

El Enmascaramiento Cultural del Sistema Penal

Max Maureira Pacheco
Licenciado en Derecho, doctorando,
personal docente e investigador, Universidad de Valencia
Anuario de Filosofía Jurídica y Social,
2001, Nº 19, Valparaíso, Chile

(137) Introducción

El ocultamiento de las estructuras jurídico-penales distintas a la occidental, y más, el sometimiento de aquéllas, propias de las llamadas sociedades tradicionales, a éstas, no puede ya entenderse o ponerse en entredicho, en el ámbito penal, si no es por referencia a la consagración del sistema penal moderno. La imposición institucional, en efecto, lleva envuelta la heterodoxia de sí misma. Ese esfuerzo descomprimido precisa una genealogía de ese sistema jurídico, si uno pretende representarle sus anteojeras.

La relación mediata e inmediata del sistema penal moderno con su estructura se encuentra atravesada por los intereses de la que Hegel llamó la sociedad civil, y Marx, más tarde, sociedad burguesa. Es eso lo que pone en análisis la cercanía del surgimiento de la criminología con dicha sociedad, cuestión que no hay más que meramente constatar (Pavarinni). Por lo demás, el mismo Hegel hizo explícita esa relación en sus *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Las implicancias que eso entraña nos ha de situar frente a un pensamiento criminológico sospechoso de servidumbre a ese status quo. **(138)** Habría de ser efectivamente no sólo la criminología moderna la que articulara las bases del sistema penal, sino también la dogmática, que camina paralelamente a ella. Esa dogmática penal, acuñada pronto por la filosofía penal clásica, y conectada estrechamente luego por el positivismo con la criminología, que asentaba sus primeros pasos en el paradigma del comportamiento peligroso, servirá, como ha puesto suficientemente de manifiesto en buena parte de sus trabajos Alessandro Baratta, para acrisolar un edificio intelectual acorde con la sociedad civil.

Las sospechas se verán refrendadas en un entramado defensivo de esa sociedad, acuñando la que sería considerada la *ideología de la defensa social*, que aún en el siglo XX nos ha brindado sus remecimientos a través de las reformulaciones de M. Ancel y F. Grammatica. Pues bien, esa construcción teórica emparentada social y políticamente a la burguesía, se expandirá con aquélla, y se plasmará más allá de su lugar de origen, regulando la convivencia de sociedades ajenas a ese desarrollo, por lo tanto, sometiendo su convivencia a las nuevas instituciones, forzando así la heterodoxia de las mismas como única instancia de reflexión y crítica, según ya advirtió Max Weber (vid. *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*).

La genealogía de la dominación burguesa, asiendo al sistema penal como instrumento solidificador de ese dominio, ha de ser explicitado si se quiere desenmascarar su racionalidad, y la proyección histórica de la misma hacia sociedades tradicionales. El despliegue integrador del positivismo posee suficientes máscaras seductoras que fueron ideologizadas durante años por el derecho penal, de manera que los senderos auscultadores no deben perder de vista la arquitectónica edificación que puso en contacto a la episteme moderna con los intereses burgueses, cuestión que autores como Georg Lukács han puesto de manifiesto (vid. *La Crisis de la Filosofía Burguesa*). Las posteriores revisiones, tanto dogmáticas como criminológicas, no podrán barrer todos los intersticios de ese primer gran modelo técnico, que tuvo en el positivismo su punta de lanza intelectual, entre otras razones porque aquél erigía, cómplicemente como ningún otro sistema gnoseológico, en absoluto al orden social. La supervivencia de esos arquetipos originarios jurídico-penales, se advierten todavía, por ejemplo, en las comprensiones de la culpabilidad renuentes a entender la responsabilidad como límite al *ius pu niendi*, **(139)** y apegadas a la prevención, en la idea inconsciente de peligro, como categoría instrumental necesaria (vgr. Gimbernat). Los embates revisionistas ponen en entredicho las construcciones teóricas originales asentadas en el libre albedrío y el peligro, como criterio legitimador

del castigo, pero no han barrido del todo con esas primeras arquitecturas, pues en el dualismo decimonónico pena – medidas de seguridad, veremos que es posible encontrar todavía rasgos de las consecuencias que traían aparejadas en la instancia de la aplicación, ya que esa fundamentación sirvió no sólo a aquéllas como categorías, sino también fundó la implementación de instituciones que materializaron los generalizados centros de reclusión.

Todo esta revisión hace agua si no se tienen en consideración dos circunstancias que pueden explicar la supervivencia de esos primeros intentos fundadores. Por una parte, la aparición del moderno sistema penal en un contexto filosóficamente moderno, y por otra, la coincidencia de esa fractura cultural atomizadora que supuso la modernidad con la consolidación del poder de su ejecutora, la sociedad civil. En efecto, la integración moderna de la filosofía jurídica desde sus albores racionalistas, abarcadora por tanto de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho, se fue diluyendo a lo largo del siglo XIX¹, debido a una cada vez mayor autonomización del conocimiento. El último esfuerzo por revertir esa atomización en nuestros días ha sido la teoría de sistemas, que Jakobs sistematizó en el ámbito del derecho penal, y que ya ha sido, con razón, fuertemente criticada².

(140) Sin embargo, lo que me interesa poner aquí en evidencia es que sin una estructuración epistemológica compartimental, y una unicidad del poder en la instancia política, probablemente el positivismo no habría tenido la influencia que tuvo, y esto debe tenerse muy en cuenta si quiere comprenderse la ubicación del positivismo al interior del sistema penal, y la de éste en el marco histórico del adosamiento de esa modernidad que entroniza la subjetividad como paradigma de todas las ciencias modernas. Esa fusión primera de las ciencias en modelos epistemológicos integradores, tuvo como contingencia ineludible el ascenso del poder burgués, y por lo tanto cualquier esfuerzo intelectual tuvo en ese poder, social primero y político después, un referente infranqueable. Desde luego, el positivismo no fue resistido por aquél, en la medida que se convirtió en ideología de ese poder, con las consabidas excusas antimetafísicas objetivadoras, pero también, ciertamente con antifaces, objetualizadoras.

Pues bien, la concreción del positivismo en modelo teórico, absorvedor del iluminismo, absolutizando el racionalismo, al conectarlo con el utilitarismo, habrá de expandirse junto con el poder político y económico de la sociedad civil. La *revolución espacial* que implicó la llegada de los europeos a América supondrá primero una pugna de intereses mercantiles, pero una vez asentada la distribución de los mercados, la tarea será asegurarlos. La aparición y posicionamiento del positivismo en América tendrá suficientes abonos, básicamente porque las elites gobernantes transplantarán los mismos esquemas gnoseológicos del centro a la periferia. La episteme moderna se instaurará en América para desplegar allí un pensamiento, que de la mano del positivismo, en su génesis, nunca se despegará del entendimiento identitario en términos de filosofía de la historia, y por lo tanto el discurso colonial, especialmente el prerrevolucionario, se encuentra conectado y entrampado con el desplante historicista centroeuropeo. De manera que la construcción simbólica de la historia, fundamentalmente latinoamericana, es realizada a partir de la epistemología moderna, con la

¹ Hassemer considera, por ejemplo, que es el derecho penal el que fusiona esas dos tradiciones de pensamiento, que fueron la teoría del conocimiento del idealismo alemán y la filosofía política de la Ilustración, cf. Hassemer, Winfried, "Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", en *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 14, enero – junio de 1991, Buenos Aires, Argentina, p.88.

² Ya se sabe que la construcción normativa de Jakobs es funcionalista, y que en este sentido la determinación de sentido siempre es funcional, luego con ello adelanta el carácter preventivo de prácticamente el sistema penal en su conjunto, lo cual supone enterrar la humanización dignificadora en pos de la mantención del sistema. Cf. Jakobs, Günther, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, 1996, Madrid, España, sobretodo págs. 65 a 67. En contra de este funcionalismo vid. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, t. I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de Luzón Peña, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel, y De Vicente Remesal, Javier, 1997, Madrid, España, p.805 a 807.

complicidad de las elites minoritarias, **(141)** que siempre se empeñaron en ver, a la luz de esas revisiones, como causa de sus males, el desapego a las contribuciones y relatos ilustrados³.

No es difícil entonces entender por qué el problema indígena es apartado, minimizado, o silenciado. El sistema penal debía enfrentarse a esa situación nueva, y no considerada en Europa. La salida fue erigida desde la facticidad, pues si ya la estructura jurídica nueva transplantada era distanciada de las relaciones sociales sincréticas, aún más lo era de los indígenas, quedando ellos, por tanto, al margen, o siendo sometidos igual que el resto de la población a esa misma lejana estructura. Este soslayamiento fue deliberado y cómplice. El entramado dogmático penal, tanto como el criminológico, cimentados en el positivismo, que se expande por todo el Nuevo Mundo, será el eje de la codificación ultramarina, la que, salvo excepciones, buscará la homogeneidad, asentada en la igualdad formal. Esa supuesta igualdad, y esa aplicación homogénea del sistema penal, tributario del positivismo, harán añicos la consideración de culturas distintas, y convertirán al sistema político, y por supuesto al penal, en arma de exterminio y dominación en nombre del progreso burguesamente concebido desde Europa, y refrendado por las elites criollas, al confrontar las nuevas sociedades en términos culturales, esto es tradicionales v/s modernas. Esta lectura político criminal cegatona encubría, sin atisbos de conciencia, la dialéctica capitalista del desarrollo, que opondría sociedades desarrolladas a subdesarrolladas, o dicho de otra forma, creaba, desde el centro, sociedades periféricas⁴.

(142) La Sociedad Civil y su Sistema Penal

La relación entre el sistema penal y el poder burgués ha sido suficientemente puesta de manifiesto como para pretender aquí abordar con detalle ese proceso. Se debe tener en consideración, eso sí, que ese fue un proceso lento, en el que transitaron a parejas el desarrollo de la dogmática penal y de la criminología, junto al asentamiento de dicho poder. La sociedad civil irá utilizando los medios a su alcance para asentar su dominio, y uno de ellos será el sistema penal. La construcción teórica de la dogmática penal y de la criminología, en ese contexto, será un resultado más de la fragmentación de la cultura (ciencia, moralidad, arte), que se produce con el advenimiento de la modernidad, según diagnosticó con toda claridad Kant, y asumió, más tarde, Hegel.

Habría que decir que existe una cercanía evidente entre el despliegue económico, político e intelectual de la burguesía, y la modernidad entendida como problema filosófico. Esta última, en efecto, encuentra su paradigma en el principio de subjetividad, cuyos hitos son la Reforma, la Ilustración, y la Revolución Francesa⁵. El vínculo social que mantuvo a Europa cohesionada es destruido por las guerras de religión, y el nuevo elemento socialmente aglutinador ya no puede emerger de las aguas de la fisurada religión, sino, para decirlo con el Hegel de la *Fenomenología del Espíritu*, del reconocimiento dialéctico arrancado del temor y la dominación, cuyo producto es el despliegue de la razón en la historia, o, para decirlo ahora contractualmente, de un contrato social. En esta reconstrucción del vínculo social, la sociedad civil será el grupo articulador de esa tarea, el protagonista de aquella. Por sus manos pasará la plasmación ejecutiva de la eticidad pulverizada. Ese proceso reconstructivo tiene **(143)** muchos ribetes que no es el caso desarrollar sino nada más

³ Santiago Castro –Gómez ha revisado y criticado ese análisis filosófico. Vid. Castro – Gómez, Santiago, *Crítica de la Razón Latinoamericana*, 1997, Barcelona, España, p. 159 y siguiente. El positivismo latinoamericano consiguió así convertirse en el paradigma práctico de los teóricos positivistas europeos.

⁴ Respecto a este tipo de sociedades y su distinción, vid. Hinkelammert, Franz, *Dialéctica del Desarrollo Desigual*, 1970, Buenos Aires, Argentina, p. 10a 15.

⁵ Vid. Habermas, Jürgen, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, reimp. 1993, Madrid, España, p.29, comentando a Hegel. Para una revisión del principio de subjetividad hegeliano, vid Ritter, Joachim, "Subjetividad y Sociedad Industrial", traducción de Rafael De la Vega, en *Subjetividad*, 1976, Barcelona, España, p. 9 a 30 inclusive.

mencionar y enlazar en lo que aquí interesa⁶.

La Revolución Francesa supuso la conquista del poder político por parte de la burguesía, y es a partir de ese momento cuando comienza la tarea de su confirmación. Semejante empeño había de contar con un discurso legitimador asentado en sus propios presupuestos, la Ilustración hubo de involucrarse⁷. Finalmente, La Reforma, en cuanto acontecimiento clave de la subjetivización, había de producir frutos más allá de la religión, al emparentarse en su despliegue con la economía, la mimesis ascetismo y ganancia sentaba las bases de la economía capitalista⁸. De este cúmulo de circunstancias concomitantes cuajarán la democracia moderna, y el capitalismo, bases de lo que Weber llama racionalismo occidental.

En todas estas construcciones, los distintos grupos sociales jugaron su papel, pero fue la sociedad civil la llamada a liderar esos cambios y a reconstruir a partir de ellos el vínculo social roto. Lo que quiero destacar es que en esos procesos reconstructivos ningún grupo social tuvo un rol tan protagónico como la burguesía, porque las instancias de poder significativas serán instauradas con la voz de sus intereses, lo cual no significa, por cierto, que en esa brega el resto haya estado silenciado, o que nada quede de sus argumentos, aunque, y esa es la cuestión, siempre sublimados.

(144) Ahora bien, entender la modernidad en estrecha relación con la sociedad civil puede llevarnos a ciertas confusiones de las que hemos de prevenirnos. La expresión modernidad es utilizada primero en una acepción temporal, época moderna o *Neue Zeit* (Hegel)⁹, antes que como concreción de un discurso filosófico. Sin embargo, más que analizar la relación de la burguesía con el fortalecimiento y consagración de ese discurso, lo que intento aquí es una cosa bien diferente, a saber poner de relieve cómo la burguesía, en ese contexto moderno, consolida su poder y cómo, para ello, se sirve del sistema penal. Lo que no puede perderse de vista es que en la construcción de la modernidad la burguesía asume un papel que ya he puesto de manifiesto, y que en ese mismo contexto pugnará por cristalizar su dominio social, lo cual conseguirá, precisamente por lo anterior, sin poner en tela de juicio las conquistas modernas, excepto en cuanto desfavorezca sus intereses, lo que originará una tensión incuestionable entre los ideales ilustrados y dichos intereses burgueses. Uno de los resultados más dramáticos de aquella tensión lo constituirá la racionalidad cosificadora victoriosa, que es entronizada por la industria¹⁰, y por el Estado burgués, en estrategias controladoras, de dominación.

En esta contextualización, el sistema penal no será sino un mecanismo más para la degradación y la alienación del individuo, especialmente los contrarios a los intereses sociales, representados por la sociedad civil. La coacción estatal reafirmará al Estado como instancia de poder, el castigo se convertirá en su constatación. El despliegue del control político burgués tendrá como piedra de toque

⁶ Habermas sintetiza esa reconstrucción espléndidamente: *"la unidad del mundo ya no puede quedar asegurada por más tiempo a través de la hipostatización de principios patrocinadores de unidad (dios, ser o naturaleza), sino que ya sólo puede ser sostenida por la vía de la unidad de la razón (o mediante una configuración racional del mundo, la "realización de la razón")*", vid. Habermas Jürgen, *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, traducción de Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García Cotarelo, 1992, Madrid, España, p. 19 y 20.

⁷ La relación de la burguesía con la Ilustración queda clara en Lukács, Georg, *La Crisis de la Filosofía Burguesa*, traducción de León Rozitchner, 1958, Buenos Aires, Argentina. Lukács nos sitúa ante una alianza de pensamiento e industria, que lleva a la filosofía desde la mayor abstracción al mayor compromiso con los intereses burgueses.

⁸ Vid. Weber, Max, *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, traducción de Luis Legaz Lacambra, 1994, Barcelona, España. Para una revisión conservadora crítica, cf. Bell, Daniel, *Las Contradicciones Culturales del Capitalismo*, traducción de Néstor Míguez, 1994, Madrid, España, p. 17 a 41 inclusive.

⁹ Habermas, Jürgen, *El Discurso*, Ob. Cit., p. 15 y ss.

¹⁰ En términos económicos, vid. Lukacs, Georg, *Historia y Conciencia de Clase*, traducción de Manuel Sacristán, 1975, Barcelona, España, p. 124 y siguiente.

al castigo instrumental, pero coordinándolo siempre con sus propios intereses. Luego, la reformulación de los tormentos vendrá de la mano no ya del racionalismo ilustrado, ni menos aún de los castigados sino, antes, del cálculo. La aniquilación de los sujetos será **(145)** desdeñable antes que por la deshumanización que entraña, por un ajuste de cuentas del poder económico con el político. Esta coordinación, iluminismo - burguesía, encontrará voz legitimadora para esos cambios en los discursos morigeradores de las sanciones penales. En suma, el sistema penal se deconstruye como una confabulación de la Ilustración, uno de cuyos paradigmas será la llamada ciencia penal, enmascarada por los intereses calculadores de la sociedad burguesa.

Otto Kirchheimer y Georg Rusche pusieron de manifiesto, en *Pena y Estructura Social*, la relación entre el sistema penal y el modo de producción capitalista, cómo se emparentan la teoría penal y la sociedad industrial; cómo, a partir de la racionalidad y de la dinámica intrínseca del capitalismo, se implementarán primero y abandonarán después las deportaciones; cómo, finalmente, se llega a la pena de prisión, dejando en el camino el aislamiento celular, y arribando al encierro de nuestros días que, paralelamente, complementa el sistema punitivo con la profundización de las penas pecuniarias¹¹.

Siguiendo esa comprensión economicista del castigo, si la mano de obra es necesaria, pronto, con la revolución industrial, será imprescindible entonces la desaparición de los castigos corporales anuladores de la fuerza de trabajo (vgr. galeras), y las deportaciones se convertirán en el castigo más recurrido al relacionar economía en expansión y castigo. Se conseguía así un abaratamiento de esa mano de obra y una expansión de los mercados centrales. La relación cálculo económico – pena es puesta de manifiesto. Los avatares del modo de producción capitalista verán nuevos cambios en las políticas sancionadoras, porque los trabajadores libres exigirán iguales derechos a la hora de competir, y la igualdad formal exigirá entonces cambios en la política penitenciaria. Ahora hay que encerrar, pero en condiciones socioeconómicas menores a las de aquellos que están en libertad, ese es un dogma que cristaliza entonces y que permanece intacto hasta nuestros días. La prisión es un castigo, pero no sólo eso, hay que revestirla de algo más que pura expiación jurídica.

(146) La moral puritana, crecida al albor de la Reforma religiosa, se inmiscuirá en la prisión con aires redentores y ascéticos. El aislamiento redime las culpas (morales, antes que jurídicas), el grupo optimiza el trabajo. Los encierros celulares nocturnos verán entonces su coronación hasta que quede en evidencia su escasa utilidad para la producción, debido a los tormentos síquicos que ocasiona. Y si a eso se agregan las críticas de los detractores, el paso será pronto, de la mano de la nueva situación económica de las clases más bajas a fines del siglo XIX, la profundización de las penas pecuniarias, paso que lleva, desde luego, encerradas las condiciones de su plausibilidad, lo que quedará pronto clarificado, porque desmanteladas esas condiciones, vaciados los bolsillos por los vaivenes económicos que abrigaba la misma economía del capital, ya las penas no se pueden pagar, y por lo tanto, si no son rentables, es preciso encerrar nuevamente. Así, el sistema penal se convierte en un arma para regular la producción, esto es, aparece en coordinación con el capitalismo, y de este modo resulta potenciado por su racionalidad de dominio. Pero no estamos sólo ante una dominación de la sociedad civil, sino también del Estado a su servicio, que mantiene bajo su control todo aquello que desafíe el nuevo orden político y económico, orden que oculta los intereses burgueses en sus mismas estructuras de dominación, y que utiliza, por lo tanto, los discursos científicos ilustrados, a la medida de esos mismos intereses.

Foucault, por otra parte, revisa la relación no ya entre el modo de producción capitalista y la pena, sino entre el poder político y la pena y, como se sabe, ese poder político se consolida en manos de la burguesía en los siglos XVIII y XIX, época en la que también se asienta la prisión como paradigma de ordenación del sistema penal¹². Foucault, que tiene a la vista el trabajo de Kirchheimer y Rusche,

¹¹ Vid. Kirchheimer, Otto y Georg Rusche, *Pena y Estructura Social*, traducción de Emilio García Méndez, 1984, Bogotá, Colombia.

¹² Vid. Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, 1995, México. Asimismo, Foucault, Michel, “¿A qué llamamos castigar?” en *La Vida de los Hombres Infames*, traducción

expone con claridad la racionalidad del castigo a lo largo de los siglos objeto de su estudio, nos sitúa frente a la genealogía del poder del castigo, y nos conmina a advertir en ella una “economía política” del cuerpo. Esta objetualización del cuerpo sobre la que (147) llama nuestra atención, sufrirá transformaciones serias desde el suplicio a la prisión, porque el cuerpo expoliado pasará, en épocas posteriores y sucesivas, a convertirse en objeto de la administración de los ilegalismos, de las nuevas disciplinas controladoras, y de los nuevos mecanismos distribuidores de poder. Lo castigado ya no será el delito sino los delincuentes. La justificación de la prisión vendrá vinculada a la administración de los cuerpos. Primero conminará al trabajo, y luego a reforzar el control simbólico del poder. La administración de los ilegalismos supone vigilancia (vgr. panóptico), y la vigilancia supone vigiladores. La técnica de lo penitenciario habrá de convertirse pronto en el modelo emblemático del control. Es cierto, la prisión no hace sino recrear aquello que se supone está llamada a reducir, la delincuencia. Pero ante “la venganza de la prisión contra la justicia”, sugiere Foucault que lo que verdaderamente queda encubierto es la reafirmación del control, y en ello el interés oculto por la administración monopolizadora del orden. Luego, quienes rompen el contrato han de ser llamados al orden establecido, por el grupo de los ordenantes. El castigo ordena y disciplina a quienes rompen el contrato, su fundamentación entonces es el orden violentado. El paso siguiente será, consecuentemente, convertir a los delincuentes en el chivo expiatorio de ese orden.

Por supuesto que el proceso de consolidación y dominio del poder burgués necesitaba de discursos que permitieran su desplante, y por eso la criminología producirá buena parte de los mismos. La dogmática penal, en cambio, arrimada a sus esfuerzos normativos, verá cómo ese esfuerzo criminológico se servirá de sus estructuras para coronar sus posicionamientos. La cosificación de los individuos diversos será emprendida por la criminología, de ahí que la aparición de la criminología no pueda desligarse del surgimiento de la sociedad burguesa¹³. Es evidente que tras las pugnas generadas por el control del poder político y consolidados los mecanismos de dominio, su implementación constatadora no puede sino emparentarse con este proceso de instauración de las instituciones burocráticas¹⁴(148). De modo que la criminología vendría a ser un estudio sobre el control de los desviados del orden, estudio que habría de considerar, en una visión del sistema penal en su conjunto, los mecanismos dogmático-jurídicos para el restablecimiento de ese orden (derecho penal) que se conectan con aquella. El énfasis de la criminología, tal cual se aprecia, está puesto en los sujetos antes que en el delito. La consideración teórica de este último se encuentra en clara armonía con los presupuestos de la naciente criminología, ya que también se apegaba al entendimiento originariamente contractualista del bien jurídico¹⁵. De manera entonces que el objeto de estudio de la criminología serán los individuos violentadores del contrato, en cuanto agentes de un daño social que ha de ser resarcido.

El Sistema Penal y el Defensismo Social

Los primeros estudios de la criminología se cierran conocidamente sobre el análisis de una caracterización síquica y biológica de los infractores. Unos estudios de raigambre etiológica. Ha de averiguarse qué tienen de singular esas personas que violentan la convivencia contractual, porque son ellas, desde luego, una amenaza que hay que reducir, minimizar. Vale decir, el objeto de estudio de la criminología sería esos sujetos, esas personas erosionadoras de la convivencia, y sus

de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, 1990, Madrid, España, p. 213 a 229.

¹³ Esto es puesto en evidencia por Pavarinni, Massimo, *Control y Dominación*, traducción de Ignacio Muñagorri, 1993, México, p. 19. También se puede revisar Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, 1986, México, p. 21.

¹⁴ La cuestión ha sido puesta de manifiesto por Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología (Aproximación desde un Margen)*, Bogotá, Colombia, p.5 y siguiente.

¹⁵ Hormazábal, Hernán, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la Norma Penal)*, 1992, Santiago, Chile, p.13.

circunstancias, así como características intrínsecas. Se trata, entonces, de un desarrollo positivista, en cuanto a su inspiración filosófica y psicológica, cuyo objeto de estudio son los comportamientos desviados en sociedades unilineales. La criminología positivista, en efecto, utiliza el mismo modelo epistemológico empleado por el positivismo filosófico que, adoptándolo de la llamada ciencia por antonomasia, la física, se planteaba frente al mundo en términos sujeto – objeto. Los boicoteadores del contrato eran el objeto de estudio de la criminología, y ésta se encarga así de presentarnos **(149)** a los individuos desde el paradigma del método científico objetivo y la neutralidad valorativa. Sus emblemáticos representantes, como se sabe, fueron la escuela sociológica francesa (Gabriel Tarde), la escuela sociológica alemana (Franz von Liszt), y la escuela positiva italiana (Enrico Ferri, Cesare Lombroso, y Raffaele Garofalo)¹⁶.

La antropología, la sociología, la criminología, la biología, hicieron de la criminalidad su objeto de estudio, y su desplante tuvo siempre como trasfondo el mismo modelo epistemológico al que hacía referencia, modelo paradigmático de las llamadas ciencias de la naturaleza, particularmente en los siglos XVIII y XIX: sujeto – objeto. Insistir en ello, antes que una obviedad, es una llamada de atención.

Las ciencias nos mostraban los rasgos definitorios de quien, por constituir potencialmente un riesgo para la conservación del pacto social, había de ser considerado peligroso. Ninguna de estas consideraciones, como era obvio, ponían en cuestión el orden estructural, sino contribuían a su sistematización, de modo que el poder resultaba vigorizado por un mecanismo metodológicamente legitimador del status quo. La articulación de los saberes científico – sociales daba confirmación al sistema penal y al desplante de éste en su conjunto. El método científico, en su neutralidad, no ponía en cuestión al orden imperante.

Toda la filosofía del derecho penal, desde Beccaria o Feuerbach en adelante, tiene como trasfondo muy importante el resquebrajamiento de la convivencia como amenaza, cuestión que legitima la creación intelectual de mecanismos para su reconstrucción, al menos en Centroeuropa. España queda un tanto al margen de ese desarrollo debido a que el vínculo social no es destruido con guerra de religión alguna, por consiguiente la unicidad de la cultura se conserva intacta, de ahí que la legitimación de la intervención punitiva estatal venga dada más bien por el cuestionamiento de la autoridad ya legitimada por otras vías antes que por consideraciones contractualistas, cuestión que reafirma una deontología metajurídica, como **(150)** queda expuesto en los trabajos, por ejemplo, de Lardizábal¹⁷.

De esta manera, decía, aunque una consideración del delito como una violación del derecho (Carrara), constituyó una formulación normativa más rigurosa que la reducción a peligro o amenaza del orden, no dejó por eso de ser similar a lo que se ha venido exponiendo, ya que el derecho igualmente será la plasmación de un orden, y su vulneración un ataque a ese mismo orden. La precisión que entrañaba este mayor rigor teórico ha de ser acotada. Hacía hincapié antes en el delito que en el delincuente, formulación que contiene claros visos kantianos. No obstante, el delito sigue constituyendo un peligro social y por lo tanto la reacción, la pena, es *defensa social* de los peligrosos. Esta sistematización teórica del delito, reitero, no altera el análisis precedente, porque la escuela clásica del derecho penal, de la que es representante Carrara, se sigue moviendo en términos de reacción ante una transgresión al orden. El matiz que ha de señalarse respecto a los positivistas pasa por la distinta consideración de los sujetos, pese siempre a la concomitancia última. Para la filosofía clásica del derecho penal éstos son libres, capaces de comprender el delito, y por lo tanto responsables de sus actos; mientras que para los positivistas, el estudio de los agentes delictivos les lleva a plantear, atendido los análisis de las causas del crimen, sus circunstancias, y

¹⁶ Vid. Baratta, Alessandro, Ob. Cit., p. 24.

¹⁷ Bacigalupo, Enrique, "Culpabilidad y Prevención en la Fundamentación del Derecho Penal Español y Latinoamericano", en Strate nwert, Günter, *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*, traducción de Manuel Cobo del Rosal, 1980, Madrid, España, p. 22 y 23. También en Bustos, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, 1989, Santiago, Chile, p. 109 a 111.

quienes los cometen, un causalismo criminológico, que habría de conducir a un determinismo psicobiológico del individuo (Lombroso). De esta manera, los positivistas ponen el acento en los autores del delito antes que en el delito mismo, y la criminalidad se vuelve objeto de estudio del *anómalo*. Las repercusiones de esos distintos acentos se dejarán sentir en la dogmática penal, pese a ser ambas tributarias de la *ideología de la defensa social*, especialmente en la fundamentación de la culpabilidad¹⁸(151), y con particularidades en la intelección de la imputabilidad. Sobre esta última volveré más adelante.

Este acercamiento de la criminología y el causalismo al delito, emprendido por el positivismo, en el que me concentro en esta parte debido a las proyecciones que tendrá allende la dogmática penal, a diferencia de la escuela clásica, metodológicamente objetualiza no sólo las causas del delito sino, con ello, a los sujetos mismos. De esta forma, en la criminología, y en las proyecciones de ésta al sistema penal en su conjunto, se hornean las mismas aporías de la teoría del conocimiento que se aferraba al método de las ciencias de la naturaleza, ahondando con la separación del sujeto y el objeto la ilusión de una invariabilidad. El sujeto se erigía en abstracción, ajeno a toda experiencia y realidad. Esta abstracción del Hombre, fijadora e invariante, mete de contrabando la cosificación de las relaciones sociales, ya que al considerarlas se soslaya su articulación dialéctica. La posición cognoscente del sujeto es un cautiverio en el estudio del mismo sujeto como objeto, porque el análisis etiológico no es considerado relacionalmente, siendo esa relación ocultada, y por eso la criminología positivista nunca se ha sacudido el hermético modelo que la mantuvo atrapada por una ilusión fenomenológica¹⁹, que es la misma a la que se mantiene aferrado el positivismo en su conjunto. Si esto se pone en relación con la concreta miopía criminológico-positivista, entonces se comprende fácilmente la aparición y consagración (152) de la defensa social como ideología, pues los otros, distanciados, serán el objeto de análisis, encubriéndose la interacción social existente en el fenómeno delictivo, y que años más tarde será puesta de manifiesto por Durkheim.

El nuevo orden, el orden de la sociedad civil, producirá, simultáneamente a su implantación, esta *ideología de la defensa social*²⁰, articulándola como pieza clave del sistema penal que se creaba. Tanto la escuela clásica del derecho penal como la positivista se aliarán con esta ideología, en la medida que ella legitima al sistema penal burgués desde las premisas contractualistas, luego la defensa social es canalizada ideológicamente no ya sólo por su reafirmación política del orden vigente (defensa de la sociedad), sino también por su articulación dogmática en términos de teoría del conocimiento (vgr. el positivismo criminológico en la dogmática penal). Así entonces, la conexión de la criminología con el derecho penal vendrá dada por la fundamentación subjetiva de la pena en relación al hecho, por la culpabilidad, en términos de reprochabilidad (clásicos), pues será ella la instancia del sujeto responsable ante su hecho (injusto), o bien, si la subjetivización no es suficiente desde el absoluto social, por la significación social de peligrosidad (positivistas). En ambos casos, criminología y derecho penal tenían, como idea regulativa del sistema penal, a la defensa social que éste suponía frente al delito y los sujetos peligrosos.

La construcción teórica de la criminología y de la dogmática penal consolidarán de este modo

¹⁸ Para una revisión de la fundamentación clásica de la culpabilidad y su proyección actual Donna, Edgardo, "La Culpabilidad" en *El Poder Penal del Estado (Homenaje a Hilde Kaufmann)*, 1985, Buenos Aires, Argentina, p. 337 a 346; también en Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Santiago, Chile, p. 197 y siguiente; igualmente en Stratenwert, Günter, Ob. Cit. p. 87 y siguiente; en Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y Pena*, 1977, Barcelona, España, especialmente p. 23 y siguiente; y, finalmente, en Gómez Benítez, José Manuel, "Sobre lo Interno y lo Externo, lo Individual y lo Colectivo en el Concepto Penal de Culpabilidad", en Silva Sánchez, J.L., *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, 1997, Barcelona, España, p. 269 a 277.

¹⁹ La revisión crítica del modelo epistemológico utilizado por el positivismo es expuesta por Adorno tomando como referencia el sujeto trascendental kantiano y la revisión posterior del idealismo alemán, vid. Adorno, Theodor, *Consignas*, traducción de Ramón Bilbao, 1993, Buenos Aires, Argentina, p.151.

²⁰ Baratta, Alessandro, Ob. Cit., p.36 y siguiente.

mecanismos de control legitimados por la hermenéutica jurídica y la política de poder de entonces. Esto permitirá llevar a término una sistematización teórica del encierro de los *disidentes* del contrato, que operará como defensa social sin contrapeso. Tal esfuerzo, junto con articular una lógica interna del sistema penal, y legitimar el control, dejaba indemne, en consecuencia, al orden de la sociedad civil, promotor de dicho esfuerzo. En las sombras de semejante entramado arquitectónico habita un claro interés controlador por el sometimiento al poder burgués de todos los disonantes; el nuevo orden desarrolla con ese propósito una racionalidad de dominio, tanto en las esferas de la economía como de la **(153)** política, y la criminología, el derecho penal, así como en general el sistema penal en su conjunto, no escapan a ese diagnóstico²¹. Hay que recluir, disciplinar, controlar a los peligrosos, la tarea demanda una justificación no sólo política, sino técnico – jurídica.

La culpabilidad entonces es iluminada en el positivismo por el concepto de peligrosidad, de modo que la culpabilidad por el hecho es prevención pura del peligro, antes que responsabilidad. Luego, si antes los individuos estaban estigmatizados con la carencia de libre albedrío, ahora estarán determinados a esa peligrosidad de la que es necesario prevenirse y prevenir. La intervención, el control penal, de esta forma, ha de ampliarse, porque peligroso no es sólo el que delinque, hay, como digo, que prevenir, intimidando, instancia previa al hecho. La morigeración de esta absolutización vendrá dada por el dualismo pena – medida de seguridad, aunque esta última es articulada con igual lógica: porque el peligro subsiste, no obstante el reproche y la posterior pena, habrá medidas.

De este modo, como reforzamiento, aparecen las medidas de seguridad, junto a las penas. Si el sujeto ya ha consumado el hecho, tipificando su conducta como antijurídica, haciéndose inocua la prevención intimidatoria, es porque, o bien las sanciones no son suficientemente preventivas, o bien porque los individuos carecen de aptitudes motivadoras, y por lo tanto la prevención como motivación racional aparece desgastada, sería ese el caso de los dementes o los menores. Es decir, la falta de entendimiento del nuevo juridizado status quo, es proporcional al estrechamiento que el nuevo orden implementa utilizando el sistema penal. Para quienes no entienden, o no pueden entender por carecer de capacidad para ello, ha de haber un control particular, hay que controlar especialmente, con un régimen propio. Todo desafío al orden hegemónico ha de ser reducido, porque es incompatible con el afiatamiento del mismo²² **(154)**. Esta nomenclatura jurídica, asentada en el concierto de los intereses burgueses, será embestida a mediados de este siglo, pero incluso entonces la defensa social tendrá fuerza para resistir los embates y reaparecer con un maquillaje más propio de un discurso revisionista²³.

Pronto los sistemas paralelos, pena y medida, funcionarán coordinados, pero autónomamente. La pena tendrá como presupuesto la culpabilidad del autor, en la medida que ella legitima su reproche; y la medida de seguridad, en cambio, la pura peligrosidad del sujeto. Pero, eso sí, ambas, penas y medidas, articulan este dualismo bajo la supervisión de la peligrosidad como criterio rector. Una culpabilidad disminuida no asegura un menor peligro del sujeto y por eso pueden aparecer, no obstante la aplicación de penas, medidas de seguridad, dándose la paradoja, excepcional si se quiere, de enfrentar los individuos, por un mismo hecho, una doble sanción: pena primero, y medida de seguridad después, vgr. los *dementes*²⁴.

²¹ Si la criminología camina de la mano de la consolidación de la ideología social burguesa, no ha de sorprender que con ella las ciencias se vuelvan un instrumento de legitimación de esa ideología. Al respecto se puede revisar, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 131 y siguiente.

²² Con detalle Bustos se refiere a este asunto al tratar la imputabilidad como construcción teórica reguladora de las compatibilidades que asume y enfrenta el orden hegemónico, vid Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, 1987, Barcelona, España, p. 281 y siguiente.

²³ Sobre la Nueva Defensa Social se puede revisar Bustos, Juan, *Introducción*, Ob. Cit., p. 189 y siguiente.

²⁴ Roxin, Claus, "La Parte General del Derecho Penal Sustantivo", traducción de Luis Arroyo Zapatero, en Roxin Claus, Arzt, Günther, y Tiedemann, Klaus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, 1989, Barcelona, España, p. 28 y 29.

Esto suponía introducir matizaciones dogmáticas a la hora de la defensa, pues había algunos a quienes se podía motivar, algunos que podían ser educados en este nuevo orden, y otros que carecían de esa posibilidad, pues, en definitiva, carecían de conciencia, o ella era incompleta, luego toda intimidación era inútil. Los dementes y los menores, con una culpabilidad inexistente o aminorada, debían, por seguridad, ser encerrados. Se desplegaba así la homogeneizante consideración de la peligrosidad entre los que serían considerados imputables e inimputables, solapándose, en caso de los primeros, **(155)** en la culpabilidad²⁵. Si la pena era ante todo defensa social, había que intervenir en los individuos en términos preventivo especiales. Esta pugna entre quienes consideraban a la pena simplemente como retribución y quienes le daban un contenido preventivo especial originó una disputa que, precisamente, la dogmática recepcionó en el sistema dualista de penas y medidas de seguridad, imponiéndose las primeras a quienes han causado un delito y las segundas a quienes, además de causarlo, son peligrosos. Es evidente que quienes ni siquiera tienen conciencia del orden están más expuestos a ese estigma de peligro, porque la *inconciencia* supuso que su responsabilidad no sea por culpabilidad alguna sino por el grado de peligrosidad que suponen. Las medidas de seguridad se legitimaban al decirse que pretenden educar y resocializar, cuestión que reviste la peligrosidad inteligida en beneficencia simulada.

Este doble embestimiento dogmático de la ideología terapéutica, al fundir pena y medida de seguridad, cuya identidad y contenido es el mismo, por una parte; y por otra, la habilitación así de la legitimación de la reducción de las garantías individuales que eso suponía, resultaba claro²⁶, ya que se exponía uno al castigo no sólo por su responsabilidad sino también por su peligrosidad, dando lugar, reitero, a dos sanciones, acaso conjuntas, acaso consecuenciales: pena y medida. Así entonces, la dogmática recepcionaba las lecturas criminológicas y seleccionaba entre imputables e inimputables, o sea, distribuía el ejercicio del poder punitivo según el grado de peligrosidad, y es evidente que esa escisión técnica no será sólo nominal.

Se ha puesto suficientemente de manifiesto que la doctrina terapéutica que entrañaba la declaración de inimputabilidad, guardaba en sus ánforas un mecanismo de control hacia los que se consideraban más peligrosos. La ideología de la defensa social recubría de resocialización la estigmatización y la opresión punitiva sin contra **(156)** pesos. En efecto, los más peligrosos, aquellos que revisten un mayor *cuidado*, son los susceptibles de medidas de seguridad, quedando fuera del marco penal propiamente considerado, porque las medidas de seguridad han de tener una función *protectora*, antes que represora, y de este modo, ese dualismo pena – medida de seguridad encubre el control penal más violento. Si las penas han de aplicarse a los capaces de culpabilidad, vale decir a aquellos que son capaces de comportarse conforme al orden existente y, sin embargo, lo contrarían; las medidas ya no pueden aplicarse sino, salvo las excepciones de la simultaneidad, a quienes carecen de esa capacidad, por lo tanto el criterio para su aplicación no será otro que el de la sola peligrosidad. Se encubre con ello un acérrimo control no ya sólo sobre los *responsables* (reprochados) sino sobre los *peligrosos*, porque ambas, penas y medidas, son sanciones jurídicas estatales. Sin embargo, en la aplicación de las penas los sujetos cuentan con una serie de garantías de las que carecen en la aplicación de las medidas. Mientras en el primer caso se es responsable por la reprochabilidad del acto (siguiendo con ello la fundamentación de la filosofía clásica), en el segundo se es tal por la peligrosidad (siguiendo el fundamento positivista). Es cierto que la fundamentación es diferente, pero también lo es que ambas, y hay que insistir en esto, penas y medidas, son sanciones, atendiendo a criterios teórico jurídicos (cf. Hart o Kelsen), y no obstante las segundas carecen, por regla general, de las garantías que poseen las primeras. En ambos casos se contraría el orden existente, y por lo tanto en ambos sobreviene una sanción a resultados de esa

²⁵ Para una fundamentación de la imputabilidad desde la filosofía clásica del derecho penal a la construcción psicologista normativa, vid. Díaz Palos, Fernando, *Teoría General de la Imputabilidad*, 1965, Barcelona, España,, p. 85 a 155 inclusive.

²⁶ Sotomayor, Juan Oberto, *Inimputabilidad y Sistema penal*, 1996, Bogotá, Colombia, p. 95 y siguiente, con especial atención a las citas doctrinales.

contravención²⁷. La imputabilidad es utilizada como instancia dogmática para categorizar a los peligrosos *conscientes*, a quienes se les hace responsable por sus actos, en función de un reproche por el acto cometido, cuestión que la dogmática considera en el principio de culpabilidad; y a otros, los *inconscientes*, en función de la peligrosidad de su conducta, atendido que carecen de libertad. Es decir, unos responden por su responsabilidad como reprochabilidad, y otros por su responsabilidad social, por el peligro **(157)** que representan en y para la sociedad. Pues bien, esa distinta fundamentación entonces no es más que un sofisma, porque ambas, penas y medidas de seguridad postdelictuales, sobrevienen tras la comisión de un hecho típico y antijurídico (injusto).

En la teoría del delito la culpabilidad siempre ha constituido un momento posterior a la tipicidad y a la antijuridicidad²⁸. Y si ello es así lo que debe averiguarse no es ya si el sujeto en abstracto no comprendió, por carecer de conciencia para eso, sino si cara a un hecho concreto (injusto) no comprendió y en qué medida. Para decirlo de otro modo, la falta de conciencia ha de concretarse, antes que asumirse *prima facie*. Ha de distinguirse entonces, en la inimputabilidad, el vínculo entre acto y culpabilidad (y he sostenido que si se entiende a los inimputables como carentes de libertad, al verse alterada su conciencia, entonces carecen de responsabilidad, ya que sin voluntad no puede haber reproche, según la fundamentación clásica) de aquel entre el hecho y la sanción. En efecto, el juicio de inimputabilidad se hace a partir de un injusto cometido, y por eso las medidas se aplican no *con ocasión* de un hecho sino *a causa* de un hecho²⁹. La confusión que se produce aquí es entre causas y resultados.

La averiguación de las causas de peligrosidad no tiene por qué suponer que sobrevengan medidas ya sólo por esto, ellas precisan un resultado, un injusto. Y la cuestión estriba precisamente en esto, porque no se puede hipostatizar la aplicación de una medida de seguridad debido a un estado (el de peligroso). La medida se aplica porque hay un hecho, que traduce esa peligrosidad, y la medida no es más que una sanción por el hecho, pues es el hecho, y no la simple conducta, el que, en términos contractualistas, rompe la convivencia.

(158) La imputabilidad, como momento de la culpabilidad, permitió una articulación dogmática desde la estigmatización de la peligrosidad que materializaba la criminología positivista, incluso hasta bien entrado este siglo. En efecto, la fundamentación de la inimputabilidad se mantuvo hasta el finalismo en la falta de libre albedrío (en relación al hecho), y en la peligrosidad (en relación a la aplicación de las medidas de seguridad al sujeto), es decir, al vincular hecho y sanción en la aplicación de las medidas, el sujeto y su hecho no eran más que una excusa para la reafirmación simbólica del poder estatal. Reificado el individuo, era diseccionado socialmente, pues al ser confrontado con el orden vigente eran embestidos sus atrevimientos contra éste sin tener la menor consideración por la síntesis normativa que supone la sociedad y sus relaciones dialécticas. El sujeto es aislado sin más, analizado como un agente exógeno, invasor de la sociedad y su orden. Ese análisis dogmático, de claros tintes criminológico – positivistas, negaba lo que la sociología, sobre todo a partir de Durkheim, iba a enlazar: sociedad e individuo.

La revisión criminológica sobrevendrá fundamentalmente desde los aportes de la sociología estadounidense. Ya los primeros pasos se daban con el estructural-funcionalismo durkheimiano, que se distancia de la caracterización biosicológica recalcitrante del positivismo, y despliega la

²⁷ Juan Sotomayor ha demostrado la ideología encubridora que subyace a la construcción dogmática de la culpabilidad en la pena, y de la peligrosidad en las medidas de seguridad. Para la comprensión sancionadora de ambas, vid. Ob. Cit. p.151 a 161.

²⁸ Bustos, Juan, y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, 1997, Madrid, España, p. 146 sostienen precisamente que *'la tipicidad precede a la antijuridicidad y deben ser examinadas en ese orden'*. Es el sujeto frente al hecho, frente a su hecho, el que debe ser analizado por su responsabilidad. También Bustos, Juan, *Manual de Derecho Penal*, 1994, Barcelona, España, p. 506

²⁹ Especialmente, Sotomayor, Juan, Ob. Cit., p. 158

explicación de la anomia desde la misma estructura social. Será Merton quien profundice en eso³⁰. Las teorías del *labelling approach* dismantlarán el añejo discurso criminalizador y pavimentarán el camino hacia una nueva criminología, la criminología crítica³¹.

Ahora bien, las revisiones críticas del sistema penal harán mella en la fundamentación dogmática de la imputabilidad, pero no en su implantación, en lo que dice relación con el tratamiento institucional de los inimputables. La comprensión de la imputabilidad, en efecto, entendida como responsabilidad, en el marco de una culpabilidad, y **(159)** ésta en un contexto de relaciones sociales³², no altera la aplicación burocrática de las medidas de seguridad para los inimputables por sus hechos, y por lo tanto deja intacto un sistema paralelo de control punitivo, pero ya sin las garantías de los llamados imputables, o con ellas desvigorizadas. La revisión de la imputabilidad deja convertida esta construcción dogmática en un caparazón que enmascara el sentido institucional último de las medidas de seguridad, ya que éstas se siguen aplicando, por los organismos ejecutores del sistema penal, a quienes se considera más peligrosos por su falta de conciencia y desconocimiento del orden. La desprotección penal es antes empírica que normativa, toda la criminología positivista y los planteamientos de la defensa social se cuelan en la articulación paralela de un sistema punitivo propio de los inimputables, y ello porque, tal cual precisa Elena Larrauri, se puede decir que *“el papel del derecho penal no fue excesivamente discutido por la criminología crítica”*³³. La dogmática penal ha permanecido un tanto ajena al desplante de la criminología crítica, es eso lo que permite que buena parte de sus estructuras se conserven inalteradas, entre ellas la distinción entre pena y medida de seguridad a resultas de la distinta fundamentación y aplicación de unas y otras, cuestión que posibilita el asentamiento en los resquicios dogmáticos para legitimar el control empírico.

Por mor de mayores garantías para los sujetos, semejante distinción carece de sentido. Ambas, penas y medidas de seguridad, son sanciones, ambas son derecho penal, y lo que hay que discutir es, criminológicamente, el papel de las sanciones penales, y dogmáticamente, si la imputabilidad es una exigibilidad social o individual³⁴. No debe dejar de destacarse aquí que la responsabilidad exige un determinado conocimiento y una determinada conciencia. En suma, **(160)** mientras esta revisión no se agote, el control de los llamados peligrosos se conservará espiritualizado, pese a los embates críticos, en los rincones ocultos de las instituciones penales ejecutoras.

Expansión del Sistema Penal Moderno

Europa central tenía a mediados del siglo XIX una burguesía consolidada y poderosa en toda la región, con un poder homogeneizado e impuesto ya sin mayores contrapesos. Las luchas por el dominio uniformaban los resultados en los distintos países europeos. El orden de la sociedad civil había emprendido, sin embargo, mucho antes su expansión y sus ínsitas pugnas allende las fronteras de la región, y en esa expansión se había fundido la conciencia de su poder y su dominio. Ahora había que ordenar más allá de las propias fronteras, y el instrumento disciplinador por antonomasia, el sistema penal, había de colaborar en el empeño colonizador.

La *revolución espacial* que supusieron los siglos XVI y XVII puso a la burguesía en trance, y las

³⁰ Vid. Baratta, Alessandro, Ob. Cit., p. 56 a 65 inclusive

³¹ Para una síntesis de la criminología crítica véase Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema Penal y Criminología Crítica*, 1989, Bogotá, Colombia, esquemáticamente en p. 1 a 7, también Larrauri, Elena, *La Herencia de la Criminología Crítica*, 1991, Madrid, España, particularmente p. 101 y siguiente.

³² Bustos, Juan, *Manual*, Ob. Cit. p. 510.

³³ Larrauri, Elena, Ob. Cit., pag. 216

³⁴ Entre los autores político – criminales, Bustos ha puesto al sujeto, considerado socialmente, frente a una exigibilidad social a resolver en la imputabilidad; y en la conciencia del injusto, la resolución de la exigibilidad considerada individualmente, véase, Bustos, Juan, *Manual*, Ob. Cit., p. 523 y 524.

batallas, políticas y sobretodo mercantiles, hubieron de librarse en ultramar³⁵. La colonización se convirtió en una jerga de la hegemonía; las deportaciones, las galeras, el trabajo forzado a cambio de libertad, convirtieron al castigo en elemento de esa colonización, de esa dominación. El esfuerzo habría de suponer la negación de los ideales ilustrados, el embrutecimiento y la aniquilación de las premisas modernas, una sinfonía, desde esta perspectiva, de la irracionalidad y la barbarie destemplada, que no sería desenmascarada públicamente sino hasta el siglo XIX³⁶. La racionalidad instrumental se convirtió, a poco, en **(161)** revestimiento oculto del pensamiento; el poder contaminaría aporéticamente al saber. En el Nuevo Mundo se proyectaba el reconocimiento del poder en el encubrimiento del adversario; tal cual señalaba Hegel, en el temor y la dominación se entronizaba ese reconocimiento. Semejante proyecto contó con la complicidad del discurso criminológico y dogmático penal de entonces, pues los mismos mecanismos, otrora implantados por la *ideología de la defensa social* en Europa, fueron desplegados en América.

La cuestión central que planteará este acontecimiento pasa por un enfrentamiento encarnizado por el poder, además de social y económico, cultural, y precisamente el sistema penal también será desplegado para conseguir ese sometimiento cultural. La resolución de aquél a la luz de los intereses burgueses ha quedado solapado por las construcciones dogmático-penales que no tuvieron a la vista este conflicto, pues las ciencias en general se encargaron de silenciarlo o menospreciarlo, por mor de una absolutización del poder existente, consiguiendo con eso el sometimiento de una parte de la población, la indígena, sin las menores garantías que la misma dogmática tenía y siguió desarrollando en su seno. La sociedad civil fraguaba un control social, y sobre todo cultural, a partir del encuentro con América, ya que ese encuentro solidificaba la conciencia espiritual de su cultura y de la razón ilustrada en la historia.

El evolucionismo fue una de las construcciones teóricas más representativas en esa línea, profundizando el discurso antiindigenista, pues estuvo también aliado a la filosofía iluminista de la razón en la historia, y tuvo, al menos en América Latina, al positivismo como aliado inseparable, ya que la civilización implantada había de ser entronizada en el motor de la historia. De ahí que no sorprenda que en nombre de la civilización se redujera, de la mano del positivismo utilitarista, a todos aquellos que desafiaron a ese nuevo orden civilizador³⁷. No fue este – civilización - un concepto que

³⁵ El proceso de ampliación del mundo europeo y su conexión al orden nacido de ella, puede verse especialmente en Schmitt, Carl, *Tierra y Mar*, traducción de Rafael Fernández – Quintanilla, 1952, Madrid, España, p. 70 a 73.

³⁶ En el caso de colonización española ésta tuvo ciertas particularidades, pero ninguna impidió una plasmación de la racionalidad de la dominación, al respecto cf. Zavala, Silvio, *Filosofía de la Conquista*, 1994, Santiago, Chile. También, para otros autores, Beauchot, Mauricio, *La Querrela de la Conquista*, 1992, México. Para una revisión filosófica del encubrimiento de los otros se puede ver Dussel, Enrique, *El Encubrimiento del Otro, Hacia el Origen del Mito de la Modernidad*, 1992, Madrid, España, sobretodo las págs. 19 a 47 inclusive; y Todorov, Tzvetan, *La Conquista de América. El Problema del Otro*, traducción de Flora Botton Burlá, 1997, México, en especial, p.59 a 136, referidos a la conquista de México.

³⁷ La fusión de los conceptos cultura y civilización se producirá en el siglo XIX bajo la interesada mirada burguesa del mundo, que tendrá el añadido entonces de la conciencia nacional. Anteriormente, cultura y civilización eran conceptos diversos con clara significación intelectual el primero y social el segundo. La instauración en América de la civilización no fue sólo de ella sino también de la cultura, porque es precisamente el saber, acuñado por la burguesía, el que es implantado en el continente nuevo. Para la distinción entre cultura y civilización vid. Elias, Norbert, *El Proceso de Civilización*, traducción de Ramón García Cotarelo, 1993, Madrid, España, p. 57 y siguiente. Igualmente ha de revisarse a Kant, a quien cita Elias, en "Idea de una Historia Universal en sentido Cosmopolita", en *Filosofía de la Historia*, traducción de Eugenio Ímaz, 1994, México, p. 56 y 57. Para un análisis de la relación actual entre los dos conceptos, Adorno Theodor y Horkheimer, Max, *La Sociedad*, traducción de Floreal Maziá e Irene Cusien, 1969, Buenos Aires, Argentina, p. 91 a 102; y, por último, también se puede revisar Morandé, Pedro, "Uso y Significado del Concepto de Cultura en las Ciencias Sociales", *Revista de Trabajo Social*, Pontificia Universidad Católica de Chile, sin fecha, Santiago, Chile, p. 5 a 11.

únicamen **(162)** te expresara una autoconciencia de occidente (Elias), sino también, y porque esa conciencia va inevitablemente ligada al poder social y político que entonces tenía la burguesía, expresa la autoconciencia de este grupo y de su propio poder, de su propio orden en expansión, colonizando cada rincón del mundo (Marx), sometiéndolo a su economía política y a sus designios dominadores, porque la racionalidad de la economía y del poder burgués no podía sino desarrollar técnicas aseguradoras de su dominio, y el sistema penal no fue sino una más de esas técnicas.

La modernidad ha de entenderse conectada al Nuevo Mundo, entonces, en la medida que ese descubrimiento de los modernos aquilata todavía más su conciencia, y con ella el principio de subjetividad, leitmotiv de los modernos, tan significativo en la instauración de las nuevas instituciones, y tan distinto al encontrado en el seno de las sociedades tradicionales autóctonas. Ahora bien, si he puesto de manifiesto sucintamente la relación de la burguesía con ese proceso, ha sido porque la plasmación de la modernidad y de su conciencia correrá en buena parte por cuenta de la sociedad civil, y eso no sólo en Europa sino también en América, y en este último caso, en una mezcla de teórica ilustración fundamentadora y de una praxis culminadora de la más brutal barbarie, pese a los incuestionables esfuerzos que se hicieron, sobretudo en España, por revertir esa concreción.

Tras la repartición burguesa de los mercados, el siglo XIX verá la aparición de las nuevas repúblicas con la complicidad mercantilista, que siempre utilizó las ideas de progreso y civilización de **(163)** acicate, siendo ellas, por consiguiente, una referencia discursiva etnocéntrica adoptada.

Si de la mano de la antropología los presos europeos eran estigmatizados de anormales, con los aborígenes pronto ocurrirá otro tanto, sólo que en este último caso el estigma de salvaje profundizará el control, ya que ahora, silenciosamente, la tarea será la domesticación y desatanización³⁸. En uno y otro caso la fetichización de los individuos será el resultado de una racionalidad cada vez más etizante. La incompreensión del nuevo orden es un peligro a reprimir, representa una acechante amenaza de la que hay que defenderse. Si encierro y deportaciones fueron las medidas disciplinadoras europeas por excelencia; primero la esclavitud de los indígenas y después el encierro de los culturalmente homogeneizados, pero detractores del orden, lo serán en América. La prisión y los trabajos forzados, particularmente de los aborígenes, se convertirán en la técnica por antonomasia de la administración del orden. Con todo, el encierro será, hacia fines del siglo XIX, la técnica común más eficiente de control y dominio a los dos lados del océano.

Las pugnas de los burgueses americanos no sensibilizaban tanto los intereses burgueses europeos llamados a reproducirse en América, antes que ello, lo que preocupaba era asentar el dominio, tanto económico, como político, en el sentido de asegurar economías abiertas a los mercados, y Estados fieles a ese modo de producción. Tras rastrear cómo las elites se sirvieron para eso de los mismos discursos civilizadores del positivismo y del evolucionismo, conectando el pensamiento a la filosofía de la historia, conviene situar en esa dinámica al sistema penal.

(164) El sistema penal será uno de los instrumentos, ante la ausencia de conflictos sociales importantes que entorpezcan ese dominio del capitalismo tardío, para homogeneizar a las nuevas repúblicas en técnicas de control similares a las europeas. El positivismo político y criminológico estigmatizará a quienes se opongan a los intereses burgueses, y con esa mezcla de antropología de la civilización y terapias resocializadoras, silenciará un conflicto que sigue en la trastienda, el conflicto cultural imbricado. Pues bien, aquí hemos de auscultar entonces cómo el sistema penal es puesto al servicio de ese sometimiento, cómo aquél contribuye a espiritualizar axiológicamente esa

³⁸ La repercusión que tuvo el evolucionismo en la antropología traspasó su ámbito. Los trabajos de Tylor, pero sobretudo de Morgan, permitieron sistematizar el discurso evolucionista desde el salvajismo a la civilización, pasando, en esa reconstrucción teórica, por la barbarie. La coherencia y sistematización de ese trabajo tuvo una recepción importante incluso en Engels, Friedrich, *El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, 1988, Madrid, España. En el prefacio a la cuarta edición alemana (1881), Engels ubica a Morgan en un lugar privilegiado en sus análisis sobre la familia, que se inician con los trabajos de Bachofen, vid. págs. 160 a 182, referidas a barbarie y civilización. La relación con las lecturas hegelianas encuentran una coherencia y una convivencia pasmosa en esas letras.

conciencia de poder social y cultural de la sociedad civil, que subyace a su propio desplante ultramarino.

La Absolutización Cultural del Sistema Penal

Las mismas lecturas positivistas y el mismo entramado técnico jurídico, representado por la dogmática penal europea, serán desplegadas en América. El sistema penal, utilizando ese discurso de la civilización, por una parte, y del progreso, por otra, verá libre el camino para consolidar un control que horadará cualquier cercanía de los individuos con la estructura jurídica, ya que en ese trasplante no hubo ninguna reelaboración de eticidades destruidas, sino una imposición elitista del poder central, de las oligarquías que utilizaron el aparato estatal para llevar a cabo la referida transplantación. Luego, los individuos únicamente serán puestos en contacto cuando quede de manifiesto algún conflicto³⁹. De este modo, el sistema penal no será más que una reproducción a escala del traslado de las estructuras conceptuales europeas, alejadas de toda eticidad local, y por lo tanto impuestas a la periferia desde el centro, con la complicidad de las elites en nombre del progreso y la civilización; y fue el positivismo el que, en términos generales, más se aferró a **(165)** ese entusiasmo discursivo⁴⁰. Si el distanciamiento de la realidad social de la estructura jurídica ya era evidente, por una parte; y el positivismo se adueñaba sin contrapeso de los discursos intelectuales, por otra; entonces la criminología positivista aliada con el derecho penal de raigambre similar, tenían despejado el camino para someter a cualquier otro grupo social contrario a sus intereses, y para ello contaban con la anuencia y apoyo del poder estatal en sus manos. A partir de las lecturas weberianas uno puede afirmar que la pena es la autoconstatación ideológica del Estado, y el derecho penal posee una función simbólica, y una instrumental, de reafirmación del poder estatal⁴¹, cuestión que adquiere mayor crudeza en América porque el sistema político, y por lo tanto el penal también, son organizados desde el Estado, que, a su vez, ha sido construido por las elites burguesas. Luego, la consolidación del poder estatal no obedece a una dialéctica social al modo europeo, sino a **(166)** una imposición central que es alentada por los intereses burgueses europeos, en las guerras de independencia⁴².

³⁹ Para una exposición de la influencia de la codificación europea transplantada a América, y de la distancia entre esa estructura jurídica y las relaciones sociales primarias, véase Bustos, Juan, "Estructura Jurídica y Estado en América Latina", en Kirchner, Otto, y Rusche, Georg. Ob. Cit., p. XLIX a LVII.

⁴⁰ Una revisión del pensamiento positivista en América latina se puede encontrar en Werz, Nikolaus, *Pensamiento Sociopolítico en América Latina*, traducción de Gustavo Ortiz, 1995, Caracas, Venezuela, sobretodo p. 52 y siguiente en el que se revisan los casos de México, Argentina, Brasil y Venezuela. Para una revisión del pensamiento penal y criminológico en América Latina, vid. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología*, Ob. Cit., p.171 a 176; también Sandoval Huertas, Emiro, Ob. Cit., p. 103 a 114 inclusive; en el caso específico de México se encuentran huellas del mismo pensamiento en la evolución dogmática de la codificación en López Betancourt, Eduardo, "Culpabilidad e Imputabilidad", 1993, México, p. 13 a 29. Por último, en el análisis de la imputabilidad, se puede revisar la presencia del positivismo en Colombia, en Sotomayor, Juan, Ob. Cit. p. 203 y siguiente.

⁴¹ Para un análisis del carácter simbólico del derecho penal, que ha sido expuesto confrontando las funciones manifiestas y latentes del derecho, véase Hassemer, Winfried, "Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos", en *Pena y Estado*, 1995, Santiago, Chile, p. 28 y siguiente; también Larrauri, Elena, Ob. Cit. p. 223; y Bustos, Juan, *Manual*, Ob. Cit. p.93. En contra de quienes plantean el derecho penal simbólico como engaño, y en este sentido como instrumento de imposición, Baratta, Alessandro, "Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: Una Discusión en la Perspectiva de la Criminología Crítica", en *Pena y Estado*, Ob. Cit., p. 52, que lo considera un medio de representación de la imposición.

⁴² La conexión de las elites con los nuevos Estados ha sido explicada, en especial en Chile, por Jocelyn – Holt, Alfredo, *El Peso de la Noche*, 1997, Santiago, Chile, p. 73 y siguiente, en igual sentido, contextualizando América Latina, véase, Góngora, Mario, *Ensayo Histórico sobre la Noción de estado en los*

La criminología positivista ha maniatado a quienes resultaban peligrosos para el orden, articulando el control no sólo con dispositivos políticos, sino también técnico-dogmáticos, pero eso lejos de haber ocurrido sólo en Europa se expandió también a América. En el continente etnocéntricamente nuevo, la burguesía había de habérselas no sólo con otros grupos sociales que le disputaban el poder, en menor medida que en el continente europeo, sino también con otras culturas que desafiaban esa hegemonía. El positivismo se emparentó con el discurso civilizador, y echando mano a él legitimó cultural, política, y económicamente la dominación. Fueron las elites criollas las llamadas a plasmar esa hegemonía, con la complicidad europea, pues desde allí, desde ese centro, se alentaba el ensanchamiento del mundo en cuanto quedaba hecho a medida de los intereses de dominio burgués.

La conexión de la aparición de los nuevos Estados americanos con la expansión de los intereses burgueses en términos de mercantilización ha sido puesta de manifiesto aquí para que se advierta cómo la dialéctica del desarrollo hunde sus raíces en la génesis colonizadora. Toda la instauración de las instituciones políticas y económicas se realizarán teniendo como referente las directrices marcadas por Europa. Conviene recordar que la aparición de los nuevos Estados americanos coincide con una época en que la sociedad civil europea vive su esplendor. A comienzos del siglo XIX los mercados se encuentran en expansión, y es necesario controlar los condicionamientos que su desarrollo supone, por eso las conexiones de esa burguesía central europea con las elites criollas no tarda en aparecer. A efectos de liberalizar el mercado es necesario romper con los monopolios que España, por ejemplo, tenía con sus colonias. Y precisamente todos los nuevos Estados americanos incluyen, dentro de sus primeras medidas, la liberalización de los mercados.

(167) El panorama intelectual que acompaña a ese despliegue ya se conoce. El positivismo, que impregna todas las ciencias, vive su auge hacia fines del XVIII. La arquitectura del conocimiento positivista empieza a sufrir fisuras importantes en el terreno de la filosofía, pero su articulación integradora ha sido tan potente, y la autonomización de las ciencias comienza ya a estar tan fuertemente consolidada, que sus resquicios en muchas de ellas tardarán años en ser eliminados. Precisamente eso es lo que ocurre en el derecho penal.

La *ideología de la defensa social* supuso una construcción despampanantemente armónica, que incluso hace algún tiempo, tal vez por eso, reflató con la llamada *Nueva Defensa Social* (Ancel). La integración del derecho penal y de la criminología contribuyó a levantar un sistema penal regido por una política criminal defensiva. Desde Feuerbach a Binding, si se quiere seguir el ejemplo alemán, es posible rastrear una afirmación del orden existente, y por lo tanto una reducción de los individuos a medios reafirmadores de ese orden absolutizado⁴³. Para cuando se inician las revisiones del mismo, o sea en la segunda parte del siglo XIX, con las reelaboraciones funcionalistas, que intentan deshacerse del concepto de causalidad tan fuertemente arraigado en el positivismo, debido a su seguimiento del método científico, es decir a partir de los trabajos de Durkheim y Weber (sociología) y Malinowski (antropología), profundizados luego por Parsons y Merton, las nuevas repúblicas ya se han independizado, y las elites criollas concentran sus esfuerzos en afianzar su poder y control. De ahí que el positivismo se conserve como paradigma casi inalterado en América Latina, hasta comienzos del siglo XX. Hay otros factores que contribuyen a ello y que es preciso sistematizar.

Todo el pensamiento latinoamericano se mantuvo aferrado siempre a la filosofía de la historia, asumiendo el historicismo central europeo, que ha de conectarse al evolucionismo antropológico. Es decir, se adoptó un discurso ajeno, y con ello la episteme moderna quedó anclada en suelo fértil, fértil porque no sólo los intelectuales la propiciaron, sino también, en el terreno político, las elites aristocráticas **(168)** dominantes hicieron otro tanto⁴⁴. En consecuencia, para cuando estas elites

Siglos XVIII y XIX, 1994, Santiago, Chile, sobre todo, p. 37 y 38.

⁴³ La relación del nuevo orden con la teoría del delito y de la pena, vid. Bustos, Juan, "Criminología y Evolución de las Ideas Sociales", en Bergalli, Roberto (director), *El Pensamiento Criminológico I*, 1983, Bogotá, Colombia, pág. 27 y siguiente.

⁴⁴ Un buen ejemplo de lo expuesto se puede ver en Zea, Leopoldo, "En torno a una filosofía americana", en

rompen con la burocratización del poder central, quedan sujetas, sin embargo, a sus estructuras epistemológicas, que tenían entonces como modelo paradigmático al positivismo, y como dicho modelo no suponía amenaza alguna al nuevo dominio político, sino complicidad con el mismo, su adopción se llevó a efecto sin mayores dificultades. Paralelamente, las nuevas repúblicas quedaron conectadas a los mercados, entrando, pues, en las luchas por la dominación y el control de los mercados.

Posicionado el positivismo en América, recepciona las construcciones conceptuales europeas de éste, una de las cuales había de ser el sistema penal. En efecto, toda la nueva codificación se realiza teniendo a la vista los modelos europeos. De esta manera la dogmática penal y la criminología europea adoptan en América revestimientos similares, consolidando con ello una política criminal omnicompreensiva del fenómeno delictivo, de carácter defensivo, del mismo modo que en la Europa de fines del siglo XVIII.

Ninguna de esas construcciones conceptuales contemplaba a los indígenas como realidad distinta de la proyectada, vale decir las diferencias eran comprendidas a partir de concepciones evolucionistas que situaban a los aborígenes en un eslabón no considerado, ya que la conciencia de la civilización era genéticamente exógena, y no podía sino someter aquello asumido como premoderno. Todo producto ajeno a la modernidad quedó marginado, y el elemento indígena fue considerado un síntoma claro de atraso dentro del discurso positivista. Por eso, la tarea de la unificación civilizadora había de ser emprendida incluso a costa de los sometimientos de las culturas autóctonas. Las luchas contra los indígenas despiertan en América la conciencia de Occidente, pero también, la del poder burgués, que se singulariza en las elites aristocráticas. Ellas tomarán el relevo *civilizador* de la metrópoli en la construcción de los nuevos Estados.

La aplicación uniforme de los nuevos mecanismos de control, a través de las nuevas instituciones, se dará de bruces con la heterogénea **(169)** realidad cultural, pero por mor de la igualdad formal se implementarán homogeneizadamente. También aquí es necesario conectar esos esfuerzos con la instauración de la industria y del nuevo orden. La igualdad jurídica formal fue el recurso legitimador de la homogeneidad, básicamente porque los indígenas se hicieron mano de obra imprescindible en las batallas por el dominio político y nacional. Había que dibujar las nuevas fronteras, y para eso eran necesarios los cuerpos. Se extendió la ciudadanía, con ciertas variaciones, prontamente a todos los habitantes sin discriminación. La empresa capitalista que, con el aliento de su discurso satanizador, había legitimado y promovido la dominación de los indígenas durante la colonia, hubo de buscar nuevas técnicas de dominación. En aquellos lugares en los que el sometimiento no había sido absoluto, vgr. Chile, la guerra se convirtió en una subsistente empresa, hasta que el poder de la burguesía pasó a sustentarse en gran parte en la tierra, siendo, pues, las leyes indigenistas las que mejor prueban los redoblados esfuerzos por regular la tenencia jurídica de las tierras⁴⁵. En ese momento comenzó la batalla final, siempre bajo los auspicios de la civilización, el progreso y la igualdad de todos. Si de alguna u otra forma estos argumentos son recurrentes, no puede extrañar entonces la ausencia de componentes culturales distintos a los occidentales que la justificaban. El salvajismo es un estado que hay que superar para entrar en la modernidad. Así, las instituciones centrales organizan un proyecto *civilizador* que excluye a aquellos contra los que se combate, los indígenas. Los nuevos Estados no los consideran sino cuando son necesarios como elementos militares, o fuerza de trabajo, pero, salvo excepciones, sin ninguna consideración particular.

El sistema penal es desplegado a partir de estas mismas premisas, y por lo tanto no es extraño que toda su institucionalización y teorización se les aplique a los aborígenes con total desapego a lo que representa retraso, salvajismo y desigualdad en esas culturas. Cualquier ataque al orden hegemónico

Gracia, Jorge y Jaksic, Iván, *Filosofía e Identidad Cultural en América Latina*, 1988, Caracas, Venezuela, p. 187 y siguiente.

⁴⁵ La crueldad en el trato dado a los indígenas hizo necesarias esas leyes, porque para conseguir tierras incluso la exterminación explícita se hizo manifiesta. Una visión del asunto en Jara, Álvaro, *Legislación Indigenista de Chile*, 1956, México, p. 11 a 24.

y a sus principios ha de ser **(170)** enfrentado, y, en consecuencia, los indígenas y su comprensión del mundo son una amenaza para ese orden. Debido a que el mismo sistema penal ya había desarrollado los mecanismos defensivos contra los peligrosos no será necesario elaborar nuevos, sino servirse de éstos, así pues, tanto las penas como las medidas de seguridad no serán replanteadas en su fundamento, pese a tener ante sus ojos elementos culturales diversos que reclamaban, desde la empiria, una revisión. En la defensa del orden imperante el sistema penal implantado era suficientemente eficaz como para encarar semejante tarea.

La igualdad formal dejó en la marginalidad a quienes no compartían la racionalidad instrumental del mercado y sus valoraciones intrínsecas. Los indígenas serán marginados entonces del mercado, conservándolos sólo en términos de dominio sobre su fuerza de trabajo, y de la sociedad burguesa, al enfrentarse a sus axiológicas premisas. Tal enfrentamiento representará la confirmación de su estado salvaje, y legitimará la dominación. Su situación de vulnerabilidad no supuso sino hasta este siglo una revisión de las estructuras homogeneizadoras, y una consideración, a partir de allí, de sus diferencias culturales.

El inicio de los esfuerzos por reducir el margen entre la estructura jurídica y la realidad social, ha de tener en cuenta ese reconocimiento, si quiere sacudirse de una vez el añejo espejismo evolutivo centroeuropeo.

Los atrasos del sistema penal latinoamericano por acercar estructura jurídica y realidad social son evidentes, pero no sólo por la existencia de los indígenas, sino por la distinta realidad social de estos países, que se ven sometidos a una armadura conceptual ahistórica. Su revisión ha de pasar por el reconocimiento de su carácter racista, que ha servido para criminalizar, enmascaradamente bajo la argucia de la igualdad formal, a todos aquellos que se han atrevido a enfrentarse a su establecimiento. Ese juicio de incompatibilidad social y cultural, ha sido embestido históricamente, con la expulsión, el encierro, y el asesinato. La racionalidad del dominio político y económico convirtió a la colonización en una máquina racista, que se conserva aún en los entresijos del sistema penal.

Ideología de la Defensa Cultural

La reducción del proceso civilizador a no más que una arenga del progreso del capitalismo tardío y su dominación, exige todavía una **(171)** concreción más rigurosa, más enfática de los mecanismos del sistema penal utilizados en esa dominación.

Las construcciones dogmático-penales modernas fueron trasplantadas a América Latina fundamentalmente en la segunda mitad del siglo XIX, fecha en que se llevan a cabo las nuevas codificaciones, que siguen muy de cerca los modelos españoles y centro europeos. Eso supuso la irrupción positivista, que tuvo abonado coyunturalmente el camino para su cimentación. El derecho penal positivista, que había estado impregnado por la criminología de igual corte, se impuso rápidamente en Latinoamérica, lo mismo la criminología, aunque en el caso de esta última se renunció a una profundización mayor, ya que la dominación clasista y racista de los sectores burgueses minoritarios no la precisaban, no había un grupo capaz de sopesar ese despliegue. El dominio acrisolado por las élites burguesas durante la colonia y en los primeros años de las independencias hacían innecesario profundizar en esa tarea, por ello el derecho penal subsistió, y ha subsistido hasta hoy en muchos países de la región con esfuerzos que se concentran en la sola formalización del derecho penal⁴⁶. Se trata de un derecho penal administrado desde el poder estatal, en manos del mismo grupo de interés que consolidó su poder político en los primeros años de las independencias.

Conociendo las construcciones dogmáticas del positivismo, y el discurso burgués de la igualdad formal, ha de entenderse la exclusión técnico jurídica de la temática indígena, máxime si ya no

⁴⁶ Sandoval Huertas, Emiro, Ob. Cit., p. 103 a 108.

suponen una amenaza, al estar reducidas sus fuerzas de reacción, un peligro al orden establecido. Las respuestas al problema criminal se dan desde el derecho uniformemente formalizado. Ha de exigirse responsabilidad a los indígenas, como a todos, por sus hechos, pero considerándola fuera de la comprensión de sus relaciones sociales, por ello la misma arquitectura conceptual será la que servirá para el análisis de sus acciones.

La reflexión sobre las particularidades del asunto se concentraron en países con una población indígena numerosa, como México o Bolivia⁴⁷. No faltaron allí los criterios positivistas que vieron en **(172)** el indígena un peligro, así autores como Medrano Ossio, por ejemplo. Las propuestas jurídicas habían de reducirse fundamentalmente a tres: trato diferencial atendida su singularidad, a través de leyes especiales (criterio defendido por algunos autores positivistas para legitimar una intervención mayor); igualdad formal (la mayoría de los juristas mexicanos se inclinan por esta opción, alegando que la discriminación estigmatiza); y algunos plantean un sistema penal específico para los indígenas (que respete sus costumbres). Ha de recordarse que la inclusión de la costumbre como fuente del derecho se conservó en los términos hermético jurídicos de siempre, es decir, valorada a condición de no oponerse al orden (público) existente⁴⁸.

Las respuestas penales van desde la consideración de atenuantes (José Mendoza) hasta la consideración de inimputables (Aníbal Bruno), siendo esta última la solución que más se repite⁴⁹. Ha de advertirse en todas estas lecturas una constante distinción, de tintes evolucionistas, a saber la de indígenas incorporados, semiincorporados, o no incorporados a la *civilización*. Para los primeros se plantea la aplicación plena de la legislación común, y para los otros dos grupos se plantean las soluciones mencionadas, aunque es la inimputabilidad la reservada para los no incorporados. La inimputabilidad, en estos casos, como digo, se esgrime como solución jurídica especialmente para el último grupo. La jurisprudencia, en aquellos países que han existido fallos sui generis, ha seguido también este criterio⁵⁰. Las distinciones siguen de cerca las construcciones evolucionistas, en la medida que esos grupos se corresponden con las categorías de civilizados, semisalvajes, y salvajes, es decir, reproducen la distinción **(173)** antropológica que popularizara Morgan y que tanta repercusión tuvo en Europa. En esa comprensión, la *civilización* ocupa la cúspide del evolucionismo, lo que lleva a que el criterio determinante de la inimputabilidad sea el sometimiento a ese modo de vida occidental. Pocos códigos son los que abordan el asunto, pero los que lo hacen, el mexicano y el boliviano, se acercan hasta nuestros días a esa lectura.

El primero, que es más concretamente del Estado de Michoacán (de 1980), considera causa de inimputabilidad (art. 16): "*la condición de indígena no incorporado a la civilización*". Y el segundo, el boliviano (de 1973), señala en el art. 17, que son inimputables "*el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización*"⁵¹. En ambos casos la responsabilidad penal de los indígenas es articulada desde el orden hegemónico llamado *civilización*.

Los casos anteriores, que han supuesto los primeros avances codificadores, se plantean desde una perspectiva positivista, por cuanto reafirman en su tratamiento el orden existente, y conectan los juicios de compatibilidad de los órdenes sociales con la axiología hegemónica, a partir de una revisión evolucionista que niega las relaciones sociales indígenas en términos distintos, pero simétricos, ya que siempre la consideración de su responsabilidad se mueve bajo las premisas del

⁴⁷ Yrureta, Gladys, *El Indígena ante la Ley Penal*, 1981, Caracas, Venezuela, p. 43 y siguiente.

⁴⁸ Esto aparecía también en la Recopilación de Indias de 1680, que daba prelación a las leyes de Indias sobre el derecho castellano, y entre las primeras hacía guardar las leyes indígenas siempre que "*no se encuentren con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro*", L. 4, t. I., L. 2, citada por De Avila Martel, Alamiro, *Esquema del Derecho Penal Indiano*, 1941, Santiago, Chile, p. 21.

⁴⁹ Carmona Castillo, Gerardo Adolfo, *La Imputabilidad Penal*, Porrúa, 1995, México, p. 143 y siguiente.

⁵⁰ Por ejemplo en Chile y en Colombia, cf. Yrureta, Gladys, Ob. Cit. P. 68 y siguiente.

⁵¹ Carmona Castillo, Gerardo, Ob. Cit., p. 146.

conocimiento de un orden de relaciones muy diferente al de ellos. Por lo tanto, el reproche penal se realiza desde un entendimiento absolutamente diferente y autoritario al confrontado en la exigencia, lo que lleva a una instauración racista del sistema penal, pues ese sistema ciego es el que establece las condiciones para el castigo heterónimo⁵².

La mayoría de los países latinoamericanos han puesto en ejercicio un sistema penal que no considera mínimamente las circunstancias propias de órdenes culturales distintos. La astucia de los órdenes hegemónicos silencia así la complejidad de la realidad social e impone a destajo los supuestos *civilizadores*. El encubrimiento racista del sistema penal moderno trasplantado a América hunde sus raíces en la genealogía positivista de la defensa social. El silenciamiento **(174)** del orden cultural distinto se sumerge en la superestructura ideológica (cf. Gramsci) de los nuevos Estados. Sea que se promueva una igualdad formal, sea que se azuce un tratamiento distinto, sea, en fin, que se considere inimputables, al menos a los *salvajes*, la raíz es la misma. El derecho penal que fue trasplantado a América en los términos positivistas que se han revisado, se empeñó en sus esfuerzos formalizadores ciegos y censoramente, convirtiéndose en un sirviente de esa obsesión.

La formalización así legitimada del control social, emprendida por el derecho penal, pero no sólo por aquél, sino por el Estado en su conjunto, es aguijoneada hoy desde una política criminal más humanizadora⁵³. Con esta nueva formalización no se ha impedido suficientemente el silencio a la hora de considerar otras culturas. Por cierto, la formalización del derecho penal en América se volvió sospechosamente ideológica desde la conformación codificadora del siglo XIX, y explícitamente se ha puesto de manifiesto en los países en los que la consideración del distinto entendimiento del delito ha subsistido enmascarada por la falsa homogeneidad cultural. La miopía del derecho penal mantiene afincada su formalización en la *ideología de una defensa social de la cultura*, a pesar de las críticas que se le han hecho. El entendimiento distinto del mundo es reducido a categorías que no pueden dar respuesta al problema que esa diferencia entraña, porque los andamios dogmáticos modernos dan por sentada una igual comprensión del mundo, y en los casos en que explícitamente se ha reconocido que ello no es así, se estigmatiza esa distinta comprensión al considerarla propia de un estado precivilizado, y debido a la peligrosidad que eso entrañaría, se declara inimputables a quienes contrarían el orden sin conciencia y sin conocimiento. La imputabilidad disminuida viene a obedecer a esa misma lógica.

(175) Ese entramado precisamente refuerza al orden hegemónico *civilizado*, y desprecia a quienes quedan al margen, porque ser inimputable significa, en lo visto, quedar expuesto a medidas de seguridad resocializadoras, lo que es igual, tal cual analizaba, a sanciones, a castigo. De este modo, comprender el mundo de otro modo y actuar conforme a esa comprensión, es susceptible, cara al hecho, de sanción jurídica. En consecuencia, la otra cultura, la hegemónica, les puede resultar impuesta a los indígenas, como sanción. El Estado despliega el sistema penal para plasmar la cultura hegemónica como castigo, bajo las máscaras terapéuticas de las medidas de seguridad o de las penas atenuadas, encubriendo así esa distinta forma de comprensión. Ha sido de sobra repetido que ambas, pena y medidas de seguridad, son derecho penal, pero lo que resta aún por profundizar es la revisión de los sistemas en términos de iguales garantías. El racismo punitivo se sirvió, y se sigue sirviendo en la mayoría de los países latinoamericanos, de la instauración positivista del sistema penal que originalmente se usó para dominar a otras clases, y ahora es utilizado para dominar a otras culturas distintas. Su deconstrucción no deja dudas de los desplantes censores.

⁵² Foucault, Michel, "De la Guerra de las Razas al Racismo de Estado", en *Genealogía del Racismo*, 1992, Madrid, España, p. 264 a 267.

⁵³ Hassemer, Winfried, "Derecho Penal y Filosofía del Derecho", Ob. Cit., pág. 93 y 94. Para Hassemer, los tres elementos característicos de todo control social son: norma, sanción y proceso. En el caso del control penal, ha de agregarse la política criminal, articuladora de los límites al *ius puniendi*. Sobre la humanización de la justicia criminal, a partir de concepciones político criminales, ha llamado la atención, teniendo a la vista esos elementos, Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, traducción de Miguel Izquierdo Macías - Picavea, 1979, Madrid, España, p. 41 y 42.

El enmascaramiento cultural del sistema penal fue institucionalizado por los Estados americanos, pero hoy también Europa se ve expuesta a la consideración de culturas distintas, muchas de ellas sincretizadas. La revisión ha de ser puesta en marcha.

Los combates codificadores contra el racismo constituyen un signo inequívoco de un derecho penal simbólico orientado a revitalizar originalmente las funciones latentes del derecho penal (vid., por ejemplo, el art. 607 del código penal español de 1995), es de esperar que la eficacia no quede al arbitrio de la administración, pues eso supondría enterrar el carácter preventivo que entraña, y erigir en conciencia la desconfianza ciudadana en la justicia común.

Toda revisión pasa por admitir la comunión sine quanon de distintas culturas en una misma sociedad. En eso ha consistido el enmascaramiento del sistema penal, sobre todo en América Latina, en soslayar esa diversidad, combatiéndola como signo de satanización, salvajismo, o subdesarrollo. La imputabilidad total o disminuida, que es, en definitiva, una decisión política, ha arrancado de un presupuesto de homogeneidad cultural traidora de la empiria, y la exigibilidad se ha realizado asentada en aquél. De este modo, la inimputabilidad **(176)** conecta fácilmente los injustos penales con los prepuestos positivistas, al considerar desadaptados o disminuidos a los indígenas; y con las consecuencias positivistas, al imponer medidas de seguridad *culturalmente* terapéuticas. Los indígenas quedan entonces marginados porque son un peligro para la sociedad culturalmente homogénea. Paralelamente, pues, se aprovecha un sistema que profundiza doblemente en estos casos la vulnerabilidad, al estereotipar la cultura diferente de *anormal*, y criminalizar (con la noción de peligro) los actos individuales realizados a partir de una comprensión distinta del mundo⁵⁴. Si a esta doble situación, cultural e individual, agregamos una social, marcada por el dominio de una economía racionalizada en términos de cálculo, muy ajenos a los de subsistencia, la vulnerabilidad se extremiza. No obstante, en lugar de reducirse la irracionalidad de la reacción, ésta se profundiza bajo los auspicios de la incorporación ideologizada al *mundo civilizado*. El sistema penal ha seleccionado e instrumentado a los indígenas para justificar su propio poder, enmascarando así la diversidad. En el encubrimiento se ha reafirmado el reconocimiento del dominio de una cultura sobre las otras, y en lugar de considerar esa mayor vulnerabilidad, el sistema la agudiza desplegando sus estructuras opresivas, que encuentran en la aplicación de las penas o de las medidas de seguridad su mejor refugio para la dominación silenciosa y sin cortapisas, garantistas de ninguna especie. La prometida *civilización* reificante, que prometía una ilustración superadora del mito y la barbarie, no ha hecho más que ver convertidas esas esperanzas en una ilusión mentirosa y cruel.

Bases para una Revisión Cultural del Sistema Penal

La revisión del sistema penal considera muchos aspectos que únicamente pretendo delinear, afincado en el derecho penal, la criminología, y la política criminal.

En cuanto a la dogmática penal, ésta ha de ser capaz de dar respuesta a las nuevas realidades sociales y culturales sino quiere erigir sus construcciones en la ilegitimidad, ya que la formalización **(177)** de todo derecho penal no puede ser realizada de espaldas a las realidades sociales, so riesgo de caer, especialmente en América Latina, en el autoritarismo cultural del más poderoso. Es cierto que la criminología crítica ha comenzado ya a dar sus primeros pasos en Latinoamérica⁵⁵, pero el derecho penal aún no recepciona del todo esas contribuciones. La reconstrucción pasa por entender la política criminal asentada en Estados de Derecho humanizadores, y eso es una cuestión incipiente que no debe por ello ser abandonada, sino al contrario, profundizada. A partir de una heterodoxia occidental es preciso articular, pues, simétricamente, los distintos intereses. Junto a ello, la axiología moderna del mercado y la democracia han de abrirse a un politeísmo cultural, ajeno a esas viejas

⁵⁴ Sobre la noción de vulnerabilidad se puede revisar Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En Busca de las Penas Perdidas*, 1993, Bogotá, Colombia, p. 217 a 226 inclusive.

⁵⁵ Una reconstrucción de su desarrollo se puede ver, con numerosos datos de interés, en Del Olmo, Rosa, *América Latina y su Criminología*, 3ª, 1987, México, p. 122 y siguiente.

valoraciones unilaterales. Las democracias horadan sus propias bases políticas y sociales al hacer la vista gorda a la diferencia, pues aquella se cuele desde la misma empiria, en sus estructuras, sobre todo a través de la hibridación sin que, no obstante, nada se haga institucionalmente, que no sea vendarse los ojos. La inercia cultural ha de ser remecida por una praxis nueva que se levante desde la facticidad negada formalmente.

Así, la dogmática penal ha de replantearse la fundamentación del castigo, de su relación con la culpabilidad tradicional, y cada uno de sus momentos, y una revisión de las garantías abandonadas, en el viejo dualismo penas - medidas. Esa tarea debe tener a la vista la desarticulación de la *ideología de la defensa cultural*. Provisoriamente es posible, a partir de ese momento, dibujar nuevos senderos.

La instaurada incompatibilidad de los órdenes culturales distintos ha sido revisada en Europa, y sobre todo en Estados Unidos, desde la sociología y el derecho, asentada en la llamada teoría de las subculturas⁵⁶. Indudablemente que con ello se ponía de relieve la heterogeneidad, al confrontar esas culturas con el orden hegemónico, pero no debe olvidarse que ello se hacía teniendo a la vista subculturas **(178)** que, contrafácticamente, se entendían no originarias del entorno del sujeto. Las nuevas axiologías aparecían en contextos que subentendían, en algún momento, la relación con el orden hegemónico en términos de entendimiento axiológico del mismo. La dogmática penal, entonces, articuló una lectura en dos niveles, uno de significación social y otro de significación individual. La relación de la cultura con el orden hegemónico había de ser resuelta en la imputabilidad, momento de la significación social, o inimputabilidad; y la de este orden con el sujeto concreto, contextualizado en esa otra cultura, en la relación del sujeto y su conciencia de los injustos transculturales⁵⁷, momento de la significación individual. La conciencia y el conocimiento de los injustos, por los que se exigiría responsabilidad, serían entendidos con esa otra cultura de referente, pero asumiendo la capacidad de esa conciencia y conocimiento, porque la responsabilidad exigida por el desempeño de roles sociales asume esa capacidad, desde una axiología que se entiende, al menos en algún momento, imbricada en todas las subculturas conectadas al capitalismo tardío. La sociedad exige una responsabilidad por roles que entrañan una capacidad debilitada, por relación a la mayoría, que se tiene en cuenta a la hora de aplicar penas o medidas, pero que no por ello deja de estar supuesta desde la común axiología del mercado instaurado en un espacio transversal y del poder político legitimado. Los indígenas no es que carezcan de capacidades para conocer sus roles, lo que se olvida es que a ese conocimiento subyace un entendimiento distinto, irreducible a la axiología político-capitalista, y ajena del todo a sus comportamientos referenciados.

Los indígenas pueden conocer los injustos, sí, tener incluso conciencia que aquello que hacen es considerado un injusto en la sociedad *occidental*, pero, no obstante, no entender por qué eso que es institucionalizado jurídicamente como injusto lo es, tiene esa connotación. Las sociedades tradicionales, en efecto, conceden un lugar importante en sus estructuras sociales a los representantes o portavoces de los espíritus ancestrales. La colusión de éstos con espíritus considerados agresivos, vuelven a aquéllos una amenaza para la comunidad, de modo que la eliminación de ellos no supone "reproche" para el autor material de ese acto, no hay, para decirlo de otra **(179)** forma, un desvalor de relación social en esa acción, porque, dicho en términos dogmáticos, habría una afección tolerada a un bien jurídico. La comprensión distinta es aniquilada al entender como condición sine quanon la potencial conciencia o conocimiento, que podría advertirse en las subculturas urbano modernas, o en las llamadas culturas populares, al desenvolverse éstas en contextos de una axiología conocida y reguladora, en cierta forma, de sus actos, la del mercado y del poder político reconocido como tal.

La articulación moderna del principio de subjetividad, con las instituciones burocráticas modernas, entroniza al sujeto. La atomización de la cultura percibe a los individuos considerados en su coraza

⁵⁶ Vid. Bustos, Juan, *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*, sin fecha, Santiago, Chile, p. 100 a 105.

⁵⁷ Bustos, Juan, *Bases*, Ob. Cit. P. 117.

individual, y los ase por la razón. A resultas de ese concierto, las instituciones modernas obedecen a esa inspiración. Las sociedades tradicionales, en cambio, enraízan a los sujetos con la comunidad, y son los espíritus o dioses comunes los que integran esa comunidad. La cultura aparece unificada por un espíritu absoluto que no es la razón (Hegel) sino la creencia compartida. Luego, las instituciones son diferentes, y arrancan de vertientes ajenas a la occidental. Pese a todo, la paradoja consiste en asumir descontextualizadamente capacidades intelectivas que en esas sociedades no se consideran, por ser ellas exógenas a la propia etnocompreensión.

La respuesta penal ha de revisarse considerando estas circunstancias⁵⁸. En sociedades plurales democráticas la diversidad ha de tolerarse políticamente, para luego cimentarse burocráticamente. Si ello estuviera instaurado como basamento de las mismas, la imputabilidad carecería de sentido. Ni sería necesario confrontar las culturas diversas, ni menos aún diagnosticar compatibilidades.

Mientras eso no suceda, la imputabilidad encuentra su justificación en la garantía del reconocimiento a las diferencias culturales, particularmente aquellas que erigen valoraciones por completo ajenas a la hegemónica. Por lo tanto, la significación social de las culturas distintas, en ese hipotético escenario de pluralidad reconocida, penalmente carecería de sentido, y sería en el sujeto dónde habría de resolverse la exigibilidad. Hasta entonces, la significación social de **(180)** la cultura, considerada distinta por el sistema penal, habrá de ser resuelta en la compatibilidad o incompatibilidad social con el orden hegemónico, siendo la significación individual el momento siguiente.

De este modo, en el evento de existir esa tolerabilidad o compatibilidad, aparecería la inimputabilidad. Carece de sentido representarse, en este caso, la conciencia o el conocimiento de los injustos, cuando el entendimiento de los mismos sea totalmente distinto, porque la conciencia o el conocimiento descansan en una comprensión diferente del mundo físico y social, por una parte; y por otra, el sistema penal contempla un tratamiento singular para esa eventualidad: medidas de seguridad, salvo que, cara al sujeto concreto, aparezca otra lectura. La significación individual se dará, de ordinario, sólo en caso de la hibridación de las culturas, debido a que de no producirse la significación social, fundida, individualmente, en el sujeto, la articulación de los niveles se difumina de hecho⁵⁹. Pues bien, en los casos, entonces, de hibridación, la exigibilidad de la conciencia del injusto habrá de plantearse en el caso concreto, y ella dependerá en buena medida del grado de hibridación cultural, ya que la conciencia y el conocimiento del ordenamiento jurídico dependerán de eso. Para aquellos casos, en cambio, en que no existe ni tan siquiera esa hibridación, decía, ha de tenerse en cuenta ese distinto entendimiento, de lo contrario las construcciones dogmáticas se vuelven artificiales y censuran la realidad. Si ese entendimiento es diferente, ni puede haber conciencia exigida, ni puede haber conocimiento compartido, y si la cultura es compatibilizada con el orden hegemónico, que es el supuesto que considero aquí, entonces ya no podrá haber tampoco responsabilidad exigida desde esa otra comprensión.

Algunos han considerado que en estos casos lo que habría es error, sobretodo de prohibición⁶⁰, pero plantear eso sería un absurdo **(181)**, porque aquí no es que falte la conciencia o el conocimiento del injusto, es que simplemente el entendimiento, como presupuesto, es distinto. Por eso, la falta de comprensión supone una categorización diferente, que ha de estar dentro de la teoría del delito, pues la antijuridicidad no puede ni tan siquiera ser comprendida, y por lo tanto, insistir en esa antijuridicidad de espalda a lo real supone entender una cuestión debilitada por la propia realidad, a

⁵⁸ La intuición, en términos de falta de comprensión de la antijuridicidad, aparece en Zaffaroni, citado, para justificar su opinión, por Yrureta, Gladys, Ob. Cit., p. 131.

⁵⁹ La apropiación desigual de bienes económicos y simbólicos de una sociedad, origina una tensión que es resuelta por la sociedad burguesa en la superestructura, que blindo al sistema penal. El sincretismo y/o el mestizaje pivotan una interacción cultural que ha de revisarse no ya desde el sometimiento sino desde la comunicación cultural, vid. García Canclini, Nestor, *Ideología, Cultura y Poder*, 1997, Buenos Aires Argentina, p. 59 a 62; también en *Culturas Híbridas*, 1995, Buenos Aires, Argentina, p. 14 y 15.

⁶⁰ Así, por ejemplo, Carmona Castillo, Gerardo, Ob. Cit., p. 148.

saber que el ordenamiento jurídico no sólo no se conoce, sino, incluso conociéndose, no se entiende.

La reacción penal sobreviene, en esos casos de tolerabilidad, y de inimputabilidad, en forma de medidas de seguridad, apareciendo entonces un ya desenmascarado control, menos garantista, por regla general, según se ha revisado, que el del derecho penal, cuestión que también ha de revisarse en Estados de Derecho consecuentes con sus presupuestos.

La incompatibilidad de una cultura con el orden hegemónico podría todavía a resultar intolerada, y en muchos países de América es eso lo que ocurre cuando se homegeiniza culturalmente usando el sistema penal, conectándose ella entonces a la imputabilidad. En estos casos existe al menos un derecho penal más garantista, pero también aquí se plantea el absurdo de la responsabilidad por la diferencia. El principio de culpabilidad supone una exigibilidad que no es entendida por las sociedades tradicionales, al ser instituido aquél a partir de un entendimiento diverso. Por ello, también aquí aparece como evidente la consideración del asunto no ya desde una teoría del sujeto responsable, sino a partir de la teoría del delito. No se puede ser responsable si no se comprende la antijuridicidad del injusto, pero más concreto todavía, no puede haber injusto si no hay dolo o culpa, y ambas arrancan de ámbitos situacionales exógenos para esas *otras* sociedades.

La falta de comprensión como categoría nueva dentro de la teoría del delito desblinda la dogmática tradicional, al exigir la revisión de uno de sus supuestos, la igual comprensión cultural en términos, por lo tanto, diferentes a los tenidos en la consideración común del injusto.

(182) Conviene insistir en que ante la hibridación cultural la solución pasa por el caso concreto, y que aquí, en estos casos, las categorías tradicionales son suficientes, porque sí podría existir un error, atendido un desconocimiento, y una conciencia del injusto entramada en las relaciones sociales, axiológicamente sincréticas, pero siempre habrá que abordar los casos concretos, uno a uno, ya que esa hibridación es gradual y por lo tanto no puede ser considerada como un *a priori*.

La imputabilidad penal ha supuesto en su disimuladora tolerancia, una intolerabilidad encubierta de las culturas, porque esa tolerabilidad es embestida por una criminalización de la diferencia. Plantear la imputabilidad como reprochabilidad, como peligrosidad, o incluso como responsabilidad, corre una cortina sobre la diversidad, si sigue considerando hegemónicamente el distinto entendimiento de la cultura, porque esa reprochabilidad, peligrosidad, o responsabilidad es egocéntrica, se autoentiende de esa forma. Ante el irreducible entendimiento diverso a conceptos, no queda más que transitar fuera de las responsabilidades concebidas allende las culturas sin Ilustración, y por lo tanto han de volverse las miradas al conflicto original, al delito, al injusto. Si ya no podía existir reprochabilidad (inimputable), sólo quedaría la peligrosidad, pero si se tiene en cuenta la nula motivación, no por inconciencia o desconocimiento sino por incomprensión, la absurda tarea entonces de la prevención, entronizada en esa peligrosidad, no es más que un ensañamiento jurídico de la cultura hegemónica contra la diversa. Una nueva categoría penal que se acercara al delito, antes que a los sujetos, desde esa falta de comprensión, permitiría por ejemplo levantar una nueva causa de atipicidad, porque si las diferencias son verdaderamente toleradas, entonces ha de comprenderse que las conductas culturalmente diversas merecen una tolerabilidad desde la comprensión misma del injusto en su totalidad, en la medida que ella es exógena, y por lo tanto se encuentra anclada a un ámbito situacional también diverso.

La inimputabilidad supone un reconocimiento explícitamente dominador, al tratar las diferencias como *enfermedad*. Las enfermedades convierten en peligrosos a quienes amenazan al sistema penal enquistado en el ciego sistema social. La intolerabilidad legitima entonces medidas de seguridad que roban, en su lógica implantación, garantías **(183)** al derecho penal. Impulsar voces rebeladoras es un acto desesperado de rendición en un Estado de Derecho, porque comenzar a hablar de garantías en estos casos supone asumir esa intolerabilidad. Ha de desenmascararse de una vez cuánto ella supone. El sistema penal, aunque garantizase la integridad de los indígenas en las medidas de seguridad aplicadas, sepultaría sus propias premisas si está levantado aquél en un Estado de Derecho, porque condenaría al control asfixiante a quienes hayan crecido en una comprensión diferente del mundo.

Si es traspasado el umbral de la imputabilidad, en el marco de la significación social, sea porque se legitima la incompatibilidad como estigma del entendimiento diverso, al homogeneizar la exigibilidad; sea porque desde la hibridación cultural o la cultura distinta se declaran intolerables las particularidades culturales, el siguiente momento para evitar el castigo, será el de la conciencia del injusto, que entiende al sujeto en el caso concreto. La determinación de la incompatibilidad general nos lleva a la singularización individual. Es aquí donde nuevamente esa categoría nueva, la falta de comprensión, se vuelve una exigencia. Ni la teoría del error, ni la imputabilidad o inimputabilidad, dan cuenta de esa comprensión diversa. En consecuencia, en esos casos concretos, ha de conectarse con esta nueva construcción dogmática que, aunque haya de aparecer sistematizada en la teoría del delito, puede ser utilizada aquí, al fallar su consideración en aquél momento, teniendo un trato similar, nunca igual, por consiguiente, al error. Así pues, si el injusto ha quedado establecido, como momento anterior; y el sujeto es declarado imputable, lo que habrá que considerar es, si en esas particulares circunstancias, se pudo haber exigido la comprensión del injusto cometido.

La economía de los cuerpos, por una parte, y la dialéctica del subdesarrollo impuesta en América (Hinkelammert) desde el centro a la periferia, por otra, atravesó todas las estructuras del sistema penal. El encierro únicamente supuso un mecanismo amedrentador de pureza cultural, en el que el chantaje del sometimiento cobró una legitimación alimentada por un progreso ilusorio. La reducción del saber, del conocimiento, a poder, materializado en sus instituciones represivas, ha supuesto sin remedio un control que se hace evidente. El sistema penal se las *ingenió* en América para maquillar el silenciamiento de la dominación de las otras culturas, y coadyuvar con **(184)** eso a una transformación de las mismas no ya por parte de los distintos sujetos sociales sino de los grupos de poder politizados⁶¹. Es eso lo que estuvo a la base de las implantaciones de las estructuras jurídicas que las elites criollas materializaron.

Europa se enfrenta a los desafíos de las inmigraciones aporóforas con el sino de pronunciarse institucionalmente si no quiere caer en la deslegitimación y en aporías que amenacen su propia convivencia. La falta de comprensión de los injustos puede no ser una cuestión que reclame instauración dogmática, atendida la hibridación axiológica, aunque desde la exigibilidad de la conciencia del injusto sí podría ocurrir, porque el sujeto concreto podría verse expuesto a una incompreensión cultural del ordenamiento, incluso mediando la hibridación cultural. Seguramente serán aquéllos casos aislados, pero en las garantías se legitimará el mismo Estado, revitalizando entonces un derecho penal simbólico que no traicione las expectativas de las nuevas sociedades multiculturales, que cada día hacen sonar sus voces desde la obligada heterodoxia.

(185) Bibliografía

Adorno, Theodor, *Consignas*, traducción de Ramón Bilbao, Amorrortu, 1ª reimp., 1993, Buenos Aires, Argentina.

Adorno Theodor y Horkheimer, Max, *La Sociedad*, traducción de Floreal Maziá e Irene Cusien, Proteo, 1969, Buenos Aires, Argentina.

Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, 1ª, 1986, México.

Beauchot, Mauricio, *La Querrela de la Conquista*, Siglo XXI, 1ª, 1992, México.

Bell, Daniel, *Las Contradicciones Culturales del Capitalismo*, traducción de Néstor Míguez, Alianza, 5ª reimp., 1994, Madrid, España.

Bergalli, Roberto (director), *El Pensamiento Criminológico I*, Temis, 1983, Bogotá, Colombia.

Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, P.P.U., 1987, Barcelona, España,

⁶¹ Para una revisión de este fenómeno en América Latina, vid. Cousiño, Carlos y Valenzuela, Eduardo, *Politicización y Monetización en América Latina*, 1994, Santiago, Chile, p. 55 y siguiente.

- Bustos, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Ediar – Conosur, 1989, Santiago, Chile.
- Bustos, Juan, *Manual de Derecho Penal*, P.P.U., 1994, Barcelona, España.
- Bustos, Juan, *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*, Ediar Conosur, sin fecha, Santiago, Chile.
- Bustos, Juan, y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, 1997, Madrid, España.
- Bustos, Juan (director), *Pena y Estado*, Conosur, 1995, Santiago, Chile.
- Carmona Castillo, Gerardo Adolfo, *La Imputabilidad Penal*, Porrúa, 1995, México.
- Castro – Gómez, Santiago, *Crítica de la Razón Latinoamericana*, Puvill, 1997, Barcelona, España.
- Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y Pena*, Bosch, 1ª, 1977, Barcelona, España.
- Cousiño, Carlos y Valenzuela, Eduardo, *Politización y Monetización en América Latina*, Cuadernos del Instituto de Sociología de la Universidad Católica de Chile, 1994, Santiago, Chile.
- De Avila Martel, Alamiro, *Esquema del Derecho Penal Indiano*, 1941, Santiago, Chile.
- Del Olmo, Rosa, *América Latina y su Criminología*, Siglo XXI, 3ª, 1987, México.
- Díaz Palos, Fernando, *Teoría General de la Imputabilidad*, Bosch, 1965, Barcelona, España.
- Donna, Edgardo y otros, *El Poder Penal del Estado (Homenaje a Hilde Kaufmann)*, Depalma, 1985, Buenos Aires, Argentina.
- Dussel, Enrique, *El Encubrimiento del Otro, Hacia el Origen del Mito de la Modernidad*, Nueva Utopía, 1992, Madrid, España.
- Elias, Norbert, *El Proceso de Civilización*, traducción de Ramón García Cotarelo, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimp., 1993, Madrid, España.
- Engels, Friedrich, *El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, Endymion, 1988, Madrid, España.
- (186)** Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, 23ª, 1995, México.
- Foucault, Michel, “¿A qué llamamos castigar?” en *La Vida de los Hombres Infames*, traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, La Piqueta, Madrid, España.
- Foucault, Michel, *Genealogía del Racismo*, La Piqueta, Madrid, España.
- García Canclini, Nestor, *Ideología, Cultura y Poder*, Universidad de Buenos Aires, 1ª reimp., 1997, Buenos Aires Argentina.
- García Canclini, Nestor, *Culturas Híbridas*, Sudamericana, 2ª, 1995, Buenos Aires, Argentina.
- Góngora, Mario, *Ensayo Histórico sobre la Noción de estado en los Siglos XVIII y XIX*, Universitaria, 5ª, 1994, Santiago, Chile.
- Gracia, Jorge y Jaksic, Iván, *Filosofía e Identidad en América Latina*, Monte Avila, 1ª, 1988, Caracas, Venezuela.
- Habermas, Jürgen, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, reimp. 1993, Madrid, España.
- Habermas Jürgen, *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, traducción de Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García Cotarelo, Taurus, reimp. 1992, Madrid, España.
- Hassemer, Winfried, “Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania”, en *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 14, enero – junio de 1991, Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- Hinkelammert, Franz, *Dialéctica del Desarrollo Desigual*, Amorrortu, 1970, Buenos Aires, Argentina.

- Hormazábal, Hernán, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la Norma Penal)*, Conosur, 2ª, 1992, Santiago, Chile.
- Jara, Álvaro, *Legislación Indigenista de Chile*, Instituto Indigenista Interamericano, 1956, México.
- Jakobs, Günther *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, 1996, Madrid, España.
- Jocelyn – Holt, Alfredo, *El Peso de la Noche*, Planeta /Ariel, 1997, Santiago, Chile.
- Kant, Immanuel, *Filosofía de la Historia*, traducción de Eugenio Ímaz, Fondo de Cultura Económica, 5ª reimp., 1994, México.
- Kirchheimer, Otto y Georg Rusche, *Pena y Estructura Social*, traducción de Emilio García Méndez, Temis, 1984, Bogotá, Colombia.
- Larrauri, Elena, *La Herencia de la Criminología Crítica*, Siglo XXI, 1991, Madrid, España.
- López Betancourt, Eduardo, *Culpabilidad e Inimputabilidad*, Porrúa, 1993, México.
- Lukács, Georg, *La Crisis de la Filosofía Burguesa*, traducción de León Rozitchner, Ediciones Siglo Veinte, 1958, Buenos Aires, Argentina.
- (187)** Lukács, Georg, *Historia y Conciencia de Clase*, traducción de Manuel Sacristán, Grijalbo, 1975, Barcelona, España.
- Morandé, Pedro, “Uso y Significado del Concepto de Cultura en las Ciencias Sociales”, *Revista de Trabajo Social*, Pontificia Universidad Católica de Chile, sin fecha, Santiago, Chile.
- Pavarinni, Massimo, *Control y Dominación*, traducción de Ignacio Muñagorri, Siglo XXI, 4ª, 1993, México.
- Ritter, Joachim, *Subjetividad*, Alfa, 1976, Barcelona, España.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, t. I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de Luzón Peña, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel, y De Vicente Remesal, Javier, Civitas, 1997, Madrid, España.
- Roxin, Claus, “La Parte General del Derecho Penal Sustantivo”, traducción de Luis Arroyo Zapatero, en Roxin Claus, Arzt, Günther, y Tiedemann, Klaus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel, 1989, Barcelona, España.
- Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema Penal y Criminología Crítica*, Temis, Bogotá, Colombia.
- Schmitt, Carl, *Tierra y Mar*, traducción de Rafael Fernández – Quintanilla, Instituto de Estudios Políticos, 1952, Madrid, España.
- Silva Sánchez, J.L., *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, J.M.Bosch, 1997, Barcelona, España.
- Sotomayor, Juan Oberto, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Temis, 1996, Bogotá, Colombia.
- Stratenwert, Günter, *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*, traducción de Manuel Cobo del Rosal, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, Madrid, España.
- Todorov, Tzvetan, *La Conquista de América, El Problema del Otro*, traducción de Flora Botton Burlá, 8ª, 1997, México.
- Weber, Max, *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, traducción de Luis Legaz Lacambra, Península, 1994, Barcelona, España.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Andrés Bello, Santiago, Chile.
- Werz, Nikolaus, *Pensamiento Sociopolítico en América Latina*, traducción de Gustavo Ortiz, Nueva

Sociedad, 1ª , 1995, Caracas, Venezuela.

Yrureta, Gladys, *El Indígena ante la Ley Penal*, Universidad Central de Venezuela, 1981, Caracas, Venezuela.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En Busca de las Penas Perdidas*, Temis, 2ª , 1993, Bogotá, Colombia.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología (Aproximación desde un Margen)*, Temis, 1993, Bogotá, Colombia.

Zavala, Silvio, *Filosofía de la Conquista*, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimp. 1994, Santiago, Chile.

Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, traducción de Miguel Izquierdo Macías - Picavea, Edersa, 1979, Madrid, España.