepto de "derecho", que traducía el acceso a bienes de titularidad individual (derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho al honor, derecho a la propiedad privada, etc.), priorizados por la protección penal liberal-burguesa, inició su conversión en el léxico jurídico-penal hacia el de "intereses", revelando así el reconocimiento de la naturaleza antagonista o conflictiva que subyace a la creación de las normas jurídicas, proceso el cual, hasta entonces, trajo unas formas de hegemonía clasista (Sgubbi 1975: 440). Cabe recordar aquí el desarrollo constatado en torno a la teoría del bien jurídico en el marco de construcción de una dogmática penal, social y

democrática, la cual ha revelado sobre todo en España, a partir del primer movimiento de reforma democrática del Código penal en 1980, el influjo que la cultura del *Welfare* ha tenido sobre ella.

Por lo tanto, según se participe en el sostenimiento del apotegma weberiano del "monopolio de la fuerza legítima" por el Estado, la mayor legitimidad de la V que ejerce el SP se alcanza en las sociedades capaces de satisfacer las cotas de bienestar prometidas por la forma-Estado social y democrática de derecho. Ello así, porque precisamente los intereses colectivos a los que debe tender la protección punitiva de dicha forma-Estado son los que dan realidad a semejante satisfacción

(derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a la seguridad en el puesto de trabajo, derecho a la vivienda, derecho a la educación, derecho al ambiente y al territorio, derecho al acceso a los bienes de consumo, etc.).

Sólo así se logra transformar el concepto de V, *ínsito* en el ejercicio de la fuerza por el SP. Todo porque, como ha quedado insinuado antes, la V a que pretendía replicar el SP en el período de la forma-Estado liberal burgués era a la V física, ejercida por una persona o por un grupo de ellas sobre el sujeto individual, portador de derechos subjetivos; mientras, frente a la que pretende reaccionar bajo la forma-Estado de la época del *Welfare* es la de naturaleza social, generada en la misma estructura de la sociedad. Me explicaré.

2.1.1 *Violencia interindividual y pensamiento criminológico tradicional*

En efecto, mientras existió un sostén recíproco entre conocimiento criminológico y saber jurídico-penal; es decir, mientras el positivismo criminológico alentó la construcción de un modelo integral de ciencia penal, dentro del cual todas las reformas del derecho y el sistema penal debían guiarse por las indicaciones que surgían de la investigación realizada sobre los tipos de delitos y delincuentes así clasificados, el concepto de V empleado por dicho modelo fue entendido como la intervención física de un individuo o un grupo o contra otro individuo (también contra sí mismo) o grupo. De esta muy simple definición surge la muy consistente tradición de entender como delitos de violencia o delincuentes violentos todos

aquellos actos cometidos por personas que revelan ciertos rasgos de personalidad, sobre la base de una decisión voluntaria del actor y contra la voluntad de quien sufre la V (aunque aquí se han considerado excepciones notables como el suicidio o los actos de V provocados por la víctima por fines propagandísticos o de otro tipo). Esta concepción de la V traducida racionalmente la naturaleza **antropocéntrica** del SP del liberalismo, junto a la consagración en términos modernos del individualismo del derecho romano clásico, el cual se había manifestado de manera incipiente con la disociación social en individuos atomizados pero que se consolidó con la fundación burguesa de la sociedad (*Cerroni* 1968: 76). De aquí en más, toda la investigación criminológica se orientó hacia la búsqueda de las causas o raíces individuales de semejante V.

La riqueza que esta clase de investigación produjo es inconmensurable y ella ha seguido diferentes tendencias, aunque nunca se ha podido demostrar empíricamente una causa única de la aparición y ampliación de la criminalidad violenta. Sin perjuicio de ello, puede decirse que si una parte significativa de los delitos de violencia son el producto de una pertenencia de los autores a estratos sociales deprimidos, entonces una tentativa para aclarar franjas más extensas de la criminalidad violenta puede ser la de aplicar el enfoque de las teorías de la socialización (de las que su tronco de origen es *Parsons* 1976: 193-235). Si fuera correcto que en las clases sociales bajas la V física es usual como medio para la aplicación de normas de comportamiento y el alcance de fines, entonces el sujeto socializado de esta manera hará patente semejante modelo

de comportamiento. Una aclaración parecida debe darse respecto a la teoría del aprendizaje para la cual, como se sabe, el comportamiento criminal es un comportamiento aprendido (*Sutherland! Cressey 1974: 75*). A consecuencia de ello, el delincuente violento ya aprende en su familia la forma y el modo de manifestar con violencia sus explicaciones. Junto a estas tentativas también debe tenerse en cuenta la de explicar la V mediante la teoría de la agresión; ella ha pasado a constituir un campo de preponderante interés, habiendo concentrado en el tiempo la mayor carga explicativa de la V. No obstante, tampoco se ha llegado a un enfoque unitario para la aclaración de la agresión humana. En consecuencia, mientras tanto la teoría psicoanalítica de la agresión (*Freud 1905; 1920; Adler 1908*) como también la etológica-biológica (*Lorenz 1963*) remiten a un impulso instintivo, el enfoque teórico **comportamental** supone que la agresión es aprendida. A las conocidas hipótesis de estos enfoques pertenece la de la frustración-agresión (*Dollard et 1939*). Ella parte en su forma originaria de la idea que cada agresión sería la consecuencia de una precedente frustración y que cada frustración conduce a una agresión. Por supuesto que todas estas hipótesis pueden ser hoy contradichas. Todas las tentativas hechas para aclarar biológicamente la criminalidad violenta y, sobre todo, el delito de homicidio pueden ser válidas, aunque alguna de ellas haya sido sobrevalorada, como la que explica desde los años de 1960 la existencia de un determinado cromosoma del homicidio, mediante la cual se ha pretendido demostrar que entre la criminalidad violenta y la constitución cromosómica de los seres humanos exis-

te una relación directa (*Jörgensen 1981: 29 ss.*). Aunque se haya podido probar mediante investigaciones empíricas que existe una sobre-proporcional anomalía cromosómica en ciertos delincuentes violentos, sin embargo tal tipo de anomalía se manifiesta muy raramente, hasta el punto que sólo se registra un promedio de casos entre uno y dos por mil de la población.

A la vista de la dimensión y la frecuencia de la criminalidad violenta no es posible entonces comprender esta significativa parte de la delincuencia mediante aclaraciones de tipo biológico. (*Kürzinger 1985: 151*).

2.1.2 *Violencia estructural y pensamiento criminológico crítico*

Dei mismo modo que el paradigma etiológico (búsqueda de las causas individuales del comportamiento criminal) ha fracasado como explicación de la criminalidad en general, ese fracaso se verifica particularmente entonces en el campo de la criminalidad violenta. Esto supone la necesidad de ampliar la conceptualización de la V, a la vez que se lo vincula con la exigida extensión de la intervención punitiva por el Estado social.

Durante el lapso que esta forma-Estado ha tenido vigencia, como ya se ha visto, se ha producido una ampliación de la cobertura del SP hacia aspiraciones que estaban presentes de manera informal y extendidas de forma masiva en vastos sectores de las sociedades. Semejantes aspiraciones tenían por fin el control del contenido y del desarrollo de posiciones económico-jurídicas dominantes que impedían la participación de aquellos sectores en el goce de bienes que, por su ca-

rácter difuso, eran ya de una titularidad colectiva (Sgubbi *op. cit.*: 449).

Esta situación había condicionado los procesos de creación de las leyes penales, las cuales se mantenían apegadas a la protección de derechos subjetivos mientras la cultura jurídico-penal negaba la naturaleza conflictiva de tales procesos. Mas, el impulso histórico que arrastraban tras de sí las luchas sociales por alcanzar un reconocimiento a los reclamos de igualdad substancial para aquellas mayorías desplazadas en el goce de los beneficios generados por el crecimiento económico, producido después de la Segunda Guerra Mundial, provocó finalmente el cambio; primero en la cultura jurídico-penal y, luego, en la propia legislación en particular de aquellos países europeos donde se produjeron los fenómenos de los "milagros" económicos. Lo que tenía lugar, en definitiva, era no sólo un cambio hacia el reconocimiento formal de los derechos colectivos sino, asimismo, en favor de un control democrático de aquellas actividades económicas las cuales, por el tipo de concentración capitalista que se estaba generando en los ámbitos de la producción, junto a las aplicaciones de las nuevas tecnologías, estaban orientadas a la provocación de daños o serias alteraciones a la salud pública, al trabajo, a la seguridad laboral, a la vivienda digna, al ambiente, al territorio, a la información o, al consumo.

Pero, la crisis del Estado de bienestar que ha atravesado toda la cultura del *Welfare* desde mediados de la década de 1970 ha provocado sensibles diferencias y desniveles sociales. Lo que generalmente se conoce como violencia estructural puede considerarse un rasgo del período de los últimos veinte años, particularmente

en los países que no pertenecen al centro y en los cuales la injusticia social es manifiesta.

Ha sido Johan Galtung quien, a la búsqueda de caminos para la paz en los conflictos internacionales, ha esquematizado con gran lucidez los conceptos de violencia y los planos en los cuales pueden y deben analizarse tales conceptos. Su definición genérica de violencia le permite un extendido análisis de los efectos de la misma. Galtung dice que: *la violencia está presente cuando los seres humanos se ven influidos de tal manera que sus realizaciones efectivas, somáticas y mentales, están por debajo de sus realizaciones potenciales* (y. Galtung 1969: 56). Entre todos estos planos son los que él denomina los de la **violencia personal** o directa y estructural o indirecta, prestando atención al hecho de que exista un actor o de que no haya un tal actor, los que aquí pueden interesar. Conviene eso sí aclarar que lo que Galtung denomina violencia *estructural* es lo que suele invocarse como violencia *institucional*. Pero, el A. prefiere el primero *porque a menudo es algo de naturaleza más abstracta y no algo que pueda atribuirse a una institución en especial* (v. Galtung *op cit.* n. 12).

Sin embargo, al recordar Galtung las palabras clave de la definición que él suministró de la violencia es donde pone efectivamente el acento que interesa para observar el SR. En efecto, si *la violencia se ha definido como la causa de la diferencia entre lo potencial y efectivo, entre aquello que podría haber sido y aquello que realmente es*, se comprende entonces que *La violencia es aquello que aumenta la distancia entre lo potencial y lo efectivo, y aquello que obstaculiza el decrecimiento de esa distancia... En otras palabras: cuando lo po-*

tencial es mayor que lo efectivo y ello sea evitable, entonces existe violencia.

En este sentido, cuando se habla de eventuales violaciones de los derechos humanos a través de la aplicación del SP, es oportuno recordar también el defecto que Galtung le atribuye a esta perspectiva de los derechos humanos de tener en las declaraciones universales y tratados internacionales un concepto más "personal" que "estructural", con lo cual *Se refieren a lo que los individuos pueden hacer o pueden tener, no a quién decide qué es lo que pueden hacer o tener; se refieren a la distribución de recursos, no al poder sobre la distribución de recursos. En otras palabras: los derechos humanos, tal como se conciben usualmente, son perfectamente compatibles con el paternalismo con que los detentadores del poder lo distribuyen todo, salvo el poder último sobre las distribuciones, de manera que se obtiene una igualación sin ningún cambio en la estructura del poder (y. Galtung op cit. nota 18).*

Puesto que la violencia ha constituido un problema principal de la sociedad moderna, ínsito en sus propias bases y acicateado por los grandes desequilibrios producidos por las grandes acumulaciones, es comprensible que los sistemas políticos y el derecho hayan procurado encauzarla y controlarla. De aquí que el SP haya servido como medio racional para esos fines y la violencia "institucional" que emplea ha de estar perfectamente delimitada y prevista, de modo que, cuando mediante el SP se restringen ciertos derechos humanos los medios de restricción y el alcance de ésta no puedan convertirse en **extralimitaciones**. Esto constituye la esencia de la forma-Estado de derecho.

Si se hace un repaso sobre el funcionamiento de los SsPs europeos se podrá

advertir la falacia en que incurren respecto de los principios constitucionales y de los que emergen de los ordenamientos jurídico-penales y procesales que los regulan. Mientras, la utilización que de ellos hace el sistema político como instrumento de disciplina y control social les está permanentemente impulsando a la *devolución* (cuando no violación) de los derechos fundamentales (Rivera Beiras 1993). Existe una manifiesta violencia institucional (estructural) en todas sus intervenciones y esto no se demuestra únicamente con la información cotidiana que se puede recoger en los medios de comunicación. Un análisis de la actividad propia de las respectivas instancias o agencias de intervención (policía, jurisdicción, cárcel) revela el alto grado de violencia no legítima que aplican en sus prácticas (Ruggierol Ryanl Sim 1995) la cual es marcadamente elevada en España (Bergalli 1995). Sin embargo, lo más relevante es la violencia que surge de las propias normas internacionales y de las decisiones de la jurisprudencia constitucional, tanto en Europa como en España, sobre la situación y la condición de las personas sometidas a la privación de libertad -tal como ha quedado demostrado en las diversas contribuciones hechas en las Jornadas Penitenciarias *Quina Pena Donen Les Lleis?* organizadas por la *Associació Catalana de Juristes Demòcrates* los días 7 y 8 de mayo de 1993- (ACJD 1994).

Conclusión

Observando entonces los SsPp como efectivamente son y funcionan, y no como deberían ser sobre la base de las

normas constitucionales, jurídico-penales, procesales, policiales y penitenciarias que los regulan, puede decirse que en la mayor parte de los casos, más que sistemas de protección de los derechos fundamentales, son sistemas de violación de ellos. En innumerables situaciones concretas, estudios y controles realizados por instituciones y comisiones de defensa de los derechos humanos, nacionales e internacionales, han puesto de **manifiesto** las graves y hasta las gravísimas violaciones provocadas por el funcionamiento de la justicia penal en relación con casi todas las normas previstas por las legislaciones nacionales e internacional, precisamente para la protección de las garantías básicas de quienes resultan alcanzados por la intervención de los **SsPp**. Se trata de graves y terribles ilegalidades cometidas por parte de órganos de policía, en el proceso penal y durante la ejecución de las penas de privación de libertad. En no pocos casos se trata del apartamiento de los principios del derecho penal liberal, previstos por los ordenamientos jurídicos de países incluso avanzados o establecidos en convenciones y acuerdo internacionales. Un ejemplo de legislación y praxis punitiva fundamentalmente aberrante de tales principios y de la forma-Estado de derecho, lo han constituido las legislaciones y las jurisdicciones excepcionales, introducidas en países de Europa occidental al socaire de la emergencia terrorista, surgida en la década de 1970 y con las primeras restricciones del Estado de bienestar (existe una abundante literatura en toda Europa sobre el tema; en lo que atañe también a España *Serrano-Piedecabras* 1988).

La difusión de una consecuente *cultura de la emergencia* ha llevado a expli-

car la substitución de la racionalidad jurídica por una razón de Estado, mediante la cual se puedan llegar a entender -mas nunca a justificar- las desviaciones practicadas por los **SsPp** (*Bergalli* 1992). Obviamente, también en esa época, los **SsPp** de buena parte de países latinoamericanos fueron empleados en el control de la disidencia y en las prácticas de aniquilamiento, a la luz de una orientada doctrina de seguridad continental. Pero, asimismo, por efecto de las mismas condiciones del desarrollo periférico de toda el área, tales **SsPp** han revestido fuertes caracteres negativos respecto de los derechos humanos (*Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH* 1984).

Asimismo, también en los países de regímenes democráticos, establecidos sobre las reglas del Estado de derecho, el funcionamiento de las instancias de los **SsPp** al margen de la legalidad es frecuente. En estos casos, la degeneración de tales sistemas puede alcanzar grados de extraordinaria gravedad, en presencia de las cuales es más realista hablar de un **SP** extra-legal, de penas extrajudiciales, antes que de la aplicación de normas jurídicas que regulan su funcionamiento. Si la obra de cuerpos armados para la represión, de grupos para-policiales o para-militares o de los llamados de "auto-defensa", del homicidio de Estado, usos de fondos estatales para tales fines, es tolerada por las instituciones del Estado o incluso admitidos por algunas normas excepcionales; si vejaciones, intimidaciones, torturas, desapariciones de detenidos o forzadas, hacen parte de una estrategia determinada, con el apoyo de la clase política o un sector de ella y en alianza con precisos poderes fácticos y la inmunidad garantizada por las instancias del Estado que deberían denun-

ciar tales comportamientos, entonces se está frente a unos fenómenos que deben considerarse como el ejercicio extra-legal de la violencia punitiva por grupos o facciones, o también del ejercicio de la violencia institucional para el mantenimiento de la violencia estructural y la represión de las personas o movimientos que intentan reducirla. Todo lo cual ha permitido a un esclarecido estudioso escandinavo de los SsPp contemporáneos asemejar el control occidental del delito al sistema del *Gulag* (Christie 1993). ■

Bibliografía

- ACJD: *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1994.
- Adler, A.: *Der Agressionstrieb im Leben und in der Neurose Fortschritte der Medizin*, Leipzig, 1908.
- Bergalli, R.: "Transición y justicia penal en España". *Sistema*, 67: 57-96, Madrid, 1983.
- Bergalli, R.: "La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España". *No Hay Derecho*, año II-núm. 7, septiembre-noviembre: 39-41, Buenos Aires, 1992.
- Bergalli, R.: "The Spanish Attempt to Build a Democratic Criminal Justice System". V. Ruggiero, M. Ryan and J. Sim (eds.), *Western European Penal Systems, A Critical Anatomy*. London-Thousand Oaks-New Delhi: Sage, 1995, pp. 149-168.
- Burgio, A.: "Note (80)" a C. Beccaria *Dei delitti e delle pene*. Milano: I classici 2000-Universale Economica Feltrinelli, 1991.
- Carrara, F.: 1907. *Programma del corso di diritto criminale - Parte generale* vol. 1. Firenze; hay diversas versiones en castellano, una es: *Programa de derecho criminal* (trad. J. J. Ortega Torres y J. Guerrero). Bogotá, Temis, 1971.
- Cerroni, U.: *La liberta dei moderni*, Bari, (Temi e Problemi), De Donato, 1968.
- Christie, N.: *Crime Control as Industry. Towards GULAGS Western Style?*, Oslo, Universitetsforlaget; hay versión en castellano (trad. S. Costa), *La industria del control del delito (¿La nueva forma del Holocausto?)*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- Clemmer, D.: *The Prison Community*, New York: Rinehart & Company, (ed. orig. 1940), 1958.
- Dollard, J.: et al., *Frustration and Aggression*, New Haven, Hamilton, 1939.
- Ferrajoli, L.: *Diritto e ragione. Teoría del garantismo pende*. Bari-Roma: Laterza (1a. ed. 1989); hay trad. en castellano *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* Madrid, Trotta, 1990.
- Foucault, M.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México D.F.: Siglo XXI, 1984.
- Freud, S.: *Drei Abhandlungen zur Sexualität*. Gesammelte Werke, Band V., Frankfurt a.M., Taschenbuch 6044-Fischer, 1905.
- Freud, S.: *Jenseits des Lustprinzips*. Gesammelte Werke (unter Mitwirkung von Marie Bonaparte, hrsg. Anna Freud, E. Bibring, W. Hoffer, E. Krisu. O. Isakower). London, Publishing Co., 1920.
- Galtung, J.: "Violence, Peace and Peace Research". *Journal of Peace Research*, 6: 55-67; hay versión en castellano, J. Galtung *Sobre la paz*. Fontamara, Barcelona 1985: 27-65, 1969.
- García Méndez, E.: 1985, *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika (Argentinien, Uruguay und Chile, 1970-1980)*. Frankfurt a. M.: Editionen der Iberoamericana-Reihe III, Monographie und Aufsätze nœm. 14-Verlag Klaus Dieter Vervuert; hay versión en castellano, *Autoritarismo y control social (Argentina, Uruguay y Chile, 1970-1980)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987.
- Garland, D.: *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*. The University of Chicago Press, Chicago, 1990.

- Goffman, E.: 1961, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patient and other Inmates*, Garden City-New York, Doubleday & Company Anchor; versión en castellano. *Internados*, Buenos Aires, Amorrortu, 1971.
- Harbordt, S.: *Die Subkultur des Geistes. Ein soziologische Studie zur Resozialisierung*. Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1972.
- IIHD: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América latina (Primer Informe)*. Documentos y cuestionarios elaborados para el Seminario de San José (Costa Rica), 11 al 15 de julio de 1983, redactados por el coordinador, Prof. Dr. Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- Ignatieff, M.: *A Just Measure of Pain - The Penitentiary in the Industrial Revolution (1750-1850)*, London, Pantheon Books, 1978.
- Irurzun, V. y Neuman, E.: *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires, Depalma, 1968.
- Jörgesen, F.: "Chromosomenanomalien und deren Folgen für abweichendes Verhalten". J. Nass (Hrsg.) *Biologische Ursachen abnormen Verhaltens. Beiträge der Grundlagenforschung zu aktuellen Kriminalitätsprobleme*, Wiesbaden, 29-42, 1981.
- Kürzinger, J.: "Gewaltkriminalität". G. Kaiser, H. J. Kerner, F. Sack y H. Schelhoss (Hrsgs.) *Kleines kriminologischer Wörterbuch*, Heidelberg, C. E Müller, 145-151, 1985.
- Lorenz, K.: *Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression*, Wien, Boorotha-Schoeler, 1963.
- Melossi, D. y Pavarini, M.: 1975, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*. Bologna: il Mulino; hay versión en castellano (trad. X. Massimi), Siglo XXI, México, 1980.
- Melossi, D.: *The State of Social Control (A Sociological Study of Concepts of State and Social Control in the Making of Democracy)*. Cambridge (UK): Policy Press; hay versión en castellano (trad. M. Mur Ubasart), México, Siglo XXI, 1990.
- Merton, R.K.: "Social Structure and Anomie", *American Sociological Review*, 3, 672-82, 1938.
- Parsons, T.: 1976. *El sistema social* (trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez). Revista de Occidente: Madrid, 2a. ed.; orig. inglés *The Social System*, New York, The Free Press of Glencoe, 1959.
- Rivera Beiras, I.: (ed.). *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1993.
- Ruggiero, V. y Ryan, M and Sien, J.: (eds.), *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy*, London-Thousand Oaks-New Delhi, Sage, 1995.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O.: 1968, *Punishment and Social Structure*. New York: Columbia University Press: la. ed. 1939; hay versión en castellano (trad. E. García Méndez) *Pena y estructura social*. Bogotá, Temis, 1974.
- Schiera, P.: "Stato moderno". N. Bobbio, N. Matteuci y G. Pasquino (direct.) *Dizionario di Politica*, Torino, UTET, 2a. ed. 1128-1134, 1990.
- Serna López, J.: *Presos y pobres en la España del XIX La determinación social de la marginación*. Barcelona, Colección: Sociedad-Estado nº1-PPU, 1988.
- Sgubbi, F.: "Tutela di interessi diffusi". *La questione criminale* I, 3 (settembre-dicembre), 439-481: Bologna, 1975.
- Spirito, U.: *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, Sansoni, 1974.
- Sumner, C.: *The Sociology of Deviance. An Obituary*. Buckingham-Philadelphia, Open University Press, 1994.
- Sutherland, E. H. y Cressey, D. R.: *Principles of Criminology*. Philadelphia, J. B. Lippincott Co., 9a. ed., 1974.
- Voss, M.: *Gefängnis - für wen? Eine kritische Funktionsbestimmung des Strafvollzugs*. Bielefeld: Sozialwissenschaftliche Text-Strafvollzug AJZ-Druck + Verlag, 1979.

PENSAMIENTO UNIVERSITARIO



| evaluación - posgrado - ciencia - docencia -
investigación - autonomía

*Juan Carlos Del Bello - Daniel Cano - Sonia Alvarez -
María Elina Estebáñez - Roberto A. Follari*

| títulos - gestión universitaria - didáctica -
educación superior no universitaria

*Pedro Kratsch - Edith Litwin - Emilio F. Mignone -
Marcela Mollis - Augusta Perez Lindo -
Graciela C. Riquelme*

EL PROBLEMA DEL GENIO

PLANTEANDO UNA CONTROVERSID

Por el Dr. MACEDONIO FERNÁNDEZ

Distinguido señor director de los ARCHIVOS DE CRIMINOLOGÍA.

Con votos de éxito para los ARCHIVOS, el que suscribe, tan profano en la materia como deseoso de dejar de serlo, abusando de la benévola invitación de Ud. se atreve a proponer una controversia cordial sobre un asunto, á mi juicio el más fascinador de los que pueden meditar-se.

Me refiero, señor Director, al problema del Genio.

He aquí un problema que podría mitigar el sombrío ambiente de los estudios criminológicos, y que, sin embargo, cabe en el vasto marco de la psicopatología.

Es éste un asunto que no es objeto de estudio especial, ni siquiera somero en una ni otra de las dos carreras liberales á que probablemente pertenecemos todos los colaboradores de esta revista. En virtud de ello, yo por lo menos no creería hacer obra útil para mí ni para otros intentando un estudio personal, aislado, de un asunto tan profundamente complejo y relativamente tan poco favorecido por la ciencia contemporánea.

Visto ésto, fácil es de concebir el bien recíproco que nos resultaría á los que interviniésemos en el cambio de ideas que propongo y la cordura de no tentar estudios aislados en materia tan poco trabajada entre nosotros.

Como punto de arranque podría por mi parte formular esta pregunta, á la cual yo, individualmente, anticiparía una respuesta negativa.

¿La ciencia contemporánea, ó más correctamente, la tendencia imperante á estudiar fisiológicamente el espíritu ha dado algún paso en el esclarecimiento del problema del Genio?

Yo encarecería las ventajas de estudiar *espiritualmente* el espíritu de hacer psicología psicológica (permítaseme la designación) en lo principal, sin perjuicio de utilizar las informaciones de la fisiología.

Ojalá tenga este proyecto la acogida que le deseo. No tardarían en palpase sus beneficios.

Reciba el señor Director el testimonio de una antigua y sincera amistad.

MACEDONIO FERNANDEZ

Enero 14/1902

Los ARCHIVOS acogen con simpatía la idea del Dr. Fernández. Esperan que él mismo inicie tan interesante controversia demostrando la *tésis antifisiológica* que sustenta; puede estar cierto de que no le faltarían adversarios- *La Redacción.*