

*Année 2003*

Bulletin de la Société internationale de défense  
sociale pour une politique criminelle humaniste

**CAHIERS DE DEFENSE SOCIALE**

*Bulletin of the International Society of Social  
Defence and Humane Criminal Policy*

Mélanges en l'honneur de/ *Homenaje a* / Tributes to  
**Louk Hulsman**

**DROIT PENAL ENTRE ABOLITIONNISME ET TOLERANCE  
ZERO / CRIMINAL LAW BETWEEN ABOLITIONISM AND ZERO  
TOLERANCE/ EL DERECHO PENAL ENTRE ABOLICIONISMO Y  
TOLERANCIA CERO**



**CAHIERS DE DEFENSE SOCIALE**  
**Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour**  
**une politique criminelle humaniste – SIDS**  
*Bulletin of the International Society of Social Defence and Humane*  
*Criminal Policy – ISSD*

Direction et Rédaction / *Editorial Board*

Directeur / *Director*

Mario PISANI, professeur de procédure pénale à l'Université de Milan

Comité de rédaction / *Editorial Committee*

Edmondo BRUTI LIBERATI – Adolfo CERETTI – Luigi FOFFANI – Giovanni  
TAMBURINO – Antonio VERCHER NOGUERA

Secrétariat de rédaction / *Editorial Secretariat*

Christiane CSOPEY – Luciana MARSELLI MILNER

c/o CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE

Palazzo Comunale delle Scienze Sociali – Piazza Castello, 3 – 20121 MILANO – Italie

e-mail: [cnpds.ispac@cnpds.it](mailto:cnpds.ispac@cnpds.it)

[www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)

Les *Cahiers* ne sont pas en vente. Ils sont réservés aux membres de la SIDS  
*The Cahiers are not on sale. Only ISSD Members are entitled to receive them*

**SOCIETE INTERNATIONALE DE DEFENSE SOCIALE POUR UNE  
POLITIQUE CRIMINELLE HUMANISTE - SIDS  
Organisation dotée de statut consultatif  
auprès du Conseil économique et social des Nations Unies  
INTERNATIONAL SOCIETY OF SOCIAL DEFENCE AND  
HUMANE CRIMINAL POLICY - ISSD  
Organization in Consultative Status with the  
Economic and Social Council of the United Nations**

**CONSEIL DE DIRECTION / BOARD**

Président d'honneur

Simone ROZÈS, premier président honoraire de la Cour de cassation de France

Président / *President*:

Luis ARROYO ZAPATERO, Rector honorario de la Universidad de Castilla-La Mancha y director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Ciudad Real

Secrétaire général / *Secretary-General*:

Edmondo BRUTI LIBERATI, substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Milan

Secrétaires généraux adjoints/*Assistant-Secretaries-General*:

Adolfo CERETTI, professeur associé de criminologie à l'Université de Milan-Bicocca

Luigi FOFFANI, Profesor Asociado de Derecho penal de la Universidad de Modena y Reggio Emilia

Antonio VERCHER NOGUERA, Supreme Court Public Prosecutor, Madrid

Vice-présidents / *Vice-Presidents*:

Adedokun A. ADEYEMI, Professor and Dean, Faculty of Law, University of Lagos

Bernardo BEIDERMAN, ancien professeur de criminologie et de droit pénal de l'Université nationale de Buenos Aires

Paolo BERNASCONI, professeur de droit pénal de l'économie aux Universités de Saint Gall et de Zürich

Pierre-Henri BOLLE, professeur de législations pénales, doyen de l'Université de Neuchâtel

Pedro R. DAVID, Juez, Cámara Nacional de Casación Penal, Buenos Aires

Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, président du Conseil scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Coimbra; ancien président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire

Vladimir KOUDRIAVTSEV, Vice-President, Russian Academy of Sciences

Gerhard O.W. MUELLER, Distinguished Professor of Criminal Justice, Rutgers University, Newark, N. J.

Reynald OTTENHOF, professeur à l'Université de Nantes; vice-président de l'Association internationale de droit pénal; vice-président de l'Institut supérieur international de sciences criminelles (ISISC)

Mario PISANI, professeur de procédure pénale à l'Université de Milan; *directeur des "Cahiers de défense sociale"*

Rodica Mihaela STANOIU, professeur, ministre de la Justice de Roumanie

Constantin VOUYOUCAS, professeur émérite de droit pénal de l'Université Aristote de Thessalonique

Secrétaires généraux régionaux/*Regional Secretaries-General:*

pour l'Afrique / *for Africa:*

Maher ABDEL-WAHED, First Assistant to the Minister of Justice; Vice-President, Egyptian Cassation Court (Arab Republic of Egypt)

Ayodele Victoria OYAYOBI ATSENUWA, Lecturer in the Department of Public Law, University of Lagos (Nigeria)

Elio ZANNONI, Criminologist, Kruguer (South Africa)

pour l'Amérique Latine / *for Latin America:*

Paulo José DA COSTA, Professor of Penal Law, State University of São Paulo (Brazil)

Alvaro Orlando PEREZ PINZÓN, Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Colombia

Louis RODRIGUEZ MANZANERA, Criminólogo; Director Academia Nacional de Seguridad Pública (Mexico)

pour les Etats-Unis d'Amérique / *for the United States of America:*

Freda ADLER, Distinguished Professor of Criminal Justice, Rutgers University, Newark, N. J.

William S. LAUFER, Associate Professor of Legal Studies and Sociology; Director, The Carol and Lawrence Zicklin Center for Business Ethics Research, The Wharton School, University of Pennsylvania

pour l'Europe / *for Europe:*

Anabela MIRANDA RODRIGUES, professeur à la Faculté de droit de Coimbra

Joaquim VOGEL, Professor of Penal Law and Procedural Penal Law, Eberhard-Karls-Universität, Tübingen

pour l'Asie / *for Asia:*

Osamu NIHKURA, professeur à l'Université Aoyama Gakuin (Japan)

Hira SINGH, Former Consultant, National Human Rights Commission, New Delhi (India)

Membres / *Members*:

Lolita ANIYAR DE CASTRO, profesora investigadora de la Universidad del Zulia y la Universidad de Los Andes, Venezuela

Ljubo BAVCON, professeur émérite de droit pénal de l'Université de Ljubljana

Giacomo CANEPA, professeur émérite de médecine légale et criminologie, Département de médecine légale, du travail, psychologie médicale et criminologie, Université de Gênes; président honoraire de la Société internationale de criminologie

Orlando CONTRERAS PULIDO, professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université centrale du Venezuela

Mireille DELMAS MARTY, professeur au Collège de France

Sergio GARCIA RAMIREZ, Presidente de la Corte interamericana de derechos humanos, Costa Rica; Profesor de Derecho penal de la Universidad de Mexico; antiguo Fiscal general de la República (Mexico)

Giovanni Battista GRAMATICA, avocat à Gênes

Joseph HÄUSSLING, président honoraire du Sénat de l'Université Witten/Herdecke; professeur à l'Université

Lodewik H. C. HULSMAN, Professor Emeritus of Penal Law, Nederlandse Economische Hogeschool, Rotterdam

Hans-Heinrich JESCHECK, ancien directeur du "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" de Fribourg e. Br.; président honoraire de l'Association internationale de droit pénal

Zoran KANDUČ, professeur agrégé de criminologie à l'Université de Ljubljana

Raymond SCREVENS, président émérite de la Cour de cassation de Belgique; directeur du Centre national de criminologie, Bruxelles

Denis SZABO, directeur du Centre international de criminologie comparée de l'Université de Montréal; président honoraire de la Société internationale de criminologie

Klaus TIEDEMANN, directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal des affaires de la Albert-Ludwigs-Universität de Fribourg e. Br.

Aglaia TSITSOURA, ancien administrateur principal de la Division des problèmes criminels du Conseil de l'Europe

Alexander YAKOVLEV, Senior Researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences

Trésorier / *Treasurer*:

Luciana MARSELLI MILNER, du "Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale"

Membres honoraires / *Honorary Members*:

Inkeri ANTILA, Professor Emeritus of Criminal Law; Former Director, Helsinki Institute of Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations (HEUNI); Former Minister of Justice of Finland

Shigemitsu DANDO, Former Justice, Supreme Court of Japan; Member of the Academy of Japan; Professor Emeritus of the University of Tokyo; Counsellor to the Crown Prince of Japan

Elio GOMEZ GRILLO, directeur de l'Institut de sciences pénales et criminologiques de l'Université Simon Bolivar de Caracas

Ali LASSER, ex-juez de menores, Caracas

Tadashi MORISHITA, Professor Emeritus of Penal Law, Hiroshima University

Alvar NELSON, Professor Emeritus of Penal Law, Uppsala University

Colette SOMERHAUSEN, ancien chef de travaux de recherche à l'Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles

Giuliano VASSALLI, ancien président de la Cour constitutionnelle d'Italie; professeur émérite de droit pénal de l'Université de Rome; ancien ministre de la Justice d'Italie

Jozsef VIGH, Former Head of the Criminological Department, Eötvös Lörand University, Budapest





**TABLE DES MATIERES / TABLE OF CONTENTS**

A' nos Lecteurs / <i>To our Readers</i> / A nuestros Lectores (M.P.)	page	13
Aux Membres du Conseil de direction de la SIDS/ <i>To ISSD Board Members</i> SIMONE ROZES	“	15
<i>Aux Membres de la SIDS/ To ISSD Members</i> / A los Miembros de la SIDS LUIS ARROYO ZAPATERO	“	17
<i>Programme du nouveau Président: L'essence culturelle de la SIDS/</i> <i>Programme of the New President: The Cultural Essence of ISSD/</i> <i>Programa del nuevo Presidente: La esencia cultural de la SIDS</i> LUIS ARROYO ZAPATERO	“	23

**DROIT PENAL ENTRE ABOLITIONNISME ET TOLERANCE  
ZERO / CRIMINAL LAW BETWEEN ABOLITIONISM AND ZERO  
TOLERANCE/ EL DERECHO PENAL ENTRE ABOLICIONISMO Y  
TOLERANCIA CERO**

Mélanges en l'honneur de/ *Homenaje a* / Tributes to  
Louk Hulsman  
à l'occasion de son 80<sup>ème</sup> Anniversaire/ *con motivo del 80*  
*cumpleaños/ on the occasion of his 80<sup>th</sup> Birthday*

<i>A Homage to Louk Hulsman</i> ADOLFO CERETTI	“	47
<i>El abolicionismo en marcha: nuevos modelos de control.</i> <i>Participación ciudadana y policía comunitaria. El caso de</i> <i>América Latina</i> LOLITA ANIYAR DE CASTRO	“	55

<i>La evolución de la política criminal italiana entre opciones represivas y soluciones minimalistas</i> ALESSANDRO BERNARDI	page	71
<i>Louk Hulsman, el Abolicionismo, el tránsito a una nueva sociedad, y una anécdota</i> PEDRO R. DAVID	“	95
<i>De nuevo sobre el pensamiento abolicionista</i> EDUARDO DEMETRIO CRESPO	“	107
<i>The Media Selection of Crimes. Results of a Recent Research</i> GABRIO FORTI	“	131
<i>The Punitive Metaphor: from ‘Punishment Lost’ to ‘Punishment Found’?</i> FAUSTO GIUNTA	“	147
<i>La insostenible ‘modernización del derecho penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países ‘emergentes’</i> CARLOS JULIO LASCANO	“	157
<i>Peines perdues. Le Système pénal en question, de Louk Hulsman</i> ALI LASSER	“	171
<i>Criminal Policy: New Challenges, Old Ways</i> ANABELA MIRANDA RODRIGUES	“	181
<i>Sécurité urbaine et immigration: illusions et réalité de la répression pénale</i> FRANCESCO PALAZZO	“	213
<i>‘Economía del exceso’ y castigos excesivos</i> MASSIMO PAVARINI	“	229
<i>Victor Hugo and Octave Mirbeau. A Sociological Analysis of Imprisonment in Fiction</i> VINCENZO RUGGIERO	“	245
<i>Le droit pénal entre l’abolitionnisme et la tolérance zéro</i> CONSTANTIN VOYOUCAS	“	263
<i>List of Louk Hulsman’s Publications</i>	“	273

## ETUDES / STUDIES

<i>Études juridiques comparatives et internationalisation du droit</i> MIREILLE DELMAS-MARTY	page	281
<i>Trente ans de Congrès sur la Défense Sociale (de Paris 1971 à Lisbonne 2002)</i> LUIGI FOFFANI	“	299
<i>Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño</i> RENÉ ARIEL DOTTI	“	313
<i>La política de defensa social y su repercusión con los niños y adolescentes</i> RUTH VILLANUEVA CASTILLEJA	“	327

## ARCHIVES

<i>Pour l'Europe: la dynamique d'une riche identité commune</i> Le Monde, 14 novembre 2003	“	337
<i>Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire</i> GIOVANNI TAMBURINO	“	345
<i>ISPAC International Conference: Crime and Technology: New Frontiers for Legislation, Law Enforcement and Research (Courmayeur, Mont Blanc, Italy, 28-30 November 2003)</i> Report by MATJAŽ JAGER	“	359
– <i>Final Recommendations</i>	“	364

## INFORMATIONS / INFORMATION

Un signe de reconnaissance à la mémoire de Adolfo Beria di Argentine/ <i>A Tribute to the Memory of Adolfo Beria di Argentine</i>	“	371
<i>Bulletin d'informations de la Section hellénique</i>	“	372
<i>IXème Edition du Prix Filippo Gramatica</i>	“	372

<i>Laurea “Honoris Causa” au Professeur Giuliano Vassalli</i>	page	373
<i>Sergio Garcia Ramirez, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	“	374
<b>NOTES BIBLIOGRAPHIQUES</b>	“	377

## **A' nos lecteurs**

Ce numéro des *Cahiers* témoigne et documente le passage de la présidence de Simone Rozès – à laquelle nous tenons à réitérer nos très sincères remerciements pour sa longue et précieuse activité au sein de notre Société – à Luis Arroyo Zapatero. C'est comme dire: un essor dans la continuité.

Ce relais est clairement témoigné par le heureux résultat de la réunion de notre Conseil de direction qui, pour la première fois, s'est tenue à Tolède, le 1er novembre 2003.

Toutefois aux pages de ce numéro – qui porte le titre “Le droit pénal entre abolitionnisme et tolérance zéro” – est conférée aussi une tâche plus spécifique, la célébration notamment du quatre-vingtième anniversaire de Louk Hulsman. Les nombreuses et remarquables contributions, présentées par Adolfo Ceretti, mettent dignement en évidence le prestige et le renom internationaux que l'illustre maître à penser a atteint.

Encore une fois un grand merci à tous ceux qui ont donné leur apport à la réussite de nos initiatives. (M.P.)

## ***To our Readers***

*This issue of Cahiers records and documents the transition of our Presidency: from Simone Rozès – to whom we must once again convey our warmest possible appreciation for her long and valuable service to our Society – to Luis Arroyo Zapatero.*

*We might justly call this a development within the continuity of our existence, as was clearly confirmed by the happy outcome of the Meeting of our Board, held, for the first time at Toledo, on 1<sup>st</sup> November 2003.*

*These pages, however, contain a further celebratory landmark, marking the eightieth birthday of Louk Hulsman, which is specifically reflected in the heading: “Criminal Law between abolitionism and zero tolerance”. The many important contributions, which are presented by Adolfo Ceretti, appropriately bear tribute to the prestige and international renown of this most distinguished scholar.*

*Once again a very warm thank-you to all those who have given their support towards the success of our endeavours. (M. P.)*

## **A nuestros lectores**

Este número de *Cahiers* refleja y documenta la transición de la presidencia de Simone Rozès – a quién renovamos nuestro más sentido agradecimiento por su larga y valiosa actividad en nuestra *Société* – a la presidencia de Luis Arroyo Zapatero. Se trata, evidentemente, de una evolución dentro de la continuidad.

Clara indicación de ello fue el éxito de la reunión de nuestro Consejo Directivo, que se celebró por primera vez en Toledo el 1º de noviembre 2003.

Pero en estas páginas – con el título “El derecho penal entre abolicionismo y tolerancia cero”– es nuestra intención además celebrar de forma más específica los ochenta años de Louk Hulsman. Las numerosas e importantes contribuciones presentadas por Adolfo Ceretti representan el justo reconocimiento del prestigio y el renombre internacional conseguidos por el insigne estudioso.

Una vez más, muchísimas gracias a todos quienes han contribuido al éxito de nuestras iniciativas. (M.P.)

Paris/Milan, le 22 juillet 2002

**Aux Membres du Conseil de direction de la SIDS**

Chers Amis,

je désire vous faire part de ma décision de quitter bientôt mes fonctions de Président de la SIDS, ainsi que je l'ai annoncé à Lisbonne, à l'occasion du XIVème Congrès international de défense sociale. Veuillez trouver en annexe les procès-verbaux de la réunion informelle de notre Conseil de direction, qui s'est tenue à Lisbonne le 17 mai dernier, et de l'Assemblée générale des Membres, qui a eu lieu le jour après, toujours à Lisbonne.

Comme vous le verrez, M. Luis Arroyo Zapatero a accepté de se porter candidat. Je suis persuadée que sous la direction de M. Arroyo Zapatero le Mouvement de défense sociale – auquel je demeure très attachée – pourra continuer à jouer le rôle qui lui incombe.

Je saisis cette occasion pour vous remercier de la précieuse collaboration que vous m'avez apportée pendant toutes ces années et j'espère vivement pouvoir vous rencontrer tous de nouveau à l'occasion de la prochaine réunion du Conseil et de l'Assemblée générale de la SIDS, en automne prochain. Dès qu'un programme précis aura pu être retenu, M. Bruti Liberati et moi-même vous en ferons part incessamment.

Encore une fois merci, bien cordialement à vous.

Simone Rozès  
Président de la SIDS





Paris/Milan, 30 September 2002

**To ISSD Board Members**

Dear Friends,

I wish to inform you hereby that I have taken the decision to resign from the chairmanship of ISSD. I already shared this decision of mine with the ISSD members gathered in Lisbon in the framework of the XIVth International Congress on Social Defence.

Herewith enclosed please find the minutes of the informal ISSD Board meeting, held in Lisbon on 18<sup>th</sup> May 2002, and of the General Assembly of ISSD members, which was held, always in Lisbon, the day after.

As you will notice, Mr. Luis Arroyo Zapatero has accepted to stand for candidate. I am persuaded that under the guidance of Mr. Arroyo Zapatero the Movement of Social Defence – to which I remain deeply attached – will succeed in carrying out its role.

I look forward to meeting you at the forthcoming ISSD General Assembly which is scheduled to take soon place. As soon as a precise programme will be adopted, you will be duly informed thereupon by Mr. Bruti Liberati and myself.

With cordial greetings, I remain,

Yours sincerely,  
Simone Rozès  
ISSD President

## **AUX MEMBRES DE LA SIDS**

Ciudad Real /Milan, Janvier 2003

Chers Collègues,

c'est avec un immense plaisir que je m'adresse à vous en tant que Président de la SIDS, après l'Assemblée générale extraordinaire du 6 décembre dernier à Courmayeur, pour vous souhaiter à tous une très heureuse année 2003, une année pour laquelle je souhaite aussi qu'il n'y ait pas de guerre et que progressent les droits politiques et sociaux de tous les peuples du monde.

Je voudrais avant tout vous témoigner ma reconnaissance pour la confiance que vous m'avez accordée, en particulier à notre Présidente d'honneur, Madame Simone Rozès, dont l'intelligence, l'amabilité et la distinction sont des qualités que ses successeurs égaleront non sans difficultés. J'aimerais de même souligner le dévouement et l'attention que les collaborateurs du Centre de Milan ont prêté, sans lesquels le travail de la Société serait impossible.

En ma qualité de candidat à la présidence, j'avais adressé à l'Assemblée générale un bref discours par lequel je souhaitais exposer mon point de vue sur les objectifs de la Société et sur la réorganisation de son travail, et sur lesquels je désire maintenant focaliser mon activité de Président, tout en tenant compte des suggestions issues du débat à l'Assemblée générale. Vous trouverez ci-joint le texte de mon intervention qui représente donc, à présent, le Programme du Président.

Dans le courant de cette année, un Conseil de direction sera convoqué, qui devra procéder à l'adoption des mesures décidées lors de l'Assemblée générale extraordinaire: admission de nouveaux membres, organisation thématique du travail, organisation de questions d'intérêt général,

renouvellement du Conseil de direction, organisation d'un site web, prochaines réunions scientifiques, etc.

Je recommande vivement à tous les Membres de mettre leur numéro de fax et leur adresse de courrier électronique à disposition du Secrétariat général auprès du "Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale" dans le plus bref délai, car ils représenteront dorénavant les moyens habituels de communication.

Prochainement vous recevrez le numéro des *Cahiers de défense sociale* correspondant à l'année 2002, et au 14ème Congrès tenu à Lisbonne au mois de mai.

L'extraordinaire rapidité avec laquelle les Actes ont été publiés se doit à l'engagement du Professeur Jorge De Figueiredo Dias, en tant que responsable du Congrès de Lisbonne, au Professeur Mario Pisani, Directeur des Cahiers, et à notre efficace et enthousiaste Secrétaire général Edmondo Bruti Liberati, ainsi qu'à nos collaborateurs du Centre de Milan. Prochainement ce dernier numéro des *Cahiers* sera publié sur le site web de la Société, et ainsi, pour la première fois, sa diffusion touchera toutes les régions du monde qui disposent d'Internet.

Je termine en vous réitérant tous mes meilleurs vœux pour l'année 2003.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Arroyo Zapatero'. The signature is written in a cursive, somewhat stylized script.

Luis Arroyo Zapatero  
Président de la SIDS

## **TO ISSD MEMBERS**

Ciudad Real/ Milan, January 2003

Dear Colleagues,

It is a pleasure that the first letter I write as ISSD President following the Extraordinary General Assembly on December 6<sup>th</sup> 2002 at Courmayeur, is to wish all of you a Happy 2003. What I most desire for this new year is that there be no war and that both social and political rights progress for the people around the world.

First of all, I wish to thank you for the trust you have shown in me. I would especially like to thank our *Présidente d'honneur*, Madame Simone Rozès, whose intelligence, kindness and elegance are qualities that her successors will not be able to equal. I would also like to highlight the dedication and care given by the Milan Centre collaborators. The work of the Society would be impossible without them.

As a candidate President, I had addressed a few words to the General Assembly in which I sought to express my point of view on the objectives and the reorganization of the work of the Society. I intend to adjust my work as President along these lines, incorporating the hints arising from the debate in the General Assembly. The written text of that speech is attached and will serve as my programme as President.

The Board will soon meet in Toledo and proceed and take the measures agreed upon in the General Assembly: admission of new members, thematic organization of work, organization of regional interest topics, renewal of the Board, organization of a web site, future scientific meetings, etc.

I strongly recommend that all Members have both Fax and E-mail and ask them to send this information to the Secretariat General, at the “Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale”, as soon as possible, as these will be the usual means of communication.

You will be soon receiving the *Cahiers de défense sociale* of the year 2002, bearing the Proceedings of the XIVth ISSD Congress (Lisbon, May 2002). The extraordinary speed at which these Proceedings have become available is due to the personal commitment of Professor De Figueiredo Dias, who was in charge of the Lisbon Congress, of Professor Mario Pisani, Director of the *Cahiers*, and of our efficient and enthusiastic Secretary-General Edmondo Bruti Liberati, as well as of our collaborators from the Milan Centre. These Proceedings will soon be published on our web site, making it possible for the first time for them to reach any corner of the world having an Internet connection.

I conclude as I began, by wishing you all a Happy 2003.

A handwritten signature in black ink, reading "Luis Arroyo". The signature is written in a cursive, flowing style with a vertical line on the left side.

Luis Arroyo Zapatero  
ISSD President

## **A LOS MIEMBROS DE LA SIDS**

Ciudad Real/Milan, Enero de 2003

Queridos Colegas,

Es muy grato que esta primera carta como Presidente de la SIDS, tras la Asamblea General Extraordinaria el pasado 6 de diciembre en Courmayeur, sea para desear a todos un Feliz año 2003, un año para el que lo que más deseo es que no haya guerra, y progresen los derechos políticos y sociales de todos los pueblos del mundo.

Ante todo deseo agradecer la confianza que todos han puesto en mi persona, especialmente nuestra Presidenta de Honor, Madame Simone Rozès, cuya inteligencia, amabilidad y elegancia son cualidades que no alcanzaremos sus sucesores. Igualmente deseo poner de relieve la dedicación y cuidado por la *Société* de los colaboradores del Centro de Milán, sin los cuales la obra de la *Société* sería imposible.

En mi condición de candidato dirigí a la Asamblea General unas palabras en las que quise exponer mi punto de vista sobre los objetivos de la *Société* y la reorganización del trabajo de la misma, a las que pretendo ajustar mi trabajo como Presidente, con los matices que se incorporaron a lo largo del debate en la asamblea general. El texto de mi intervención queda adjunto a esta carta como programa del Presidente.

Próximamente se producirá un Consejo de Dirección en Toledo que debe proceder a tomar las medidas acordadas en la Asamblea General: admisión de nuevos miembros; organización temática de trabajo, organización de temas de interés regional, renovación del Consejo de

Dirección, organización de un “site web”, próximas reuniones científicas, etc.

A todos los miembros deseo encarecer el disponer de Fax y de E-mail y ruego lo remitan a la mayor brevedad a la Secretaría General a la dirección del “Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale”, pues serán los medios habituales de comunicación.

En los próximos días recibirán el número de los *Cahiers de défense sociale* correspondiente al 2002, y al XIV Congreso de Lisboa del mes de Mayo. La extraordinaria rapidez de la aparición de las actas se debe a la alta responsabilidad del Professor De Figueiredo Dias, como responsable del Congreso en Lisboa, al Professor Mario Pisani, Director de los *Cahiers*, y a nuestro eficaz y entusiasta Secretario General Edmondo Bruti Liberati, así como a nuestros colaboradores del Centro de Milan. Proximamente, se publicará en el sitio web de la *Société*, con lo que por vez primera su difusión alcanzará cualquier lugar del mundo en el que se combine una línea de teléfono e Internet.

Concluyo como comencé, deseando a todos un feliz año 2003.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Arroyo'.

Luis Arroyo Zapatero  
Presidente de la SIDS

## **Programme du nouveau Président: “L’essence culturelle de la SIDS”**

Chère Présidente Madame Rozès, chers collègues et chers amis,

Être candidat à la présidence d’une société scientifique telle que la SIDS est une impertinence personnelle qui ne peut trouver d’autre justification que celle qui autorise à penser que le candidat inspire plus de confiance aux dirigeants de la Société qu’il n’inspire à lui-même.

Prétendre d’être le successeur de personnalités de la catégorie humaine et scientifique de Filippo Gramatica, de Marc Ancel, et de Madame Simone Rozès, prétendre de présider des collègues que je considère mes initiateurs et mes maîtres comme Hans-Heinrich Jescheck, Klaus Tiedemann, Giuliano Vassalli, Mario Pisani, ainsi que tant d’autres illustres collègues qui nous accompagnent dans la vie de la Société, n’est pas justifié, mais mérite, j’espère, une réduction de la culpabilité, et donc, je le souhaite, de la peine.

J’accepte, malgré tout, l’invitation de ceux qui m’ont, à tort, accordé leur confiance, et je souhaiterais, tout d’abord, manifester ma conception de la Société, dans le contexte de l’histoire des sciences pénales et de leurs organisations, et l’idée que je me suis faite du rôle que la Société peut désormais jouer. Pour terminer, j’exposerai certaines idées à propos de l’organisation nécessaire à la mise en oeuvre de nouvelles actions.

### **1. L’essence culturelle de la Société**

Si je devais choisir un seul mot pour désigner l’apport de notre Société internationale de défense sociale à l’évolution moderne du Droit et de la Science pénale, je crois pouvoir affirmer que la Société a été la Société de la resocialisation. L’idée de resocialisation, à la suite de l’élaboration conceptuelle opérée à partir du positivisme, notamment représenté au départ par Gramatica, a ensuite été placée entre la criminologie et le Droit positif par Marc Ancel dans les années soixante, et avec la contribution et l’aide de la singulière personnalité de Pietro Nuvolone, elle s’est solidement établie dans le cadre des garanties de l’État de Droit. Il s’agit de l’oeuvre personnelle d’un petit nombre de pénalistes concentrés surtout en France et en Italie, après la Seconde Guerre Mondiale, auxquels les collègues allemands sont rapidement et aisément venus se joindre car, à



partir d'autres fondements épistémologiques, l'oeuvre de Gramatica, de Marc Ancel et de Nuvoione débouche sur des postulats similaires à ceux énoncés par le plus grand pénaliste de l'histoire européenne qui, à mon sens, a été Franz von Liszt.

En réalité je crois que la Défense Sociale est une manifestation historique et singulière du mouvement qui a été entrepris à la fin du dix-neuvième siècle par Prins, Van Hammel et von Liszt. Je crois aussi que les quatre grandes associations appartiennent toutes à cette même tendance, ce qui explique aussi bien la coïncidence d'autant de personnalités au sein de plusieurs de ces organisations, ainsi que les actions coordonnées qu'elles ont établies entre elles. On peut dire que la Fondation internationale pénale et pénitentiaire et la Société internationale de criminologie sont des organisations spécialisées par leur objet: l'objet pénitentiaire, la sociologie et la psychologie du crime. L'Association internationale de droit pénal et la Société internationale de défense sociale sont des organisations pénales généralistes; cependant l'AIDP limite son travail au plan juridique et pénal, et la SIDS est la société scientifique qui intègre les méthodes et les objets juridiques et sociaux, surtout à la suite de l'Addendum au Programme minimum effectué en 1984; d'autre part si vous me permettez de faire appel à des catégories du droit politique et constitutionnel, la SIDS serait l'organisation la plus représentative du Droit pénal de l'État social et démocratique de droit, concept juridique, politique et social largement médité au sein de l'espace européen, et que les espagnols ont, à leur tour, récupéré, lorsque, avec tant de retard, de même que le Portugal, ils ont obtenu la Démocratie et se sont pourvus de constitutions modernes.

D'autre part, et ainsi que l'a toujours dit Marc Ancel, étant donné que la Société n'a pas été et n'a pas voulu représenter un programme idéologique fermé, mais au contraire le programme minimum d'un Mouvement, celle-ci a pu s'étendre dans le monde entier, et ceci avec tous les pénalistes appartenant ou intéressés à nos traditions culturelles, quel que soit le continent ou l'espace continental où ils se trouvent.

La Société internationale de défense sociale est l'organisation des formes juridiques et des contenus du comportement criminel et de la réaction pénale propre aux États sociaux et démocratiques du Droit. Nous représentons le mouvement de la politique criminelle de ce type d'organisation politique et sociale.

## **2. Les nouveaux phénomènes sociaux et politiques influents en matière pénale**

Les postulats de notre mouvement sont aujourd'hui le patrimoine commun du droit pénal positif de nombreux pays du monde, ou du moins, l'héritage du programme des pénalistes contemporains du monde entier et, de ce fait, je considère qu'il faut être optimiste et reconnaître le travail bien fait de nos prédécesseurs. Mais en matière de droit pénal nous ne sommes pas encore arrivés à la fin de l'histoire.

Il est vrai que la fin de la politique des blocs a ouvert, surtout dans les pays de l'Europe de l'Est – de Varsovie à Vladivostok – des possibilités et des chemins impensables jusqu'à présent, pour une Politique criminelle humaniste et démocratique.

Il est vrai aussi que pour la première fois dans l'histoire moderne, toute l'Amérique latine vit en liberté et en démocratie, bien que d'importants secteurs de population vivent encore dans des conditions misérables. D'autre part, le géant que représente la Chine vient de se réveiller. N'en doutons pas, il est tout à fait admis d'être optimiste. La création – avec toutes ses limitations – de la Cour pénale internationale est la plus grande réussite politico-juridique après la Déclaration des Droits de l'Homme en 1945 et, ceci, est encore un point positif.

Néanmoins, il est vrai aussi qu'un grand problème historique subsiste, celui notamment de la pauvreté et du sous-développement économique d'une bonne partie de la population mondiale. D'autre part, de nouveaux problèmes ont surgi, que je me permettrai d'énoncer sans aucun ordre.

Le monde arabe-musulman qui progressait lentement de la tradition vers la modernité, a été surpris lors de sa progression, à cause surtout du sous-développement et de la pauvreté, par l'irruption imposante de ce qui est trop facilement appelé le fondamentalisme islamique, avec le recul ou le blocage que cela présuppose en politique générale et en politique criminelle.

D'autre part, les événements du onze septembre ont renouvelé les tendances conservatrices en politique criminelle dans le pays le plus puissant du monde, les États-Unis. Il est évident que cette tendance conservatrice est antérieure au onze septembre quand nous pensons que les États-Unis se sont farouchement opposés à la création de la Cour pénale internationale. Après le onze septembre, la politique criminelle pendulaire des États-Unis s'est résolument décidée pour "loi et ordre" et, cette fois, avec des projections internationales. Un autre exemple de cette politique est, de manière plus concrète, Guantánamo, la militarisation de la justice pénale et la menace de poursuivre cette politique "par d'autres moyens",

dans le sens de Clausewitz, c'est-à-dire, au moyen de la guerre, et même de la guerre préventive.

Le troisième phénomène est le produit de la globalisation économique, c'est-à-dire les grands déplacements de capital, qui circule librement, mais aussi d'êtres humains, à travers les grands mouvements migratoires. Ce phénomène de tradition historique, bien qu'il adopte des formes et des caractéristiques toutes particulières au sein de la globalisation actuelle, pose deux problèmes. Le premier, à la suite des restrictions imposées à la liberté de mouvement vers les pays développés, concerne, d'une part, la traite des êtres humains et, d'autre part, les formes "modernes" d'esclavage sexuel et dans le cadre du travail, et d'exploitation et de fraude, au sein de l'action migratoire. D'autre part, la concentration dans les pays récepteurs d'un nombre aussi élevé de personnes appartenant à d'autres cultures bien différentes engendre le problème du multiculturalisme, qui entraîne deux autres problèmes pénaux: d'un côté le devoir de la tolérance, et de la lutte contre la discrimination culturelle, raciale et religieuse, et contre la xénophobie, et, d'un autre côté, celui aussi des limites pénales de la tolérance de la diversité culturelle. Autrement dit: doit-on tolérer pénalement la mutilation génitale des femmes appartenant à cette culture à Barcelone ou à Berlin? Doit-on essayer d'en finir avec ces conduites au-delà de Barcelone ou de Berlin? Peut-on continuer à être tolérant face à la lapidation de la femme adultère au Nigéria? Et pouvons-nous encore tolérer les mauvais traitements infligés aux femmes, au sein de notre propre culture occidentale? Doit-on penser que le culturalisme machiste qui persiste en Europe et dans la culture traditionnelle européenne est un phénomène "socialement acceptable"? La réponse européenne à ce phénomène intra-européen ne mérite-t-elle qu'une mesure répressive, ou devons-nous rechercher des solutions préventives dans le Droit pénal matériel et de la procédure pour lutter contre ce phénomène jusqu'à présent dissimulé dans l'alarmant taux de criminalité? Quelle serait la politique criminelle, préventive, répressive et compensatoire contre ces formes cachées de criminalité?

Trois nouveaux phénomènes issus de la globalisation et de ses aspects positifs pour les Droits de l'Homme méritent d'être mentionnés:

- La création de la Cour pénale internationale pour garantir la poursuite des crimes les plus graves, qui généralise et unifie les Tribunaux ad hoc de ces dernières années.
- La régionalisation de la Justice pénale dans l'espace de l'Union Européenne actuelle et de celle qui va recevoir de nouveaux pays membres entre 2004 et 2006, surtout après le très remarquable changement qu'a produit la Décision Cadre du 13 juin 2002 sur l'ordre

de détention européenne et les procédures de remise entre les États membres.

- Le développement du Conseil de l'Europe de Reykiavik à Vladivostok et, par conséquent, l'incorporation de tous les pays membres dans le patrimoine juridique des Droits de l'Homme du Tribunal de Strasbourg, avec son action de procédure pénale, mais aussi matérielle.
- Parmi les nouveaux phénomènes sociaux ainsi que juridiques et pénaux, que j'ai exposés de façon sommaire et incomplète, dont la plupart n'étaient pas présents – du moins sous leur forme actuelle – au moment de la révision de notre Programme Minimum en 1984, on peut trouver l'ensemble des nouvelles actions que le mouvement de Défense sociale doit engager pour continuer à mener notre politique criminelle humaniste. Celle-ci pourrait être définie comme suit.

### **3. Propositions de travail pour la Société**

3.1. Dans l'espace de l'Union Européenne, notre organisation – et d'ailleurs nulle autre organisation historique – ne s'est pas proposée en tant qu'organisation consultative ou consultante. Ce n'était absolument pas nécessaire jusqu'au célèbre jugement du cas du maïs grec de 1989. Mais face à la tournure des événements concernant la protection des intérêts financiers de l'Union, à la suite de l'Accord d'assistance judiciaire en matière pénale de l'an 2000, de la Décision-cadre de l'Euro-ordre de 2002, des Décisions-cadre de cette même année sur la Criminalité organisée et la traite d'êtres humains, et pour finir, avec la création d'Eurojust, la Société internationale de défense sociale trouve l'occasion de se proposer de coopérer avec l'Union Européenne. En dehors des relations interministérielles de Justice et de l'Intérieur, il n'existe aucun réseau de pénalistes plus vaste que le nôtre. Dans ce domaine nous devrions être capables d'intégrer notre activité dans un des programmes européens qui encouragent la recherche en matière pénale.

3.2. L'entrée en vigueur de la Convention créant la Cour Pénale Internationale a déjà ébranlé l'activité des Juristes du monde entier. Il suffit de voir le nombre et l'ampleur des réunions scientifiques tenues à ce sujet, et celui des thèses doctorales et des publications existantes. En notre qualité d'institution consultative des Nations Unies, nous devons nous tenir à sa disposition et nous devons, en tout cas, trouver un rôle à jouer dans le développement de l'élaboration scientifique des règles de responsabilité et d'imputation, qui risquent d'être conçues par des cultures juridiques qui ne possèdent ni notre expérience ni notre savoir.

3.3. Il faut aussi considérer la procédure d'incorporation de nouveaux pays dans le patrimoine juridique du Conseil de l'Europe et s'intéresser aux problèmes, au déficit, aux besoins de formation, etc.

3.4. On doit aussi s'adonner aux procédures de régionalisation des Droits de l'Homme et à leurs conséquences juridiques et pénales. Par exemple, la procédure de démocratisation des pays de l'Amérique latine renforce le rôle que va dorénavant jouer la Cour du Costa Rica dont les sentences obligent véritablement dans un contexte démocratique; ce qui a été le cas des espagnols qui ont commencé à dépendre de la juridiction du Tribunal Européen de Strasbourg, et ensuite de celle du Tribunal du Luxembourg.

3.5. D'autre part, étant donné les tendances politico-criminelles postérieures au 11 septembre, dans le but de préserver notre Programme minimum, nous devons nous constituer en un observatoire permanent de la politique criminelle qui veillera au respect de nos idées face aux réactions indésirables et incompatibles avec celles-ci. Tout cela, évidemment, sans cesser de contribuer à la connaissance des nouvelles formes de terrorisme et des nouveaux moyens à utiliser pour le combattre.

3.6. Les problèmes liés au rapport entre criminalité et immigration sont devenus des problèmes capitaux du débat politique électoral du continent européen, en règle générale de la manière la plus négative qu'il soit: avec la manipulation de données criminologiques limitées et avec une tendance à favoriser les attitudes xénophobes. Nous devrions tâcher d'effectuer une analyse permanente d'enquêtes et de données organisées de manière rationnelle, pour disposer de la vérité et proposer des possibilités rationnelles d'intervention et de prévention, ce qui constitue une matière multidisciplinaire très adéquate à notre association.

3.7. La question de la traite d'êtres humains en tant que telle, celle de l'exploitation sexuelle ou celle qui s'exerce dans le travail, requiert aussi l'attention d'une organisation comme la nôtre, de la même façon que nous nous étions auparavant occupés du Trafic de drogues ou du Trafic d'armes. Notre dimension "sociale" – notre adjectif – avec le phénomène social qui se prête aux phénomènes migratoires et au crime organisé.

3.8. La question du multiculturalisme, aussi bien au sein des sociétés des métropoles ou des espaces de concentration des cultures, que parmi les sociétés et les États qui coexistent pacifiquement sur la scène internationale, mérite aussi qu'on s'y attache. L'importance du monde musulman et encore la façon dont celui-ci est présenté, en particulier lorsque, dans l'opinion publique, des manifestations minoritaires et extrémistes surgissent avec virulence, requiert de notre part tout un travail de connaissance mutuelle entre pénalistes, et de soutien aux pénalistes du

monde musulman intégrés ou intégrables au programme d'une politique criminelle humaniste. Nous avons subi une régression dans le domaine des relations scientifiques que nous devons rattraper. Par le dialogue nous pourrions, d'une part, réussir à dépasser l'autosatisfaction occidentale et, d'autre part, définir avec justesse ce que nous croyons pouvoir véritablement considérer comme irrenonçable pour la dignité humaine.

#### **4. Une manière de nous organiser pour entreprendre de nouvelles tâches**

Seuls ceux qui n'ont pas d'histoire ne trouvent pas la force de se réorganiser pour les temps à venir et je suis certain que c'est sur cet aspect que Madame Rozès voulait attirer notre attention en se mettant, dans ses fonctions, à la disposition de l'Assemblée générale. Notre façon de travailler et nous-mêmes procédons d'une époque caractérisée par des déplacements difficiles et coûteux et par des moyens de communication limités au courrier traditionnel. Par ailleurs, la majorité d'entre nous avons formé notre conception du monde avant l'ère de la télévision. Le courrier électronique, l'Internet, la vidéo-conférence appartenaient à la science-fiction. D'autre part, bien que nous ayons voulu jouer le rôle d'une organisation mondiale, notre territoire quotidien a été trop européen.

Je souhaite donc vous proposer deux nouvelles et différentes modalités d'organisation.

En premier lieu, nous devons, d'un côté, régionaliser notre travail et, de l'autre côté, lui donner une orientation thématique. En ce qui concerne le premier point nous devons essayer de nous doter d'une structure adéquate aux besoins de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe de Reykjavik à Vladivostok. Il nous faut aussi encourager la régionalisation de l'Amérique latine en facilitant l'incorporation de nouveaux membres. À l'avenir nous pourrions nous proposer d'autres objectifs similaires.

En deuxième lieu, il est inconcevable de développer notre action avec la seule organisation de congrès généraux tous les cinq ans. Au contraire, le rendez-vous quinquennal devrait servir à passer en revue l'activité déployée au cours de cinq ans. Le monde ne nous attend pas. Pour agir de façon permanente, nous devrions organiser des comités thématiques chargés des questions qui sont, à mon avis, à l'ordre du jour. Si cela était approuvé, nous pourrions acheminer un programme d'action lors d'une prochaine réunion du Conseil de direction.

En troisième lieu, il est impossible d'agir de façon ininterrompue sans avoir recours aux nouvelles technologies. Je veux parler évidemment du

courrier électronique, mais surtout, au delà de l'impression traditionnelle, de la production des *Cahiers* sur un support numérique, un site web mis à disposition de tout le monde et regroupant toute la collection des Cahiers, les courants thématiques, la publication de "papers" de ces derniers, etc.

Pour finir, nos prédécesseurs ont beaucoup apporté avec une extrême intelligence, en travaillant en collaboration avec les trois autres associations. C'est pour cela qu'au cours de cette nouvelle étape il est de notre devoir de renforcer cette coopération.

## **Programme of the New President: “The Cultural Essence of ISSD”**

*Dear President Madame Rozès, dear Colleagues, dear Friends,*

To be a candidate presiding over a scientific society such as ISSD is a personal impertinence that has no other justification than that those who direct the association have more faith in the candidate than the candidate himself.

Intending to be the successor to personalities of such human and scientific calibre as Filippo Gramatica, as Marc Ancel, as Madame Simone Rozès, intending to preside over colleagues that I consider my teachers such as Hans-Heinrich Jescheck, Klaus Tiedemann, Giuliano Vassalli, and Mario Pisani, and over such illustrious colleagues as those who accompany us in the life of the Society, has no justification, it may only lessen the guilt and, therefore, I hope, the penalty.

In spite of the above, I am glad to accept the invitation of all those who have put their faith in me, and to state here my concept of the Society, within the context of the history of criminal science and its organizations. I will express the idea I hold on the role that the Society could play in the future and, to conclude, I will discuss some ideas on the organization needed to carry out our new tasks.

### **1. The cultural essence of the Society**

If I had to choose a single word with which to describe the contribution that our International Society of Social Defence makes to the modern evolution of Law and Criminal Science, I believe that I may affirm that the Society has been the Society of re-socialization. The idea of re-socialization, following the conceptual elaboration through positivism, represented above all by Filippo Gramatica in the initial phase, was placed between Criminology and Positive Law by Marc Ancel in the 60s and with the contribution and support of a personality such as Pietro Nuvolone, firmly consolidated within the framework of the guarantees of the Rule of Law. It is the personal endeavour of a handful of penalists mainly concentrated in France and Italy after the Second World War, who were soon easily joined by their German colleagues, since the work of Gramatica, Ancel and Nuvolone reached, although based on different



epistemological backgrounds, similar postulates to those stated by the one whom I consider as the greatest penalist of the European history: Franz von Liszt.

I believe that Social Defence is really a historical and unique manifestation of the movement initiated at the end of the 19th century by Prins, Van Hammel and von Liszt. I believe that the four major Associations stem from this same impulse, which would explain why so many personalities belong to more than one of these organizations and the coordination of work among them. It can be said that the International Penal and Penitentiary Foundation and the International Society for Criminology are characterized by their own specific interest, namely the penitentiary system and the sociology and psychology of crime. The International Association of Penal Law and the International Society of Social Defence deal with general Penal Law, but the IAPL limits its work to the juridical-penal aspect, while ISSD is the scientific society that integrates methods and socio-legal purposes, particularly following the *Addendum* to the Minimum Programme carried out in 1984. If you will allow me to resort to categories from Political and Constitutional Law, ISSD would be the organization that best expresses Criminal Law in the Democratic and Social State of Law. This concept of the State of Law has long been in the making in Europe, and was matured by the time the Spaniards, along with the Portuguese, finally received it when we reached Democracy and endowed ourselves with our constitutions.

At the same time, and as Marc Ancel always maintained it, since the Society has not been nor wished to be a closed ideological programme, but rather the Minimum Programme of a movement, the Society has been capable to develop across the world and to involve all the penalists who belong or are interested in our cultural traditions, regardless of what continent or continental space they are on.

The International Society of Social Defence is the organization of juridical forms and of the contents of criminal behaviour and of the penal reaction by Social and Democratic States of Law. We are the movement of the criminal policy of this kind of social and political organization.

## **2. The new social and political phenomena of criminal relevance**

The postulates of our movement are today common patrimony for the positive criminal law of many countries, and in any case they are the common programmatic asset of contemporary penalists around the world. Therefore, I believe that there is room for optimism and that we should be

thankful for the good job our predecessors have done. However, criminal law has not reached its historical end.

It is true that the overcoming of the politics of blocks has opened, especially in Eastern European countries – from Warsaw to Vladivostok – possibilities and paths that were unthinkable for a humane and democratic Criminal Policy only a short time ago.

It is also true that, for the first time in modern history, the whole Latin America is living in freedom and in a democracy, although a significant sector of the population is still living in conditions of poverty. It is also true that the giant China is beginning to awake. Actually there is every indication that it is worth being optimistic. The creation of the ICC (International Criminal Court) – with all of its limitations – was the most important political-judicial achievement since the Declaration of Human Rights of 1945, making it another motive for optimism.

Yet it is also true that a great historical problem subsists – a good part of the world population lives in poverty and economic underdevelopment. Moreover, I would like to mention, not necessarily in a hierarchical order, some of the new problems that have arisen.

The Arab Muslim world that was slowly moving from tradition to modernization was struck along the way, especially as a consequence of underdevelopment and poverty, by the sudden wave that we call, oversimplifying, Islamic Fundamentalism, with all of its implications for regression or stoppage in both general and criminal policy.

At the same time, the events of September 11th have given way to renewed conservative tendencies in criminal policy in the most powerful country on the planet, the United States. The fact that the United States strongly opposed the creation of the ICC makes it clear that this tendency dates back earlier than September 11th. Following this day, the United States' shifting criminal policy has firmly swung towards "law and order" and this time with international repercussions. Its expression is for example Guantánamo, the militarization of criminal justice, the threat of continuing with this criminal policy "in other ways", in Clausewitz's sense, *i.e.* through war, even through preventive war.

The third phenomenon is a product of economic globalisation, *i.e.*, the great mobility not only of capital that flows freely, but also of human beings through great migratory movements. This phenomenon has its historical tradition, but it is acquiring new forms and characteristics under the present-day globalisation, causing two main problems. The first, as a consequence of the restrictions imposed upon the free movements towards developed countries, raises the problem of trafficking with human beings, and of "modern" forms of slavery for work, sex and exploitation and fraud

in these migratory moves. Moreover, the countries receiving high numbers of persons from very different cultures are faced with a problem of multiculturalism, combined with two other criminal problems: first, the obligation to be tolerant and to fight against cultural, racial and religious discrimination and against xenophobia, and second, at the same time, the problem of the penal limitations on tolerance toward cultural diversity. Oversimplifying once again, should female genital mutilation be tolerated from a penal point of view in Berlin or in Barcelona? Should we seek to eliminate this type of conduct beyond Barcelona or Berlin? Can we be tolerant when facing the death by stoning of a Nigerian adulteress? For that matter, can we tolerate abuses against women within our own Western culture? Is the macho culture that still remains in Europe and within the traditional European culture “socially acceptable”? Is the response to this intra-European phenomenon only a repressive reaction or should we seek preventive actions within substantive and procedural criminal law to fight against this phenomenon that has been hidden in the shady areas of criminal statistics until recently? What would the preventive, repressive and indemnifying criminal policy against these hidden forms of crime be?

Three new phenomena that stem from globalisation and its positive dimension for Human Rights are worthy of mention:

- The creation of the International Criminal Court to guarantee that the most serious crimes are prosecuted while generalizing and unifying the *ad hoc* tribunals of the past few years.
- The regionalisation of criminal justice in the present-day European Union and in the Union following the 2004 and 2006 growth plans, especially after the significant thrust of the Outline Act on June 13th, 2002 on the European order of detention and delivery between the Member-States.
- The enlargement of the Council of Europe from Reykjavik to Vladivostok and, therefore, the incorporation of all of the member countries into the juridical human rights value system of the Strasbourg Tribunal, with both its criminal procedure and substantive dimensions.
- Considering the new social and juridical-penal phenomena that I have incompletely summarized above, most of which were not a factor – or at least not in their present dimension – when we revised our Minimum Programme in 1984, we can extract a list of new tasks to be undertaken by the Social Defence movement to continue to lend an impulse to our humane criminal policy. The list could be stated like this:

### **3. Proposals of new tasks for the Society**

3.1. Within the European Union, neither our Organization nor any other historic organization has been proposed as an advising or consulting organization. This was not even necessary until the famous sentence of the Greek corn case in 1989. However, faced by the events related to the protection of Union financial interests, and above all, following the Convention on judicial assistance in criminal matters in the year 2000 and the Outline Act on the Euro-order in 2002, as well as after the Outline Acts at that same year on organised crime and trafficking with human beings, and the creation of Eurojust, the International Society of Social Defence has the chance to offer itself to cooperate with the EU. Apart from the relations between the Ministry of Justice and the Home Office, there is no larger network of penalists than ours. We should be capable of embedding this activity in some of the European programmes that support research on criminal matters.

3.2. The enforcement of the Convention that created the International Criminal Court has greatly shaken the activity of jurists around the world. It is enough to just see the number and dimension of scientific meetings, doctoral theses and monographs on the subject. In our role as a consulting institution to the United Nations we should make ourselves available and, in any case, we should define our part in the development of the scientific construction of the rules for responsibility and for charges which risk to be developed by juridical cultures that do not have the experience and wisdom that ours has.

3.3. The process by which new countries are admitted to the juridical value system of the Council of Europe also deserves attention, as well as the follow up of problems, deficits, training needs, etc.

3.4. Regionalization processes of human rights, with juridical-criminal consequences, also need attention. For example, the democratisation process of the Latin American countries gives new force to the Costa Rican Court. Its sentences oblige in democratic times, as we Spaniards have experienced following our subordination, first, to the jurisdiction of the Strasbourg European Tribunal, and later, to the Luxembourg Tribunal.

3.5. At the same time faced with the criminal policy impulses following September 11th, it is our obligation to respect our Minimum Programme by being permanent observers of the criminal policy that watches over reactions that are undesirable and incompatible with our ideology. This must be done while at the same time contributing to the knowledge of new forms of terrorism and the necessary new ways of fighting against them.

3.6. The problems linked to the relationship between criminality and immigration have become vital problems in the electoral political debate in the European continent, most commonly, in the worst possible way: manipulating the scarce criminological data and tending towards xenophobic reactions. We should seek to carry out a permanent analysis of surveys and logically ordered data to reach the truth and to propose rational interventions and prevention alternatives, which would constitute a very adequate multidisciplinary matter for our association.

3.7. The matter of trafficking with human beings, in itself and associated to work and sexual exploitation, also requires the attention of an association like ours, in the same way in that we have concerned ourselves with the trafficking of drugs or arms in the past. The dimension of our adjective “social” is very appropriate for focusing on the social phenomenon that gives way to migratory phenomena and gives opportunity to organized crime.

3.8. The matter of multiculturalism, within the societies of large cities or in areas of concentration of cultures, as well as within societies and States in their orderly international co-existence, also deserves our attention. The importance of the Muslim world and, moreover, the way in which it is presented, especially when public opinion by sheer force takes the shape of the minority and extreme, requires work on our part to support mutual understanding among penalists, and to support penalists from the Muslim world who are integrated or willing to integrate into the programme of a humane criminal policy. We have suffered a setback in the field of scientific relations that we must overcome. Through dialogue we can obtain, on the one hand, to overcome Western self-satisfaction and, on the other hand, to justly define what we believe to be indispensable for human dignity.

#### **4. How to organize ourselves to undertake the new tasks**

Only those who have no history lack the impulse to re-organise themselves for the future, and I am sure that this is what Mme Rozès wanted to call our attention to when she put her position at the disposal of the General Assembly. We and our way of working come from a time characterized by difficult and limited movements and by a communication system limited to ordinary mail. In fact, many of us formed our concept of the world before the era of television. Electronic mail, the Internet and video conferences were not even science fiction at the time of the foundation of our Society. Moreover, although we have sought to be a

world organization in our acts, our daily territory has been overly European.

I wish to propose two new or renovated modes of organization.

First of all, we should break up our tasks both by region and by subject-matter.

In relation to the first point, we should try to provide ourselves with a structure that is appropriate for the needs of the European Union, as well as of the Council of Europe from Reykjavik to Vladivostok. It is also feasible to give impulse to the regionalization of Latin America if we reinforce the admission of new members. Other objectives of this type could be proposed in the future.

Second, we cannot think that we can develop our commitment only by holding general conferences every five years. The world will not wait for us. On the contrary, the meeting every five years should be the chance to revise our actions over the five years period. In order to act permanently, we should organize committees by subject area that at least cover the areas that I have highlighted as modern issues. If this is deemed to be acceptable, we should adopt a plan of action in the next meeting of the Board.

Third, it is not possible to act permanently without resorting to new technology. Of course, e-mail is a must, but the following above all: the *Cahiers* should continue also on a digital information and communication structure, a Web site that includes and puts at the disposal of the world the entire collection of the *Cahiers*, the thematic channels, the papers published, etc.

Finally, our predecessors have gone far and with exemplary intelligence in carrying out a number of coordinated activities with the other three associations. At this new stage we should increase that cooperation.

## **Programa del nuevo Presidente: “La esencia cultural de la SIDS”**

Querida Presidenta Madame Rozès, queridos colegas y queridos amigos,

Ser candidato a presidir una sociedad científica como la SIDS es una impertinencia personal, que no puede tener otra justificación que la de que quienes dirigen la asociación tienen más fe en el candidato que el candidato en sí mismo.

Pretender ser sucesor de personalidades de la categoría humana y científica de Filippo Gramatica, de Marc Ancel, de Madame Simone Rozès, pretender presidir a colegas que son para mí mis maestros como Hans-Heinrich Jescheck, Klaus Tiedemann, Giuliano Vassalli, Mario Pisani, y de tan ilustres colegas como los que nos acompañan en la vida de la Sociedad no tiene justificación, sino tan sólo una minoración de la culpabilidad y, por lo tanto, espero, de la pena.

A pesar de ello yo quiero corresponder a los que tienen erróneamente fe en mí y para ello deseo manifestar mi concepción de la Sociedad, en el contexto de la historia de las ciencias penales y de sus organizaciones, y la idea que tengo del papel que puede jugar la Sociedad en el futuro, para terminar mis palabras, con algunas ideas sobre la organización necesaria para las nuevas tareas.

### **1) La esencia cultural de la Sociedad**

Si hubiera que elegir un solo adjetivo para designar la aportación de nuestra Sociedad Internacional de Defensa Social a la evolución moderna del Derecho y la Ciencia penal yo creo poder afirmar que la Sociedad ha sido la Sociedad de la resocialización. La idea de la resocialización, tras la elaboración conceptual a partir del positivismo, representado sobre todo en la primera fase por Filippo Gramatica, ha sido situada entre criminología y Derecho positivo por Marc Ancel en los años 60 y con la compañía y ayuda de la singular personalidad de Pietro Nuvolone, asentada firmemente en el marco de las garantías del Estado de Derecho. Se trata de la obra personal de un puñado de penalistas muy centrado en Francia e Italia, tras la 2ª Guerra Mundial, al que pronto se han podido acercar los colegas de Alemania con gran comodidad pues, con otros fundamentos epistemológicos, esta obra de Gramática, Ancel, Nuvolone llega a

postulados parecidos a los que enunció el para mi más grande penalista de la historia europea que fue Franz von Liszt.

En realidad creo que la Defensa Social es una manifestación histórica y singular del movimiento que iniciaron al fin del siglo XIX Prins, Van Hammel y von Liszt. Creo que todas las cuatro grandes asociaciones pertenecen a ese mismo impulso, que es lo que explica la coincidencia de tantas personalidades en más de una de esas organizaciones y el trabajo coordinado entre ambas. Se puede decir que la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y la Sociedad Internacional de Criminología son organizaciones especializadas por su objeto, el objeto penitenciario y la sociología y psicología del crimen. La Asociación Internacional de Derecho Penal y la Sociedad Internacional de Defensa Social son organizaciones penales generalistas, pero la AIDP limita su trabajo al plano jurídico-penal, y la SIDS es la sociedad científica integradora de métodos y de objetos, sobre todo tras la addenda al Programa Mínimo efectuada en 1984, y si me permiten recurrir a categorías del Derecho político y constitucional, la SIDS sería la organización mas expresiva del Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, concepto jurídico, político y social largamente gestado en el espacio europeo y que los españoles hemos recibido maduro cuando con tanto retraso, al igual que Portugal, hemos alcanzado la Democracia y nos hemos dotado de constituciones.

A su vez, y como siempre insistió Marc Ancel, como la Sociedad no ha sido ni querido ser un programa ideológico cerrado, sino el programa mínimo de un Movimiento, la Sociedad ha podido desarrollarse en todo el mundo y con todos los penalistas pertenecientes o interesados en nuestras tradiciones culturales, sea cual sea el continente o espacio continental en que se encuentre.

La Sociedad Internacional de Defensa Social es la organización de las formas Jurídicas y de los contenidos del comportamiento criminal y de la reacción penal propia de los Estados sociales y democráticos del Derecho, somos el movimiento de la política criminal de este standard de organización política y social.

## **2) Los nuevos fenómenos sociales y políticos de relevancia penal**

Los postulados de nuestro movimiento son hoy patrimonio común del Derecho penal positivo de numerosos países del mundo, y en todo caso acervo programático de los penalistas contemporáneos de todo el mundo y creo, por ello, que merece la pena ser optimista y agradecer el trabajo bien



hecho de nuestros predecesores. Pero tampoco en Derecho penal ha llegado el fin de la historia.

Es bien cierto que la superación de la política de bloques ha abierto, sobre todo en los países de la Europa del Este – de Varsovia a Vladivostok – posibilidades y caminos increíbles hace muy poco tiempo para una Política criminal humanista y democrática.

Es bien cierto también que por vez primera en la historia moderna toda la América Latina vive en libertad y democracia, aunque todavía importantes sectores de población viven en condiciones miserables. Es también cierto que el gran gigante que es China ha comenzado a despertar. Es cierto, está fundamentado, merece la pena ser optimista. La creación – con todas sus limitaciones – del TPT es mayor logro político-jurídico tras la Declaración de Derechos del Hombre en 1945, y es también motivo de optimismo.

Pero es igualmente cierto que subsiste un gran problema histórico, que es el de la pobreza y subdesarrollo económico de buena parte de la población mundial y que además han surgido problemas nuevos, que me permito enunciar sin jerarquizar.

El mundo árabe-musulmán que caminaba lentamente desde la tradición a la modernidad ha sido sorprendido en ese camino, como consecuencia sobre todo del subdesarrollo y la pobreza, por una irrupción imponente de lo que llamamos, con demasiada síntesis, el fundamentalismo islamista, con todo lo que ello significa de retroceso o paralización en Política general y en Política criminal.

A su vez, los acontecimientos del 11 de septiembre han dado renovado impulso a tendencias conservadoras en Política criminal en el país más poderoso del mundo, en los Estados Unidos. Que esta tendencia conservadora es anterior al 11 de septiembre se expresa con claridad en que los Estados Unidos se han enfrentado con fuerza a la creación del Tribunal Penal Internacional. Tras el 11 de septiembre, la política criminal pendular de los Estados Unidos se ha decidido firmemente por la “ley y orden” (law and order) y esta vez con proyección internacional. Su expresión es, también de modo reduccionista, Guantánamo, la militarización de la justicia penal también, la amenaza de continuar esa política criminal “por otros medios”, en el sentido de Clausewitz, es decir, mediante la guerra, inclusive la guerra preventiva.

El tercer fenómeno es el producto de la globalización económica, es decir, la gran movilidad no solamente del capital, que fluye con libertad, sino de los seres humanos, los grandes movimientos migratorios. Este fenómeno, de tradición histórica, pero que adquiere formas y características propias en la actual globalization, plantea dos problemas. El primero, como

consecuencia de las restricciones a la libertad de movimientos hacia los países desarrollados, plantea el problema del tráfico de seres humanos, y de formas “modernas” de esclavitud laboral, sexual y de explotación y fraude en la acción migratoria. A su vez, la concentración en países de recepción de tan elevado número de personas de otras culturas bien diferentes, plantea el problema de multiculturalismo, y con él dos problemas penales, por una parte el deber de la tolerancia y de la lucha contra la discriminación cultural, racial y religiosa y contra la xenofobia y, por otra, a la vez, el de los límites penales de la tolerancia de la diversidad cultural. Expresado de nuevo de modo reduccionista. ¿Debe tolerarse penalmente la mutilación genital de las mujeres pertenecientes a esta cultura en Barcelona o Berlín? ¿Debemos intentar acabar con estas conductas más allá de Barcelona o Berlín?. ¿Podemos ser tolerantes ante la lapidación de la mujer adúltera a Nigerie? Pero, es que ¿podemos ser tolerantes con los malos tratos sobre la mujer, dentro de la propia cultura occidental? ¿Es que el culturalismo machile machista que permanece en Europa y dentro de la cultura tradicional europea es un fenómeno “socialmente adecuado”? ¿Es que la respuesta a este fenómeno intra europeo merece solo una respuesta represiva, o debemos sacar consecuencias preventivas en el Derecho penal sustantivo y procesal para luchar contra este fenómeno oculto hasta hace poco en la cifra negra de la criminalidad? ¿Cuál sería la política criminal, preventiva, represiva y resarcitoria, contra estas formas ocultas de criminalidad?.

Tres nuevos fenómenos fruto de la globalización y de su dimensión positiva para los Derechos humanos merecen ser enunciados:

- La creación de la Corte Penal Internacional para garantizar la persecución de los más graves crímenes, que generaliza y unifica los Tribunales ad hoc de los últimos años.
- La regionalización de la Justicia penal en el espacio de la Unión Europea actual y la ampliada entre 2004 y 2006, sobre todo tras el notabilísimo impulso que ha producido la Decisión-marco de 13 de junio de 2002 sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros.
- La ampliación del Consejo de Europa de Reykjavik a Vladivostok y, por tanto, la incorporación de todos los países miembros al acervo jurídico de Derechos humanos del Tribunal de Estrasburgo, con su dimensión penal procesal, pero también sustantiva.

De la relación de los nuevos fenómenos sociales y jurídico-penales que he expuesto de forma resumida e incompleta, la mayoría de los cuales no estaban presentes – al menos en su actual dimensión – al tiempo de la revisión de nuestro Programa Mínimo en 1984, se puede extraer la relación

de nuevas tareas que debe abordar el movimiento de Defensa Social para seguir impulsando nuestra política criminal humanista. Podría formularse así:

### **3) Propuestas de trabajo para la Sociedad**

3.1. En el espacio de la Unión Europea ni nuestra organización ni ninguna otra organización histórica se ha propuesto como organización asesora o consultora. No era necesario en absoluto hasta la famosa sentencia del caso del maíz griego de 1989. Pero ante la evolución de los acontecimientos relativos tanto a la protección de los intereses financieros de la Unión y, sobre todo, tras el Convenio de asistencia judicial en materia penal del año 2000 y de la Decisión-marco de la Euro-orden de 2002, así como tras las Decisiones-marco de este mismo año sobre Criminalidad organizada y de tráfico de personal así como, con la creación de Erojust, la Sociedad Internacional de Defensa Social tiene una oportunidad de ofrecerse para cooperar con la UE. Fuera de las relaciones inter ministeriales de Justicia y de Interior no existe una red de penalistas más amplia que la nuestra. Nuestra actividad en este punto deberíamos ser capaces de incardinarla en alguno de los programas europeos que fomentan la investigación en materia penal.

3.2. La entrada en vigor de la Convención que crea la Corte Penal Internacional ha producido ya una revolución en la dedicación de los Juristas de todo el mundo. Basta ver el número y dimensión de las reuniones científicas sobre el tema y el de tesis doctorales y monográficas. En nuestra calidad de institución consultiva de Naciones Unidas debemos ponernos a su disposición y, en todo caso debemos fijar un papel en el desarrollo de la construcción científica de las reglas de responsabilidad y de imputación, que arriesgan desarrollarse desde culturas jurídicas que no tienen la experiencia y sabiduría de la nuestra.

3.3. Merece también atención el proceso de incorporación de nuevos países al acervo jurídico del Consejo de Europa y el seguimiento de los problemas, déficit, necesidades de formación, etc.

3.4. Debe atenderse también a procesos de regionalización de Derechos humanos, con consecuencias jurídico penales. Por ejemplo, el proceso de democratización de los países iberoamericanos proporciona nueva fuerza a la Corte de Costa Rica, cuyas sentencias obligan en tiempos de democracia, como los españoles hemos podido experimentar tras nuestra sujeción a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Estrasburgo primero, y al de Luxemburgo después.

3.5. A su vez, ante los impulsos político criminales posteriores al 11 de septiembre es nuestra obligación sobre todo en atención a nuestro Programa mínimo constituirnos en un observatorio permanente de la política criminal que vele frente a reacciones indeseables e incompatibles con nuestro ideario. Todo ello sin perjuicio de contribuir al conocimiento de las nuevas formas de terrorismo y de los necesariamente nuevos modos de combatirlo.

3.6. Los problemas vinculados a la relación entre criminalidad e inmigración se han convertido en problemas capitales del debate político electoral del continente europeo, por lo común en el peor de los modos: manipulando los pocos datos criminológicos y con tendencia a prevalecer las reacciones xenófobas. Deberíamos intentar llevar a cabo un análisis permanente de encuestas y datos racionalmente ordenados para disponer de la verdad y proponer alternativas racionales de intervención y prevención, lo que constituye una materia multidisciplinar tan adecuada a nuestra asociación.

3.7. La cuestión de la trata de seres humanos, como tal, y la orientada a la explotación laboral o sexual requiere también la atención de una organización como la nuestra, en la dimensión en que hemos prestado nuestros cuidados anteriormente al tráfico de drogas o de armas. Nuestra dimensión “social”, nuestro adjetivo, resulta bien adecuado para enfocar el fenómeno social que da la ocasión a los fenómenos migratorios y la oportunidad al crimen organizado.

3.8. La cuestión del multiculturalismo, tanto dentro de las sociedades de las metrópolis o espacios de concentración de culturas como entre las sociedades y Estados en su ordenada convivencia internacional, merece igualmente nuestra atención. La importancia del mundo musulmán y, además, el modo en que éste se presenta, particularmente cuando en la opinión pública se presentan con más fuerza las plasmaciones minoritarias y extremas, requiere una labor por nuestra parte de conocimiento mutuo entre penalistas, y de apoyo a los penalistas del mundo musulmán integrados o integrables en el programa de una política criminal humanista. Hemos sufrido un retroceso en este ámbito de las relaciones científicas que hemos de superar. De el dialogo podríamos conseguir, por una parte, superar la autocomplacencia occidental y, por otra, también definir justamente lo que creemos poder identificar con lo irrenunciable para la dignidad humana.

#### **4) Una manera de organizarnos para abordar las nuevas tareas**

Solo los que no tienen historia carecen del impulso de reorganizarse para el futuro, y estoy seguro que era sobre eso, sobre lo que quería llamarnos la atención Mme Rozès al poner su cargo a disposición de la asamblea general. Nosotros y nuestra forma de trabajar provenimos de un tiempo caracterizado por la dificultad y carestía para el desplazamiento y por un sistema de comunicación limitado al correo ordinario. Es más, la mayoría de nosotros hemos formado nuestra concepción del mundo antes de la era de la televisión. El correo electrónico, el internet, la video conferencia no eran en el tiempo de nuestra fundación ni siquiera ciencia-ficción. A su vez, aunque hemos actuado queriendo ser una organización mundial, nuestro territorio cotidiano ha sido demasiado europeo.

Yo deseo proponerles dos modos organizativos nuevos o renovados.

En primer lugar debemos, por una parte, regionalizar nuestro trabajo y, por otra, tematizar el mismo.

En relación a lo primero debemos intentar dotarnos de una estructura adecuada a las necesidades de la Unión Europea así como al Consejo de Europa de Reykjavik a Vladivostok. Es factible también impulsar la regionalización de Iberoamerica si reforzamos la incorporación de nuevos miembros. Otros objetivos de este tipo podríamos proponérselos más adelante.

En segundo lugar, no podemos pensar que podamos desarrollar nuestro compromiso con congresos generales cada cinco años. El mundo no nos espera. Por el contrario, la cita quinquenal tiene que ser oportunidad de revisar la acción de cinco años. Para actuar de modo permanente deberíamos organizar comités temáticos, que cubran al menos los asuntos que he enunciado como asuntos modernos. Si esto así se aceptara deberíamos abordar un programa de acción en un próximo Consejo de Dirección.

En tercer lugar, no es posible actuar permanentemente sin recurrir a las nuevas tecnologías. Por supuesto el correo electrónico pero sobre todo lo siguiente: construir sobre la estructura de papel que debe continuar de los Cahiers una estructura digital de información y comunicación, un sitio web, que incluya y ponga a disposición de todo el mundo toda la colección de los Cahiers, los canales temáticos, la publicación de “papers” de los mismos, etc.

Por último, nuestros predecesores han avanzado mucho y con ejemplar inteligencia en coordinación con las otras tres asociaciones. En esta nueva etapa debemos incrementar esa cooperación.

**DROIT PENAL ENTRE ABOLITIONNISME ET TOLERANCE  
ZERO / CRIMINAL LAW BETWEEN ABOLITIONISM AND ZERO  
TOLERANCE/ EL DERECHO PENAL ENTRE ABOLICIONISMO Y  
TOLERANCIA CERO**

Mélanges en l'honneur de/ *Homenaje a* / Tributes to  
**Louk Hulsman**  
à l'occasion de son 80<sup>ème</sup> Anniversaire/ *con motivo del 80*  
*cumpleaños*/ on the occasion of his 80<sup>th</sup> Birthday



## A Homage to Louk Hulsman

by

ADOLFO CERETTI

Associate Professor of Criminology, Faculty of Law,  
University of Milano-Bicocca, Italy  
Assistant ISSD Secretary-General

1. *Peines perdues. Le système pénal en question* (Le Centurion, Paris, 1982), which is undoubtedly Louk Hulsman's most meaningful and best known work, was written in collaboration with Jacqueline Bernat de Célis and published, as we all know, in 1982, that is just over twenty years ago, though it seems much longer ago.

The intellectual fervour, the noblest utopias, the probing questions and the long-term planning that at the time challenged the theoretical foundations, the ideologies and the organisation of the basic systems of social control – criminal law and imprisonment, psychiatry and mental asylums – now seem a thing of the past.

More specifically, the crux of the proposal put forward by the abolitionist theory Louk Hulsman was so fond of, which went so far as to hypothesise the suppression of the modern penal system as such – that is to say substantive and procedural rules and prison organisation – would seem, even upon close scrutiny, to have dissolved in the meanders of a labyrinthine set of policies which, clearly showing an absolute disregard for the risk of impinging upon the *sensitivity* of contemporary human beings, advocate and apply – virtually all over the world – principles and ideologies clearly bearing a conservative and repressive imprint. Some of these – the most popular – go by the name of “zero tolerance”.

2. The opportunity offered by the publication of this issue of the *Cahiers de défense sociale*, dedicated to Hulsman on the occasion of his 80th birthday, is truly unique. A number of scholars from all over the world have taken up the invitation extended by the *Cahiers* to think about the



acknowledged meaningfulness, value and topicality of some of Hulsman's theories despite the strong dissent caused by his stand among penal and criminal scholars.

As I have already briefly mentioned, the issues intertwining with abolitionist *utopias*<sup>1</sup> are clearly born of the desire and the will to challenge the very foundations of the system of legitimisation underlying modern punitive systems. The intellectual and emotional drive behind such a strong stand for doing away with criminal law could arise only from a very articulate *Weltanschauung* as part of a "coherent and original" global vision of society and of the criminal issue, as Marc Ancel pointed out in his afterword to *Peines perdues*.

Though clearly not pretending to offer an organic reconstruction of Hulsman's theories, I wish to recall that the deep sensitivity he displays towards community models, towards the privatisation of conflicts and alternatives to the penal system plunges its roots in a multi-faceted hybrid cultural fabric, which ranges from the Christian tradition to some tenets of anarchical theories. As a matter of fact, as already promptly pointed out when *Peines perdues* was first released by a scholar as careful and as distinguished as Pio Marconi,<sup>2</sup> his suggestions for alternative solutions to the social conflicts born every time a crime is committed, has much in common with the ideas put forward, in the late nineteenth-century, by some humanitarian thinkers (suffice it to think of Dorado Montero) who radically challenged – far ahead of the times – the notion of *social defence* or, alternatively, tried to push it to the limits, going so far as to wholeheartedly advocate the overthrowing of the system of guarantees and of the modern penal system. Suffice it to think of the community solution for conflicts and crimes advocated by Kropotkin, of the vision of a society (consortium) capable of looking upon *diversity* as something *normal* (Stirner), or of the just as abstract belief that arbitration can settle penal disputes (Proudhon).

Hulsman, taking his distances from the well-established tradition which – according to him – creates a strong link between the logic of the Catholic Church's centralised power and the power of law and of penal justice, goes so far as to challenge any form of power enjoined with the task of defining what "is good" and "what is bad", and to mete sentences on the grounds of

---

<sup>1</sup> As a matter of fact Hulsman has always denied the *utopian* nature of abolitionism, repeatedly claiming in *Peines perdues* that far from being utopian, the abolitionist perspective is a logical necessity, denoting a realistic attitude, a need for freedom.

<sup>2</sup> MARCONI P., (1983), "La strategia abolizionista di Louk Hulsman", in *Dei delitti e delle pene*, 2, p. 222.

such a separation. His *ontological critique* to the presumed existence of a natural foundation to the notion of crime moves from his refutation of the very idea that man, in order to govern his passions and destructive impulses, should - in what is by now a markedly lay State – fall back upon a centralised system capable of mortifying the plethora of different meanings and solutions and allow such a system to take decisions resulting in *punishments*, which actually are nothing but violence, the curtailment of freedom, at times even death.

But then “... how can the relational models the system now smothers be allowed to survive outside the institutional sphere?”<sup>3</sup> As previously said, the rational solution is to abolish the “penal”, to start by subverting the language it draws from to define reprehensible behaviour and then go on to deconstruct the institutions – law-courts, prisons, etc. – it is embodied in. Crime, Hulsman claims, has no ontological reality and is not the object but the product of criminal policy. Criminalisation is one of the many ways to construct social reality. Moreover, the categories of crime are based on the constructions of the criminal justice system and hardly ever serve the real interests of flesh and blood people, that is to say victims and offenders.

For Hulsman, the task is then to study the *problematic situations* (an expression which replaces – in his view – the identifying expressions such as offence, crime and criminal act) and to identify the contradictions at the heart of the various criminal justice systems. In other words, one is interested no longer in the long-standing issue of the causes of criminality, but rather in the possibility of identifying sufficiently sound criteria on the basis of which to create communicative channels between “reasoning actors”: on the one hand the parties giving in to problematic behaviour, on the other the victims. Only a direct analysis of the real problems, as they *exist* in the social consortium, can tell us which responses mirror public feelings. What has always been missing, according to him, is a level of interpretation capable of explaining if people’s notion of criminality has any analogy with the notion of criminality applied by the institutions. As Hulsman warned, as long as we fail to shed light on the issue, we will not be able to foresee whether the interventions traditionally adopted have merely repressive effects or some other effect. In the eighties, when inviting the whole scientific community to give the matter some thought, to come up with reasonable answers, he claimed: “when I first thought that the concept of criminality might not be used by people to organise their own direct experience in terms of daily life, but might instead be a response produced by the institutions using this specific language, I immediately

---

<sup>3</sup> HULSMAN L., BERNAT DE CÉLIS J., *Peines perdues*, *op.cit.*, p. 105

decided it might prove interesting to carry out empirical research to check out that hypothesis.”<sup>4</sup>

Many have engaged in such empirical research, but it cannot be asserted that the findings are in any way conclusive or validate Hulsman’s ideas. As a matter of fact, current findings in the field of penal policies would seem to validate other data and other research-studies, now deemed to be far more meaningful and far more likely to solve the problems afflicting justice. Suffice it to take but one example. In most Western world countries, as of the mid-seventies, the constant rise in crime rates has somehow lent “legitimacy” to the revival of a markedly punitive attitude, which cannot surely be taken for the longed for *horizontal solutions to problematic situations*. Severe sentences and more frequent recourse to prison terms are – in short – the prevailing paradigm. In the United States, which truly represent a workshop for models of control policies in the penal field which may well be *exported* to other countries, what now prevails, besides the previously mentioned “zero tolerance” policies, is a number of provisions foreseeing an increased use of imprisonment, *Three Strikes and You’re Out* and mandatory minimum sentencing laws and parole release restrictions, the revival of chain gangs and corporal punishment, supermax prisons, the multiplication of capital offences and executions, community notification laws and paedophile registers. In short, severe sentences – and the old rhetoric based on “law and order” – are resorted to as marks of authority directed at infusing a new sense of security. Such penalties are also supported by public opinion and above all by the *mass-media*, who view condemnation and the meeting of sentences as useful tools to relieve tension, by conveying a temporary and rewarding “sense of belonging”, countering the crime and the “feeling of insecurity” it generates.

What is left, then, of the advocated change towards broadly *organic* forms of solidarity – upheld among others also by John Galtung, a thinker Hulsman has always acknowledged he was greatly indebted to? What is left of the proposals for an informal police activity, for the civilisation of justice, for initiatives directed at the victims, and of the calling for a growing reconciliation of juxtaposed interests via solutions based on complementarity?

A sensible objective answer to the above questions will provide us with a vivid accurate picture of the situation. Those who have carefully studied the solutions resulting of the offender-victim and reparative justice paradigms are, for instance, aware of how in many countries they are now

---

<sup>4</sup> HULSMAN L., (1983), “Abolire il sistema penale?”, in *Dei delitti e delle pene*, 2, p. 78.

regularly to be found operating side by side with criminal justice, at times making up for its centralising tendency though without substantially changing the overall balance of the system. These paradigms unexpectedly flower in social territories being progressively abandoned by formal order production systems. Conflicts and family and neighbourhood violence, social decay, vandalism, petty criminality in the metropolitan outskirts and racial intolerance produce suffering and large victimization which in its turn raise an equally large demand for the re-affirmation of justice, a demand which all too often remains unanswered. Against this backdrop of political haziness the past twenty years have witnessed the emergence of social dynamics posing as objectives the task of infusing a sense of responsibility in civil society and the re-appropriation of capacities allowing for self-resolution of conflicts.

The public display of *mediation* and of *restorative justice* paradigms thus goes to place itself in a scenario definitely full of contradictions, where juxtaposing policies intertwine and tend to annul one another. But the spirit animating them and imposing, though marginally, their *appeal* linked to informality, mildness, simplicity, proximity are first and foremost the outcome of the battles started and fought by Hulsman.

3. Let me now briefly turn my attention to the noteworthy writings that several distinguished scholars offered as gifts on the occasion of Louk Hulsman's eightieth birthday, when invited to write on the theme of *Criminal law between abolitionism and zero tolerance*.

From Spain, Eduardo Demetrio Crespo presents us with an ideal opening paper. With the skill that only somebody who really has a deep knowledge of the subject, in just a few pages he presents the "philosophical foundations" of abolitionism, its "premises and theoretical bases". Having outlined the picture, Demetrio Crespo then inscribes in it Hulsman's doctrine, as evinced from his most original pages. He then moves on to an overview of the main criticisms levelled at abolitionist theories (be this criticism levelled on methodological, anthropological and sociological grounds, or animated by a desire to guarantee civil rights or mete retribution or have it a meta-scientific origin). What emerges as a certainty from all this – possibly thanks to Hulsman's abolitionism – and what Demetrio Crespo adamantly believes in is the idea that punishment should be regarded as an *evil*, and that criminal law should move more and more towards *minimal* intervention solutions.

From Italy, a country where the invitation to write something for this occasion has engendered a *heartfelt* response, Fausto Giunta invites us to consider that the ever mobile boundaries of criminal law are now traced by

the notions of “abolitionism” and “zero tolerance” which, it must be acknowledged, do not simply influence or impact on penalty but, though to a different extent, shape its practice and operate through it. Stimulated by this awareness, Giunta thoroughly questions the role criminal law and juridical science should take on in an age in which both find it hard to prove their legitimacy since ours is the age in which the veil that hid the interplay between power and violence has been lifted once and for all. Derrida *docet!*

Francesco Palazzo constructs his convincing contribution by pointing out that, without necessarily embracing radical abolitionist utopias, it is altogether legitimate to question the idea that a monolithic single solution such as that of punishment may prove to be *socially adequate* to counter every form of criminality. In this specific instance, his attention focuses on the crimes committed by *immigrants*, a phenomenon which increasingly impinges upon *urban security* and upholds the “zero tolerance” policies adopted in several countries throughout the world. His line of reasoning is extremely thought-provoking.

In his thorough overview of criminal policy in Italy over the past few decades – such policy being judged basically ambiguous and irrational – Alessandro Bernardi points out that if on the one hand the logic of punishment lives on in many fields and is even fuelled by “exemplary” recourse to penal sanctions, it is just as true that more and more people are willing to create a *minimum criminal law* system and that, following the introduction in the year 2000 of the figure of the Justice of the Peace, the foundations are being laid – albeit on the margins of the legal system – to create more constructive and less repressive mechanisms and solutions: “Be it consciously or unconsciously, therefore, abolitionist ideas tend to catch on *in terra hostile*, if not doing away with at least modifying criminal law.”

Anabela Miranda Rodrigues intervenes from Portugal with an extremely articulate and scathing contribution. One of the issues from which she moves and around which her line of reasoning revolves is that criminal law must, nowadays, come to terms with a growing demand for *security*, with a growing palpable fear of criminality, with the fact that crime is increasingly over-represented. Moreover, all these phenomena take place in an increasingly globalised world where criminality – above all organised criminality – uses the logic and the potential of globalisation to its own advantage. As a result, the appeal in favour of the rights of those who commit offences and of re-socialising approaches appear to be more and more anachronistic, while actuarial policies and demands for incapacitation keep on gaining ground. What can be done, then, to control *chaos*? Is the

idea of an European criminal law the final answer? What are the truly viable political-criminal options? How is it possible to find a balance between demands for solidarity, the respect of individual dignity and security?

A vigorous attack on “law and order” and “zero tolerance” policies has been launched by Massimo Pavarini, according to whom they are part of a short-sighted approach foreseeing old solutions to new problems. There failing to be an adequate culture, in a society like ours characterised by high crime rates, widespread risks tend to be met with insistent recourse to penalties. And it is not the crisis of politics as such that brings about this growing recourse to criminal law as an answer to the social demand for penalties, but rather the fact that we are now witnessing a re-qualification of politics, of the desire to create counter-powers there where none was previously found.

From South America, and more specifically from Venezuela, Alì Lasser, in his pages rife with learned quotations (from Don Quixote to Dante Alighieri, to Dostoyevski), takes up another issue which is particularly important to Hulsman and the abolitionists: that of *solidarity*. Lasser’s considerations all revolve around and move from the question, already posed in *Peines perdues*: “Why solidarity, which is inborn and present in man, fails to work in criminal law?”

Basing himself on the relevant criminal legislation and having regard also to the specific Argentine situation, Carlos Julio Lascano sets out to answer the following questions:

- a) given the social State model and the rule of law, would a “modernisation of the penal system” based on a zero tolerance criterion be acceptable or would it once more bring about an authoritarian penal system?
- b) To what extent may one deem reasonable some of the rules born of the “zero tolerance” model, the model as such being one of the specific manifestations of modern penal law?

The issue from which Pedro R. David (Argentina) moves was instead postulated by Jacqueline Bernat de Célis, who in a paper written in 1985, insisted that the *abolitionist stand* is undeniably “opposed to” the penal system and altogether in favour of a society having no penal system, but that it also implies a “positive”, pragmatic approach to social problems and the solutions to be adopted, which must all be “reinvented”. Yet, in the light of these words, David wonders to what extent the system of penal justice has really lost ground. Many of the answers David comes up with may also be found in a meaningful book titled *Globalización, Prevención*

*del Delito y Justicia Penal*, which has recently been translated also into Italian (Giuffrè, Milan, 2001).

Constantin Vouyoucas (Greece) has painstakingly and brilliantly succeeded in coming up with an analytical interpretation of the notions of *de-criminalisation* and *alternatives* to trials and sentences, such as *diversion* (to quote but one), moving from the perusal of the reports drawn up by the Council of Europe and the writings of the best thinkers on the subject (as, by way of example, Marc Ancel).

A totally different approach is the one chosen instead by Gabrio Forti and Vincenzo Ruggiero.

Forti submits the first findings of a very important research-study he has engaged in with a group of collaborators of his, on the way in which the *mass-media*, and above all television, select, *choose* and interpret crime news, contributing – by doing so – in shaping our mental perception of crime. It comes as no surprise that in Italy television news coverage gives such ample coverage to the description of the criminal event, all the more so if it is a violent event, devoting far less attention to the human elements of the event and to the offenders and victims. As Hulsman writes, “medias select events which are a-typical, present them in a stereotypical fashion, contrast them against a backcloth of normality which is over-typical”.

The approach chosen by Vincenzo Ruggiero, a professor of sociology in London, is instead markedly ... literary. He dwells on the description, depiction and notion of prisons and the miserable conditions associated with them, as emerging from the works of Victor Hugo and Octave Mirbeau. A quotation will suffice to understand why Hulsman will surely appreciate these pages. Hugo as a matter of fact writes that prisons are not in nature, but “man never ceases to pervert his own nature through the tragic pride of condemning his brother”. And what about Mirbeau, who goes so far as to hold that punishment reassures and regenerates the righteousness of the law abiding community, on the one hand, and metes out in legally sanitised fashions, on the other hand, our desire to inflict pain?

**El abolicionismo en marcha: nuevos modelos de control.  
Participación ciudadana y policía comunitaria.  
El caso de América Latina**

por

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

Profesora investigadora de la Universidad del Zulia y la Universidad de Los Andes, Venezuela  
miembro del Consejo Directivo de la SIDS

*A Louk Hulsman, visionario precursor  
de las grandes transformaciones  
humanistas en materia de control, y  
paradigma de que sí es posible construir  
una unidad de pensamiento, vida y  
acción.*

**El sentimiento de inseguridad es un problema**

Las propuestas para enfrentar la inseguridad se han generalmente ubicado dentro de la corriente llamada de la Criminología Organizacional, funcional-positivista, orientada a proporcionar más elementos técnicos de lucha contra el crimen, que debates en relación con la sociedad y el sistema de Justicia Penal.

La criminología crítica, en cambio, cuestionando las definiciones mismas de la criminalidad, ha insistido en políticas más generales para paliar el mal que sufrían aquellos con los cuales se comprometió: los que no tienen poder. Desdeñó lo técnico y rechazó la expresión “seguridad”, la cual habíamos encontrado, en América Latina, vinculada a las políticas represivas de “Ley y Orden”, que servían de contención de la protesta social. Igualmente, “Seguridad” tenía ese desagradable aroma que recordaba momentos de oscuridad democrática, especialmente cuando se asoció a la expresión “Nacional”. El autoritarismo generalmente se sostiene en una propuesta de seguridad.



La criminología crítica puso en segundo lugar la lucha contra el crimen, porque ésta ha sido una conducta generalmente atribuida a las clases bajas. Por eso, y como contrainformación radical, se invirtió tanto esfuerzo en estudiar la delincuencia de las clases altas. Nuestra tendencia olvidó la trascendencia que tienen, especialmente para los que tienen menos recursos, los objetos que con tan gran esfuerzo adquieren para su modestísimo *comfort*. Nos convertimos en una vanguardia intelectual, con un escaso contacto real con los pobres, lo que nos impedía conocer lo que piensan en relación a esto.

No observamos, pues, al principio, que la seguridad había dejado de ser un bien público, y se había convertido en privilegio de quienes podían pagarse una costosa policía privada. De esta manera, la inseguridad, y el sentimiento de inseguridad, se fueron prácticamente constituyendo en el dato definitorio de las clases medias; y más especialmente, de las bajas, con lo cual se acentuaba su histórica privación de ese pedazo de sociedad que siempre se les había negado. A esto se agrega que el *ghetto* de los pobres generalmente se extiende sobre los espacios urbanos más deteriorados en su equipamiento, favoreciendo la vulnerabilidad de sus habitantes a conductas dañinas para los bienes y derechos fundamentales.

La injerencia en la tarea política de algunos de los criminólogos críticos, tanto en Europa como en América Latina, permitió conocer que los más desprovistos, que no tienen otros espacios de esparcimiento y vida que los de su trabajo y su barrio, quieren que éstos sean pacíficos, que la violencia no los acose.

Hoy se acepta especialmente en sus acepciones de seguridad de los derechos (Baratta) y seguridad de los habitantes, como un reconocimiento a su referencia a la ciudadanía, a la igualdad y al derecho a vivir en comunidad. Y se entiende la importancia que el sentimiento de inseguridad tiene para la calidad de la vida.

### **La inseguridad: el ícono de estos tiempos**

El miedo al delito es tan insistente como el miedo al fracaso oficial. Analizando su permanencia, más que su recurrencia, en la historia, vemos que las llamadas crisis de inseguridad, más que crisis, son construcciones políticas sobre una situación de inseguridad que es crónica en el medio urbano. Sin embargo, el sentimiento de inseguridad (más que la inseguridad en sí misma) se ha convertido en el ícono finisecular y del siglo que iniciamos.

Al mismo tiempo, se ha considerado que la desilusión más importante de este período, apunta hacia las capacidades reales del sistema de Justicia Penal. Esto no es nuevo: los estudios sobre la cifra negra lo demostraban. Los abolicionistas nos hablaban, – Hulsman el más enfático y combativo –, no sólo de que no hay un “sistema” de Justicia Penal, sino de que la gente resuelve en la práctica la mayoría de los conflictos en terrenos diferentes al penal. El resultado de alguna de sus investigaciones sobre el por qué la gente *denunciaba*, (no por qué *no* denunciaba) le indicaba que había más razones administrativas (para que el seguro pagara, por ejemplo) que aquellas que fundan la tesis del derecho a castigar por parte del Estado.

### **Democracia y gobernabilidad**

La constatación de la ineficacia de la acción oficial en este campo ha traído varias otras consecuencias interesantes: por una parte, la interrogante sobre la gobernabilidad. Aunque esta interrogante es relativamente reciente en el discurso político, no hay duda de que en toda democracia hay, por definición, un problema de gobernabilidad. La acción posible del Estado en materia preventiva, – hablamos de Políticas Sociales –, nunca es totalmente abarcante, totalmente satisfactoria, totalmente eficiente. A pesar de que, como se nos dice en los textos, toda acción del Estado influye de alguna manera en la creación o satisfacción de necesidades humanas y sociales (educación, *habitat*, salud, empleo, cultura), lo cierto es que el Estado tiene debilidades fundamentales para la Prevención General. Y toda omisión del Estado puede contribuir a generar frustraciones, inequidad en la distribución de oportunidades.

El Estado nunca estará lo suficientemente cerca de la gente como para compartir y comprender sus vivencias, sus necesidades, sus aspiraciones, su cotidianidad, y hasta sus diversidades. Es decir, sus prioridades. Todo lo cual, está claro, es variable en los diferentes espacios sociales. Lo cierto es que, por muchas razones, el control se hace pluriagencial, especialmente aquel que se ha denominado “situacional” (modificar las condiciones del entorno y reducir las oportunidades o facilidades para la comisión de los hechos) y comienza a dejarse en manos de agencias más administrativas que jurisdiccionales.

Con Van Swaaningen podríamos resumir los cambios en el control social de la siguiente manera: hay una tendencia a convertir el control privado en público (policía, vigilancia, cárceles privadas). Esto es especialmente observable en los llamados “no lugares” (centros

comerciales, por ejemplo), lugares donde hay mucha circulación de gente que no pertenece al lugar, y donde la vigilancia es generalmente privada. Esto ha hecho que algunos gobiernos utilicen la expresión “gobiernos visibles”, para referirse a ellos mismos, ya que los invisibles parecen ser los otros.

Podría elaborarse una Teoría del Estado moderno a través de esta nueva fenomenología del control:

Hay la sensación de que el Estado globalizado ha perdido inclusive el monopolio de la violencia, y que las agencias privadas o administrativas han desbordado el principio de legalidad: ellas deciden qué – y cuándo y cómo – alguna conducta debe ser sometida a control.<sup>1</sup> Esto ha generado varias consecuencias en el terreno criminológico:

1. que el objetivo de la seguridad se haya convertido en un tema más importante que el de la Prevención (entendida ésta como se había venido exponiendo en épocas anteriores);
2. que se haya establecido una clara sobreposición de los conceptos de conducta delictiva y de inseguridad personal, involucrándose la colectividad de una manera más intensa y emocional en el asunto;
3. ha hecho pensar a la gente, bien que puede tomar justicia por mano propia; o que, – en el más inofensivo de los casos –, debe corresponsabilizarse de las medidas de seguridad que le conciernen.
4. ha conducido a reducir la esfera de aplicación de los controles. De general se convierte en local, cada vez más en manos de agencias parroquiales o municipales.<sup>2</sup>

Aunque las últimas tesis de los críticos británicos resumibles en la frase “*take seriously crime*”, parecía apuntar a la delincuencia en general, la norteamericana de “la ventana rota”, – aquella de los espacios deteriorados de los que nadie se hace cargo –, parece ser la que más ha incidido en los nuevos modelos de control. Numerosos encuentros se han realizado, bajo la égida de las municipalidades, dedicados al control, básicamente, sobre las llamadas “incivildades”, – lo que algunos códigos penales denominarían faltas o contravenciones, en todo caso infracciones menores –, objetivo en el que hay mayor insistencia que en el de los delitos graves.

---

<sup>1</sup> Ver, sobre estas consecuencias, RENÉ VAN SWAANINGEN, en “Controle do crime no seculo XXI”, *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, Organo del Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, año 11, enero-marzo del 2003, quien se refiere más ampliamente a estos nuevos modelos de control.

<sup>2</sup> Ver *Ibid.*

Tal vez, sin darnos cuenta, estamos viviendo el apogeo de las nuevas tendencias y teorías para un control alternativo al del sistema penal, tal como los abolicionistas señalaron hace tiempo, y de varias formas de participación ciudadana, bien al margen, bien dentro del mismo sistema penal. Se hacen importantes la mediación, las conciliaciones y las compensaciones o justicia restaurativa. Las alternativas a las penas privativas de la libertad se ponen de moda al interior de las reformas penales.

Aunque el Código Penal no desaparece, ni las agencias tradicionales referidas a lo punitivo tampoco, su función se hace cada vez más simbólica y la evolución se va haciendo en paralelo. Nadie se refiere a estos cambios como la ratificación, en la práctica y en las instituciones, de la utilidad, de lo democrático y de lo humanista de la propuesta abolicionista. Pero esto es así.

En algunos países del primer mundo, especialmente Estados Unidos y Canadá, en los que se ha favorecido intensamente la investigación en materia organizacional, los modelos de control social han ido cambiando bajo el signo del pragmatismo. Se da prioridad a “los criterios que funcionan”.

Interesan menos las cuestiones morales que la efectividad de la acción. Qué resultados y en qué tiempo se obtienen. Es lo que algunos han llamado la “macdonaldización de la sociedad”.<sup>3</sup>

Para esto se investigan *in situ* los llamados “perfiles de riesgo”, que no han dejado atrás los eternos problemas de la exclusión y el estereotipo (clase social y etnia, por ejemplo); perfiles que, a su vez, no están exentos del riesgo de hacer predicciones dudosas con acciones preventivas o de vigilancia inaceptables<sup>4</sup> para los Derechos Humanos, a la manera como lo hicieron las famosas tablas de predicción de los cónyuges Glueck. De nuevo, y con otro nombre, aparece el concepto de peligrosidad predelictual.

De alguna manera, como reacción mimética en el mundo globalizado, también los gobiernos latinoamericanos han querido regirse por esos objetivos. Está de moda pagar a precio de oro asesores policiales que han tenido algún éxito, por ejemplo, en Nueva York o en Canadá.

Pero en América Latina este es y ha sido siempre un problema centralmente político, que aparece en todos los discursos y programas electorales, que abarrota los medios de comunicación, y que presiona a los gobernantes. La emergencia populista no permite a las agencias públicas el tiempo necesario para hacer diagnósticos bien formulados, proyectos bien

---

<sup>3</sup> RITZER, (1996), *cit.* por RENÉ VAN SWAANINGEN, *op cit.*

<sup>4</sup> *Ibíd.*

estructurados o evaluaciones de los mismos. Las evaluaciones y los ajustes suelen hacerse muy *a posteriori* y sobre la marcha de los acontecimientos. La realidad es que la aplicación de estos programas generalmente dan la espalda al conocimiento criminológico académico que se genera en sus territorios.

Hay razones en América Latina para temer los desarrollos puramente teóricos, que no están basados en una realidad vivida, que a veces son utópicos, o simplemente copiados; y que, a pesar de las buenas intenciones, pueden derivar en perversiones provenientes de las especificidades de un marco cultural o social determinado.

### **El “poner a participar” tiene pasado. La aparición del Estado policial**

Al rastrear la historia, podemos ver el auge y caída de los sistemas de participación, mejor dicho, de los llamados a la población para que ejecutara tareas que luego, en el tiempo, fue absorbiendo el Estado. Estos sistemas son más antiguos de lo que se supone. Es tal vez la forma más antigua de control social. En la Biblia se encuentran formas de justicia colectiva, como eran el Sanedrín y otros Consejos de Ancianos de la antigüedad, con la particularidad de que eran sistemas autogenerados, que sólo obedecían a sus propias normas. En Inglaterra del Rey Alfred existían los *Thithing Systems* que establecían la obligación de todo hombre mayor de 12 años de formar un grupo con 10 familias vecinas cuya responsabilidad colectiva era resguardar el orden y llevar a juicio a quienes cometían delitos, y de paso, cobraban los impuestos reales. Estos a su vez se asociaban en grupos de 100 (*hundredmen*). En 1285 el Estatuto de Winchester establecía la obligación de abandonar el trabajo y perseguir al fugitivo.

Las reglas del nuevo Estado basado en un supuesto derecho a castigar generado en un contrato social, y todas las garantías del pensamiento clásico liberal para proteger la clase burguesa en ascenso, trajeron, no sólo la codificación y un orden diferente, sino también la aparición de la policía profesional.

Es contra esa policía contra la que se va a insurgir con propuestas de presencia civil.

## Niveles de participación

La participación puede alcanzar diversos niveles:

1. Simple colaboración con el Estado en algunos elementos secundarios de la tarea pública.
2. Aporte de *inputs* por parte de los ciudadanos para un mejor conocimiento por parte del Estado de las demandas sociales. Aquí, entre otros modelos, podría incluirse el de Policía Comunitaria.
3. Participación efectiva en la tarea central de prevención.
4. El nivel, más elevado, de toma de decisiones.

## Niveles bajos de la participación: la *Community Policing*

En el terreno de la prevención y el control del delito, la primera revolución institucional la produce la llamada *Community Policing*. Esta expresión abarca algo más que la de “Policía Comunitaria”. Significa también acción policial de la comunidad.

Esta es la primera revisión que hace la Policía de su eficacia y de su rol. Disminuye su papel autoritario y fundamentalmente represivo para convertirse en preventiva. Es una Policía que vive y comparte la vida de las comunidades, que conoce a sus miembros, que indaga sus prioridades, que trata de resolver sus conflictos antes de que se conviertan en hechos abiertamente delictivos, que es ayuda en momentos difíciles. Generalmente es más una Teoría Policiaca que una Teoría Política de la Participación, y, por provenir del interior mismo de la institución, a menudo se encuentra allí un lenguaje típicamente policial.

Por ejemplo, entre los Diez Principios de la *Community Policing*, según Trojanovicz,<sup>5</sup> a quien se le considera el padre de esta nueva concepción, encontramos la siguiente expresión: “Community Policing implica un nuevo contrato entre la Policía y los ciudadanos a quien sirve...”, “esta nueva filosofía descansa en la creencia de que la gente, en la comunidad, merece influir (*an input*) en el proceso policial, a cambio de su participación y apoyo”.

En general, es una forma de cambiar la policía profesional, que está basada en normas rígidas de acción y de actividades sumariales; de sustituir la policía de patrulla, que sólo acudía para perseguir a los culpables en

---

<sup>5</sup> TROJANOWICZ ROBERT, KAPPELER VICTOR, GAINES LARRY, BOUQUEROUX BONNIE, (1998), *Community Policing. A Contemporary Perspective*, Anderson Cincinnati Publishing Co., 2<sup>nd</sup> ed. (pp. XI, XII).

caso de ser llamada, por una policía más libre y creativa, más en contacto con la gente, que espera a escuchar sus prioridades antes de actuar, y que incorpora la colaboración de ésta en sus actividades propias.

Para ello patrullan preferentemente de forma peatonal. Debe conseguir el apoyo de la comunidad, desarrollar vigilancia con participación de los vecinos, y entrenar a éstos para enfrentar situaciones de emergencia (evitar muertes, delitos, etc.). La policía asiste a las reuniones de la comunidad, es estimulada a comprometerse con las iniciativas de aquella. (Se supone que en una versión más desarrollada, ayuda a organizar la comunidad, a que obtenga poder, conozca sus derechos y sepa plantear sus reclamaciones).

La policía deja de ser reactiva para convertirse en proactiva, y sus agentes son más autónomos; es, en su interior, menos vertical o militarizada, por lo tanto, más democrática, y hay más confianza en los niveles bajos de la misma, de manera que se consideran una nueva generación de policías. Su autonomía y poder de decisión sin duda genera riesgos. Es una policía bien pagada, para la que en algunos Estados de los EEUU a veces se exige educación superior.<sup>6</sup> Para ello la vigilancia es preferentemente de forma peatonal. La policía deja de ser reactiva para convertirse en proactiva, y sus agentes son más autónomos, de manera que se consideran una nueva generación de policías. Es la única agencia de control social abierta las 24 horas, y durante los 7 días de la semana, que tratará de impulsar cambios, que no intentará dar órdenes a la comunidad desde su exterior, y que trabajará en forma descentralizada, con lo cual tiene más probabilidades de mejorar la calidad de vida, de aumentar el nivel de seguridad ciudadana, y de disminuir el miedo al delito. Como ventaja, se anota su potencialidad de borrar la tradicional desconfianza que siente la comunidad por la policía, la que, no sin razones que los criminólogos críticos conocemos bien, es a veces más temida que la delincuencia.<sup>7</sup> En algunos países, se generaliza esta nueva figura con el

---

<sup>6</sup> En Milwaukee se inician con 31.000 dólares al año de salario.

<sup>7</sup> Según algunos autores, esta desconfianza es mayor en las clases medias y altas que en las bajas. No tenemos cifras comparativas de los diversos contextos nacionales. En América Latina, la constante intervención de los organismos de Derechos Humanos ha influido para hacer evidente los atropellos y abusos policiales, y aunque las clases medias y altas no suelen ser las víctimas de estos, hay una clara conciencia del peligro que una mala policía representa. Una investigación hecha por nosotros hace unos años, demostró que la gente de estas clases temía menos que las de clases bajas a pasar por donde se estaban produciendo los llamados “operativos policiales” (generalmente redadas basadas en las leyes peligrosistas), a pesar de que privilegiaban como víctimas la gente pobre y sin trabajo, y de apariencia desaliñada.

nombre de “policía de proximidad”. Se la conoce como Policía de Barrio. Así que, como beneficio adicional, al ser asignada en forma más permanente a una zona específica, la acción policial tiene la potencialidad de extender la colaboración con otras esferas de la vida ciudadana. Deben mantener contacto permanente, y colaboración con las diferentes asociaciones de vecinos, comerciantes, servicios sociales, sanitarios, etc, para poder abordar los problemas desde un punto de vista interdisciplinario aportando soluciones integrales y duraderas en el tiempo.

Algunos modelos de *Community Policing*, como el de Wicoff,<sup>8</sup> aparentemente similares, privilegian el patrullaje a pie, el encuentro periódico entre policías y vecinos, y coordinación del *Neighborhood Watch*. En éste se trata de “encuentros” y de “coordinación”, no de interacción. Inclusive se habla de la formación de ciudadanos-policías.

El origen de la policía comunitaria en USA, parece haber estado, al menos eso dicen ellos, en la necesidad de acercarse a las minorías, que tenían quejas de abusos policiales, de no ser escuchados, o de una aplicación desigual de la Ley.

En realidad fue una solución oportunista, que surge a raíz del sonado caso Rodney King, pues se trataba de evitar alzamientos de estas minorías que ya se habían expresado violentamente en algunas ciudades. Posteriormente se dieron cuenta de que la policía sola no era capaz de contener la delincuencia, que necesitaba del apoyo de la comunidad; que les convenía escuchar las denuncias sobre policía corrupta, a la vez que analizar las expectativas y propuestas comunitarias.

En todo caso, la Policía Comunitaria, aunque es sin duda un avance sobre el modelo profesional, y reposa sobre un cierto grado de participación, no representa aún un modelo totalmente social, y su éxito dependerá de la formación de los agentes policiales; así como del grado de penetración en ellos, y en los jefes de Departamentos Policiales, de la cultura corporativa.

Anotemos también que los límites entre la policía comunitaria y la comunidad actuando como Policía, son difusos y movedizos. A veces puede ser acción policial de la comunidad.

De la *Community Policing* se evolucionará hacia sistemas donde el nivel social de participación es más intenso.

---

<sup>8</sup> WICOFF M.A., Ver página web de *Partnership against Violence*.



## **La participación ciudadana**

En el marco de la prevención del delito, la participación ciudadana parece tener hoy un rol fundamental y ha comprobado una cierta eficacia, aún cuando no es más que un aspecto de la necesaria concepción global de la Prevención, vinculada como está a la satisfacción de las necesidades de sobrevivencia, nutrición, libertad, y crecimiento corporal y espiritual<sup>9</sup>. Esta eficacia parece verse sobre todo en la disminución del sentimiento de inseguridad.

Curiosamente, la presencia de los ciudadanos en la acción que tradicionalmente ha sido asignada al Estado, pertenece por igual a dos corrientes muy disímiles del pensamiento político.

La participación ciudadana es vista por algunos como derecho. Por los sectores oficiales, en cambio, como una forma de enriquecer sus relaciones públicas con las comunidades, cuando no como manera de legitimar la poca eficiencia con la que han cumplido su tarea legal.

## **La corriente democrática**

De un lado, puede considerarse parte de una concepción avanzada de la democracia social, – la democracia participativa –, en la que los ciudadanos tienen algo propio que decir, y espacio para actuar directamente, de acuerdo a su particular concepción del mundo y sus intereses específicos, que son generalmente locales.

La participación ciudadana, pues, se considera parte de una nueva manera de hacer política. En esta concepción, desplegar la energía social es una forma de perfeccionar la democracia y de contradecir el paradigma burocrático weberiano

Se da por descontado que se produce crecimiento cultural y político de los individuos cuando son llamados a colaborar con una gestión que usualmente es pública.

---

<sup>9</sup> Ver L. ANIYAR DE CASTRO (1987), “La Nueva Criminología y lo Criminalizable”, en *Capítulo Criminológico*, n° 15, órgano del Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro de la Universidad del Zulia.

## La corriente tecnocrática

El llamado a la participación es también parte del progresivo abandono de las responsabilidades tradicionales del Estado minimalista que es necesario para las políticas globalizadoras.

Consecuencia de la primacía del mercado, es que el Estado se circunscriba a básicas cuestiones estratégicas (seguridad nacional, ambiente, impuestos, legislación para la convivencia, – todo ello al margen del marco desregulado de la economía –), mientras hace un llamado a la autoayuda (*self help*) en otros ámbitos que habitualmente atendía la asistencia social.<sup>10</sup>

La participación es también estratégica, como consecuencia de la quiebra económica del Estado Asistencial. La creciente escasez, en casi todos los países, de recursos públicos para satisfacer las necesidades colectivas, se traduce en el terreno de la seguridad ciudadana, – más gráfica y literalmente que en otras áreas –, en la frase del “sálvese quien pueda”.

## Algunos modelos

Son bastante conocidos algunos sistemas de participación, como el *Neighborhood Watch* o Vigilancia del vecindario, y el *Defendible Space*, o Equipamiento del barrio para evitar las zonas anónimas o confusas que aparentemente no pertenecen a nadie y donde no hay control.

Estos modelos tienen peligros:

Sistemas protectivos potencialmente muy graves, como cercas electrificadas y perros asesinos, el mencionado vigilantismo; la presunción de poder tomar justicia por mano propia, los linchamientos.

Mención especial merecen los llamados *Crime Stoppers*, verdadera acción policial de ciudadanos que, en algunos países, como Estados Unidos, son estimulados y gratificados cuando persiguen y capturan personas solicitadas, y que generalmente se convierte en un oficio lucrativo.

Nosotros participamos de la puesta en marcha de un modelo basado en los Comités Vecinales de Seguridad, en los cuales había una estación policial en el vecindario, tenían medios rápidos de comunicación y los

---

<sup>10</sup> Ver las discusiones sobre globalización y localización, en ANDERSON, (1989); FIJNAUT, (1993); WALKER, (1993); SOUTH, (1994); SHEPTYKI, (1995), *cit.* por A. CRAWFORD, (1997), en *The Local Governance of Crime*, Oxford, Clarendon Press, p. 29 y ss..

vecinos opinaban sobre las acciones a seguir. La misma comunidad identificaba y priorizaba sus problemas, por lo que los objetivos y el liderazgo debían ser compartidos. Su límite: los Derechos Humanos, para entender los cuales recibían capacitación.

Obsérvese que, en los Comités Vecinales de Seguridad, no se trataba de dar funciones policiales a los vecinos, con el grave peligro que ello representa para las garantías individuales. Más bien de conformar grupos de alerta y protección de sus bienes y espacios cotidianos. Por cierto, aquellos Comités no eran la única instancia de participación en la Prevención. Mientras éstos eran sistemas muy locales, existían también Comités Regionales de Seguridad, de amplia representatividad social, en el más alto nivel de Gobierno, así como centros de atención a la violencia familiar asignados a la llamada Casa de la Mujer.

En algunos países, como Francia, los llamados Clubs de Prevención, dirigidos al uso productivo y creativo del tiempo libre de jóvenes, niños, desempleados, etc., también han sido formas de participación comunitaria que cuentan con el apoyo y la capacitación por parte de agencias estatales.

### **Ventajas del control participativo en sus diferentes niveles**

- Proporciona mayor sentimiento de seguridad
- Sustituye la desprestigiada policía motorizada
- Genera confianza en policías conocidos
- Sus integrantes ni son ni parecen policías
- Son ellos quienes conocen a los integrantes del barrio
- Se intensifica el sentimiento de territorialidad.

### **La parte oscura**

Debe quedar claro que estos sistemas no son totalmente efectivos, y que no es posible predecir sus resultados, además de que ellos mismos pueden resultar también ingobernables. A veces los defectos provienen de las zonas grises de las que habla Habermas para referirse a las élites del poder local, los partidos políticos, las organizaciones caritativas y religiosas, elementos del mundo académico, y otros grupos privados, que pueden tener estrategias y hasta valores diferentes a los oficialmente perseguidos, y que están siempre dispuestos a mediatizar las organizaciones comunitarias.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Citado por A. CRAWFORD, *op.cit.*, p. 4

Aunque la participación es útil para conocer las aspiraciones y necesidades sociales de la coyuntura, y es a veces un deseo expresado por las comunidades, no hay que desdeñar algunos peligros:

- Por una parte, la retórica participacionista que puede disolver su eficacia en virtud de las confusiones derivadas de la carencia de un análisis objetivo y metodológicamente preciso.
- Esa retórica participacionista produce una tendencia a la abstracción y a la utopía por lo que puede devenir en pura ideología. Y, de esta manera, se reduce la capacidad de satisfacer necesidades y aspiraciones reales.
- Igualmente, la participación puede tener un objetivo sustancialmente político (por ejemplo, dar la imagen de que el Estado pertenece a todos, de que la ciudadanía es total). Si eso es una pared para la distribución real del poder administrativo, entonces puede ser negativo. Otro riesgo es que se utilicen ciertas modalidades de participación, con la sola intención de reforzar o legitimar las instituciones propias de la democracia representativa, a través de algunos destellos de administración directa por parte de los gobernados.
- Se ha constatado que generalmente hay una selección de los miembros de la colectividad que son llamados a participar, generalmente basada en su nivel de instrucción, capacidad de expresión, u otros elementos propios del estereotipo del buen ciudadano, de manera que puede producirse un proceso simultáneo de exclusión.
- La “reducción” de esas necesidades y aspiraciones, por parte del Estado, quien va a juzgarlas con los parámetros de la lógica interna de la Administración. Ese defecto es mayor cuando en esa interpretación interfiere lo que pudiera llamarse “la lógica de las erogaciones”, incluida la disponibilidad de los funcionarios necesarios para armar el sistema.<sup>12</sup>
- Las tendencias represivas propias del pensamiento primitivo profundo de las comunidades, dirija una actitud populista de dejar hacer o dejar pasar.
- Tampoco hay que desdeñar los riesgos de una acción policial desbordada por parte de la comunidad.

---

<sup>12</sup> Sobre estas cosas, ver planteamientos e investigaciones de GASPARINI INNOCENZO; DENTE BRUNO; INCERTI MONICA y SAMEK EMILI, en *Partecipazione popolare e gestione della città*, Conferencia Mayor de Alcaldes tenida en Caracas en 1982 y publicada por Franco Angeli Editore.

- Ni, por supuesto, el peligro de politización de los núcleos sociales que a veces se convierten en obstáculo a las oportunidades, cuando no en amenaza a la disidencia.

Es tarea de la criminología crítica rechazar enfáticamente todo lo que pueda haber en estos modelos del uso de la fuerza, aunque sea implícita; toda conminación violenta, toda amenaza o invasión de la privacidad, o “vigilantismo”. Estos problemas parecen ser los nuevos frente a una realidad que pasa por encima de lo previsto en textos legales o académicos.

Sólo un sistema de gobierno controlador de estos controles, y perfectamente democrático, puede poner límites precisos y cuidar que se observen.

Toda acción de mediación y de justicia restaurativa, por otra parte, debería ser voluntaria y estar sometida a las garantías ofrecidas por el proceso penal.

## **En América Latina**

Digamos hoy que la moda en América Latina es la reforma del sistema penal. Esta no es sino el producto de presiones de organizaciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional que otorgan fondos, – por supuesto, en calidad de préstamo –, para la “modernización” de estos sistemas, ofrecen becas para la formación de especialistas; o envían expertos; asegurando así el traslado de modelos de la *Criminal Justice* norteamericana.

Se completa así la aceptación del *American way of life* que comenzó con la música, el vestuario, la alimentación, el entretenimiento, los valores y las noticias internacionales. No sólo se trata del modelo de Policía Comunitaria, y de las cárceles privatizadas, sino también de los nuevos Códigos Procesales Penales que establecen políticas procesales como la negociación de las sentencias, los acuerdos reparatorios, el proceso acusatorio, el principio de oportunidad, los escabinos, los juicios orales y la intermediación procesal.

Aunque no hay duda de que muchos de estos elementos son profundamente democráticos, y algunos acortan los inacabables procesos de la tradición institucional hispánica, hay otros que sólo reflejan una gran pragmatidad. El problema sigue siendo el modelo externo, calcado, sin conocimiento de los intereses, o de los recursos para ponerlos en práctica y mantenerlos en el tiempo, o de las características de los países de la Región, y la cultura de las instituciones, especialmente la policía. Esta

tiene una larga tradición de ser la mano sucia del sistema, que funciona simbólicamente en sus procedimientos establecidos, mientras se verifica como un verdadero sistema penal subterráneo a través de las redadas, las ejecuciones extrajudiciales, los abusos y la corrupción. Esta cultura podría revertirse, pero no es cosa de cortos o medianos plazos.

En todo caso, estas políticas importadas, favorecen un mantel bien puesto para el festín globalizante y la facilitación de las actividades transnacionales.

#### SUMMARY

*Changes in the nature of social control tend to convert public into private forms of control (police, security guards, private prisons) and into activities run by several agencies.*

*A theory of the modern State seems to be taking shape through new control phenomena not only because there is a feeling that the State may detain the monopoly of violence or because the idea that legality should be all-important is beginning to be questioned, but also because the ingovernability resulting from globalisation calls for a less prominent role of the State.*

*Moreover, new trends and theories of modes of control alternative to the penal system are now catching on more and more, just as the abolitionists had foreseen time ago.*

#### RÉSUMÉ

Les changements dans la nature du contrôle social tendent à convertir les formes publiques de contrôle en formes privées (police, gardiens de la sécurité, prisons privées) et en activités gérées par plusieurs agences différentes.

Il semblerait qu'une théorie de l'État moderne prenne forme à travers un nouveau contrôle des phénomènes. Non pas seulement parce que le sentiment existe que l'État puisse détenir le monopole de la violence ou parce que l'idée que la légalité doit être toute puissante commence à être mise en question, mais aussi parce que la non gouvernabilité résultant de la mondialisation exige un rôle moins préminent de l'État.

De surcroît, les nouvelles tendances et les théories concernant des modes de contrôle alternatifs au système pénal gagnent de plus en plus de terrain comme les abolitionnistes l'avaient prévu il y a longtemps déjà.



# **La evolución de la política criminal italiana entre opciones represivas y soluciones minimalistas**

por

ALESSANDRO BERNARDI

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Ferrara, Italia

*SUMARIO: La lucha contra las nuevas formas de criminalidad organizada y la atenuación de las garantías penales. – 2. Las recientes tendencias “negacionistas” en materia de criminalidad económica y política. – 3. La enfatización y la represión de la criminalidad de la calle. ¿Hacia una estrategia de “tolerancia cero”? – 4. Los efectos actuales de la lucha “selectiva” contra la criminalidad. – 5. Más allá de la lógica de la emergencia: el proceso de atenuación/humanización de las respuestas punitivas y la progresiva introducción de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. – 6. El refuerzo de la despenalización desde el punto de vista de un derecho penal mínimo. – 7. El actual papel de la ideología abolicionista en la evolución de la política criminal italiana. – 8. Consideraciones finales.*

## **1. La lucha contra las nuevas formas de criminalidad organizada y la atenuación de las garantías penales**

Las últimas décadas en Italia se han caracterizado por una sucesión y superposición de emergencias criminales que han condicionado notablemente la legislación y la praxis penal, erosionando frecuentemente las tradicionales notas garantistas de nuestro sistema punitivo.<sup>1</sup> Sistema éste fundado sobre un conjunto de normas sustanciales caracterizadas por un lado y en gran medida, por el clima autoritario existente en la época del Código penal de 1930 todavía en vigor, y por otro lado, sin embargo, condicionadas en su construcción y aplicación por un conjunto de garantías

---

<sup>1</sup> Cfr., por todos, MOCCIA, (1997), *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles.



y principios de matriz ilustrada que sobrevivieron también en parte al periodo fascista, sucesivamente reforzadas e integradas fundamentalmente por obra de la Constitución republicana de 1948 y por las reformas que en ella se inspiraban.

La dramática aparición del fenómeno terrorista y de la mafia condicionaron indudablemente la política criminal italiana, favoreciendo la adopción de opciones preventivo-represivas que aun no careciendo de eficacia,<sup>2</sup> al mismo tiempo revelaban los síntomas de un proceso de progresivo embrutecimiento del sistema punitivo. Basta pensar en las tan discutidas medidas de prevención *ante delictum* referentes a las personas investigadas por su pertenencia a la mafia o a los sospechosos de terrorismo, en las discutidas normas en materia de asociación mafiosa, en los opinables tipos caracterizados por las “finalidades terroristas o de subversión del orden democrático”, en la agravación del tratamiento de los institutos de la pena para los mafiosos irreductibles, en la controvertida disciplina “de premio” prevista para los terroristas y mafiosos arrepentidos; en resumen, en todas aquellas normas de la legislación de la emergencia que, bajo ciertos puntos de vista resultaban y todavía hoy se encuentran en el límite de la legitimidad constitucional.<sup>3</sup>

Pero la emergencia penal italiana no se ha caracterizado sólo por el terrorismo y la mafia. En realidad, junto a tales fenómenos de criminalidad organizada otros fenómenos, en ciertos aspectos igualmente alarmantes, se han ido añadiendo poco a poco. Piénsese sobretodo, en las múltiples organizaciones criminales que un incontenible proceso de internacionalización hace cada vez más peligrosas y evasivas:<sup>4</sup> desde aquellas especializadas en el tráfico de drogas y/o armas a aquellas que se dedican al mercado de clandestinos, o incluso a la prostitución, a las extorsiones, a los secuestros de personas, a la pedofilia, al comercio ilegal de órganos destinados a trasplantes, a la adquisición y suministro de sustancias dopantes, al transporte de materiales radiactivos o contaminantes. Por último, junto al claro regreso del terrorismo en clave “global”, se ha asistido a la multiplicación de formas de criminalidad (de carácter asociado o no) dedicadas a la destrucción del territorio (incendios

---

<sup>2</sup> Testimoniada por los resultados obtenidos en la lucha contra el terrorismo, y al menos en parte, en la lucha contra la mafia.

<sup>3</sup> Cfr., por todos, PALAZZO, (1980), *La recente legislazione penale*, Padua, p. 95 y ss.

<sup>4</sup> Cfr., al respecto, las observaciones de MARINUCCI, DOLCINI, (1999), “Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 806 y ss.

forestales, vertidos abusivos, etc.) y más en general, a la contaminación ambiental (suelo, agua, aire).

Ahora podemos afirmar que cada una de estas formas de criminalidad ha determinado la adopción en Italia de opciones normativas y/o praxis de aplicación que entran en conflicto, en mayor o menor medida, no sólo con un programa de derecho penal mínimo<sup>5</sup> sino también con los mismos principios que informan todo sistema penal democrático y garantista. De este modo, a menudo se ha asistido al recurso a normas incriminadoras frecuentemente carentes de claridad y precisión (piénsese, sobretodo, en los tipos de asociación<sup>6</sup> y en aquellos contruidos mediante el recurso a reenvíos genéricos a normas extrapenales) o bien caracterizadas por la mayor o menor conflictividad con el principio de ofensividad (tipos de atentado, de peligro abstracto, formales o de mera desobediencia, dirigidos a actuar sobre la mera personalidad del autor como en el caso de la incriminación de aquellos que descargan a través de internet imágenes de carácter pedófilo – o bien a castigar su estilo de vida – como en el caso de consumo de sustancias dopantes).<sup>7</sup> También por lo que concierne a las sanciones, frecuentemente, con relación a los fenómenos criminales considerados, se han introducido penas excesivamente severas, hasta el punto de hacer sospechar que el mismo principio de proporcionalidad resultase vulnerado. Y también cuando se han previsto (como a menudo se ha producido en materia de medio ambiente) respuestas punitivas inadecuadas en este caso, por defecto,<sup>8</sup> resulta paradójico que esta falta de adecuación se haya sido enmascarada por un flujo de normas

---

<sup>5</sup> Sobre los distintos significados de la expresión “diritto penale minimo” cfr., por último y por todos, FERRAJOLI, (2002), “Crisi della legalità e diritto penale minimo”, en *Diritto penale minimo*, a cargo de Curi e Palombarini, Roma, p. 9 y ss.

<sup>6</sup> En relación con los elementos negativos característicos de estos tipos cfr., representativamente y por todos, FERRAJOLI, (2000), “Sul diritto penale minimo (risposta a MARINUCCI GIORGIO e a DOLCINI EMILIO)”, en *Foro it.*, V, c. pp. 128-129.

<sup>7</sup> “Violando de esta manera el principio clásico de impunidad de los actos cometidos contra sí mismo” FERRAJOLI, “Crisi della legalità e diritto penale minimo”, *cit.*, p. 15.

<sup>8</sup> Ya sea, por ejemplo, a causa del recurso a tipos (no constitutivos de delito sino) de faltas, como tales de rápida prescripción y además acompañados de penas modestas, o ya sea, desde otro punto de vista, la escasa atención dedicada a estos delitos por parte de la policía y/o de la magistratura en algunos lugares de nuestro país.

incriminadoras frecuentemente formales o meramente simbólicas, aprobadas con un desprecio absoluto del principio de *extrema ratio*.

En definitiva, las respuestas ofrecidas para las nuevas y cada vez más alarmantes manifestaciones criminales confirman el hecho de que la política criminal se encuentra expuesta al riesgo de irracionalidad o en cualquier caso de excesos, especialmente cuando ésta, en la actual “democracia de opinión”, resulta ser la expresión de las expectativas y de las emociones más elementales de los ciudadanos;<sup>9</sup> igualmente se confirma el hecho de que la lucha contra la criminalidad organizada tiende a realizarse en perjuicio de los fundamentales principios garantistas del Estado de Derecho, y con desprecio de toda idea de derecho penal mínimo y – *a fortiori* – de toda aspiración abolicionista.

## **2. Las recientes tendencias “negacionistas” en materia de criminalidad económica y política**

Considerar que todos los graves fenómenos criminales que la modernidad ha traído consigo hayan encontrado en Italia respuestas institucionales que chocan con los cánones de una buena legislación penal – concretamente, pero no sólo, por estar inspiradas en un excesivo rigor y carentes de las oportunas exigencias garantistas – constituiría una generalización indebida. Por ejemplo, en materia de medio ambiente la normativa sancionadora, aun cuando no se presenta carente de críticas, se ha venido desarrollando en los últimos años bajo el signo de la racionalidad (gracias a la agrupación de una gran parte de la normativa contenida en leyes orgánicas) y de la despenalización de los ilícitos menos graves. Y también en otros sectores “emergentes” de la criminalidad las respuestas legislativas han mostrado notables progresos, especialmente a causa del abandono del recurso a la regulación “en masa” y de la represión a ultranza.

Sin embargo, debemos realizar otras consideraciones bien distintas en relación con dos importantísimos y vitales sectores de la delincuencia (en la mayoría de las ocasiones con carácter organizado) en los que la actual política criminal, lejos de dilatar el ámbito de los comportamientos penalmente relevantes y de elevar sin medida los mínimos y los máximos de las penas con una función disuasiva, parece orientarse prioritariamente en la actualidad hacia una perspectiva de despenalización, y más en

---

<sup>9</sup> Cfr. PAVARINI, “Il ‘grottesco’ della penologia contemporanea”, en *Diritto penale minimo*, cit., p. 280.

general, hacia una posición de generosa clemencia. Se alude, esencialmente, a los sectores de la criminalidad económica y política, y en particular al conjunto de fenómenos con un trasfondo fraudulento y de corrupción que contaminan gravemente el mundo de los negocios y el desarrollo de las funciones públicas. Pensemos, sobretodo, en las actividades dirigidas a falsificar la contabilidad de las empresas, a condicionar ilícitamente la vida política, a interferir en el buen funcionamiento de la competitividad y de las contrataciones públicas, a contaminar la actividad judicial, y en definitiva, a empobrecer la colectividad y a minar la credibilidad misma de las instituciones democráticas. Como se sabe, después de largos periodos de desatención por parte, no sólo del legislador, sino también y sobretodo por parte de las fuerzas de policía y judiciales,<sup>10</sup> en la década pasada estos fenómenos fueron objeto de gran atención por parte de los *mass media* y de la misma magistratura. Esta última, de hecho, empezó a interesarse activamente por los delitos de cuello blanco y se comprometió firmemente a sacar a la luz o bien a limitar al máximo, los trapicheos criminales entre economía y política, incluso a costa de investigar y condenar a sujetos pertenecientes al Gotha del mundo empresarial y parlamentario. Ahora bien, teniendo en cuenta las reacciones precedentes en relación con las emergencias criminales cíclicas como respuesta a la difusión de las citadas actividades ilícitas, y en particular, como respuesta a la gravedad de algunas situaciones desveladas por la actividad de investigación por parte de alguna fiscalía italiana, habría sido predecible un comportamiento de rigidez por parte de las fuerzas políticas; comportamiento dirigido a impedir la reiteración de situaciones similares a través de la introducción, si hubiera sido necesario, de correspondientes reformas, y más en general a través de una acción de apoyo a la actividad policial y judicial dentro de los sectores en cuestión. Por otro lado, la reciente actividad legislativa, después de haberse dirigida prevalentemente desde el inicio a mitigar las sanciones previstas para algunos delitos económicos que en realidad no presentaban una especial gravedad,<sup>11</sup> en la última legislatura encontramos esta actividad

---

<sup>10</sup> Es suficiente pensar que en las casi dos décadas de vigencia de la L. 516/82, denominada “esposas para los evasores” por su evidente intención represiva, sólo dos ciudadanos italianos han ido a la cárcel. En cualquier caso, el decreto legislativo de reforma del derecho penal tributario ha introducido una disciplina sancionadora muy blanda, que castiga con la cárcel sólo a quien se implica en delitos fiscales muy graves (los llamados “grandes evasores”).

<sup>11</sup> Como queda reflejado por las intervenciones normativas, en materia bancaria y de intermediación financiera de la segunda mitad de los años 90. Se hace

legislativa “sustancialmente basada (...) en la pretensión de sustraer al control de legalidad los más altos niveles de la actividad económico-financiera y de la actividad político-administrativa”.<sup>12</sup> En este sentido se presenta como emblemática la reforma del derecho penal societario, que ha llegado a despenalizar algunos supuestos de falsedad contable, y la normativa sobre las rogatorias internacionales, dirigida de hecho a obstaculizar la recogida de pruebas de presuntos acuerdos ilícitos entre el mundo empresarial/político, el mundo forense y exponentes de la magistratura. Desde otro punto de vista, también el recurso excesivo al mecanismo de la condonación (para los ilícitos en materia fiscal, edilicia, etc.) si de un lado ayuda a recaudar un poco de dinero para las arcas del Estado,<sup>13</sup> de otro lado acaba por favorecer la cultura de la ilegalidad, reforzando la idea de que, al menos en algunas materias, violar la ley al final se convierte en una ventaja. A este respecto, centrandó la atención en esta reciente producción normativa, se nos ocurre que el legislador italiano ha invocado con extrema decisión una idea muy personal de “derecho penal mínimo”, por no decir incluso de “abolicionismo”. En realidad, debemos compartir la opinión de aquellos que, en contra de las actuales tendencias de política criminal, hablan abiertamente de un “uso instrumental de instancias de signo garantista”,<sup>14</sup> dirigido a perseguir una malentendida concepción de las “ideas neoliberales”<sup>15</sup> o incluso dirigido a asegurar casi una total inmunidad de aquellos que pertenecen a las clases hegemónicas.<sup>16</sup>

---

referencia al d. lgs. 23 julio 1996 n° 415<sup>11</sup> (“Recepimento della direttiva 93/22/CE del 10 marzo 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CE del 15 marzo 1993, relativa all’adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi”) y al d.lgs. 24 febrero 1998 n° 58 (“Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n° 52”).

<sup>12</sup> PALOMBARINI, “Per un altro diritto penale”, en *Diritto penale minimo*, cit. p. 3.

<sup>13</sup> Se trata, de hecho, de condonaciones concedidas previo pago de una suma de dinero, por lo general bastante modesta, especialmente teniendo en cuenta los beneficios recavados a través de la realización de los ilícitos condonados.

<sup>14</sup> PALOMBARINI, *ibidem*.

<sup>15</sup> GROSSO, “Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come *extrema ratio* di tutela penale”, en *Diritto penale minimo*, cit., p. 103.

<sup>16</sup> Sujetos éstos, favorecidos de manera excesiva por una normativa procesal extremadamente garantista en relación con los “imputados con posibilidades y despiertos” que quieran aprovechar las “infinitas posibilidades de dilación ofrecidas”. cfr., sobre este punto, emblemáticamente y por todos, COLOMBO,

También con referencia a la condonación, debemos señalar la miopía de los legisladores que perpetúan, por un puñado de euros, el fraude fiscal y la destrucción de los recursos ambientales. Se trata por tanto de opciones de una política sancionadora de matriz descaradamente clasista y “proteccionista”, las cuales – lejos de anunciar una verdadera campaña de “derecho penal mínimo” – tienden a orientar la alarma social hacia los más tradicionales sectores de la criminalidad, centrando en ellos los instrumentos represivos del Estado.

### **3. La enfatización y la represión de la criminalidad de la calle. ¿Hacia una estrategia de “tolerancia cero”?**

Llegados a este punto se hace necesario puntualizar que, en las últimas décadas, la emergencia criminal italiana no ha estado sólo determinada por el aumento de las formas de criminalidad organizada que acabamos de describir, sino también por la multiplicación de algunos delitos comunes (hurtos, robos, vandalismo, tráfico de drogas a baja escala) cometidos en la mayor parte de las ocasiones por personas pertenecientes a clases sociales bien definidas (parados, inmigrantes, revolucionarios, etc.). En realidad, no se ha tratado sólo de un fenómeno italiano, sino más bien de un fenómeno que, si bien en distinta medida y con algunas diferencias temporales, ha afectado a todos los países occidentales implicados en aquel proceso de crecimiento económico que se hizo particularmente evidente a partir de los años 60. El consiguiente aumento del sentido de inseguridad y de alarma social,<sup>17</sup> acompañado frecuentemente por la sensación de que los órganos institucionales encargados de la prevención y represión de los delitos en cuestión no hacían todo lo posible para evitarlos,<sup>18</sup> el legislador se vio obligado a aprobar unas reformas detrás de otras, dirigidas a potenciar los

---

(2001), “Tolleranza zero”, introducción de FENECH, *Tolleranza zero*, Milan, p.18 y ss.

<sup>17</sup> Sobre la distinción conceptual entre *fear of crime* (temor personal de la criminalidad) y *concern about crime* (preocupación social por la criminalidad) cfr., por último, BARBAGLI, (2000), “Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?”, en *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*, a cargo de BARBAGLI, Bologna, p. 11, para ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>18</sup> Cfr., al respecto, desde posiciones bien distintas, FENECH, *Tolleranza zero*, cit., p. 28 y ss.; PEPINO, (1999), “La città e l’impossibile supplenza giudiziaria”, en *Questione giustizia*, p. 791, nt. 1, con ulteriores referencias bibliográficas.

efectos de prevención general de la norma penal. De esta manera desde mediados de los años 70 han aumentado las penas para algunos delitos como el robo agravado,<sup>19</sup> se han introducido nuevos tipos dirigidos a castigar los delitos cometidos durante las manifestaciones públicas,<sup>20</sup> se ha procedido a hacer más severa la disciplina de las armas<sup>21</sup> de manera que se obstaculice, no sólo el montante de la delincuencia terrorista, sino también el de la delincuencia tradicional.<sup>22</sup>

Cualquiera que hayan sido los efectos de estas y otras reformas sucesivas sobre los índices de delincuencia “callejera”, lo cierto es que la preocupación colectiva respecto a esta última no ha disminuido;<sup>23</sup> es más – si bien para algunos los episodios de delincuencia urbana en Italia han disminuido, o de cualquier modo han cesado de aumentar con el ritmo de las últimas décadas – en estos años tal preocupación ha aumentado ulteriormente junto al temor respecto a los extracomunitarios y más en general respecto a las personas “diversas”. Tanto es así que, incluso, algunas veces, los medios de comunicación han contribuido a fomentar la alarma social, ya que frecuentemente han implantado la idea de que el bienestar común se encuentra comprometido, no por la criminalidad de cuello blanco, sino de modo casi exclusivo por la criminalidad común y de los sujetos desviados.<sup>24</sup> En este clima de difusión de alarma colectiva se encuentra la reciente reforma según la cual se ha visto aumentado el límite mínimo de pena privativa de libertad para el hurto, y además se ha introducido un nuevo tipo de “robo en habitación y robo con tirón”, castigado con una pena de uno a seis años de reclusión, que se convierten en una pena de tres a diez años en presencia de algunas circunstancias agravantes.<sup>25</sup>

De cualquier manera, reformas de este tipo – de “dudoso carácter político-criminal”<sup>26</sup> y de discutible efecto anticriminal – no pueden

---

<sup>19</sup> L. 14 octubre 1974, n° 497, “Nuove norme contro la criminalità”.

<sup>20</sup> L. 18 abril 1975, n° 110; L. 22 mayo 1975, n° 152.

<sup>21</sup> L. 14 octubre 1974, n° 497; 18 abril 1975, n° 110; L. 22 mayo 1975, n° 152; L. 8 agosto 1978, n° 533; L. 18 mayo 1978, n° 191.

<sup>22</sup> Cfr., PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., pp. 37-38.

<sup>23</sup> Cfr., por ejemplo, FERRAJOLI, “Crisi della legalità e diritto penale minimo”, cit., p. 13.

<sup>24</sup> Cfr., difundidamente y por todos, FERRAJOLI, “Crisi della legalità e diritto penale minimo”, cit., p. 12 y ss.

<sup>25</sup> L. 26 marzo 2001, n° 128.

<sup>26</sup> GROSSO, “Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale”, cit., p. 103.

ciertamente aplacar una opinión pública que ha sido inducida a sostener que la única respuesta eficaz para la delincuencia callejera y para los sujetos desviados es el uso de la fuerza, descuidando cualquier intervención de tipo social. He aquí, entonces, en línea con la tendencia estadounidense (y por lo demás, en sintonía con las posiciones que se han adoptado más o menos en todos sitios), el deseo de que en Italia se adopte una estrategia de “tolerancia cero”; estrategia fundada, como se sabe, no sólo en leyes severas aplicadas a través de una política judicial basada en el recurso a penas ejemplares,<sup>27</sup> sino sobretodo y fundamentalmente, en formas de represión policial de la delincuencia callejera e incluso de los sujetos simplemente desviados.<sup>28</sup> En efecto, en el actual periodo de inseguridad colectiva, la “tolerancia cero” lleva consigo un mensaje simplificado capaz de catalizar el acuerdo de muchos, y por esa misma razón fatalmente destinado a traducirse, algunas veces, en comportamientos concretos. He aquí la explicación de los casos de alejamiento obligado de los mendigos del centro histórico de algunas ciudades italianas.<sup>29</sup> He aquí la explicación de los desagradables episodios de violencia desproporcionada de los que se acusa – al parecer de manera fundada – a las fuerzas de policía encargadas de asegurar el desarrollo regular en Genova del G8:<sup>30</sup> episodios que – aún

---

<sup>27</sup> Por tanto más preocupada por restablecer el orden público alterado a través de la punición de un reo reducido a instrumento de política criminal (cfr., por último y por todos, FIANDACA, *Diritto Penale*, en FIANDACA, DI CHIARA, (2003), *Una introduzione al sistema penale*, Napoles, pp. 29-30) que por ofrecer formas de reparación e instrumentos para tranquilizar a la víctima. cfr., sobre este punto, las observaciones de PEPINO, SCATOLERO, (1992), “Vittime del delitto e vittimologia”, en *Dei delitti e delle pene*, 1, p. 181; SCATOLERO, (1999), “Insicuri da morire”, en *Narcomafie*, n° 9, p. 19 y ss.

<sup>28</sup> Cfr., entre otros y limitadamente a los autores italianos, BARBAGLI, “Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?”, *cit.* p. 32 y ss.; DE GIORGI (2000), *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma; PEPINO, *La città e l'impossibile supplenza giudiziaria*, *cit.*, p. 802 y ss.

<sup>29</sup> En línea con la indiscriminada lucha “contra el desorden” precisamente en relación con lo dicho acerca del método de *zero tolerance* que ha sido adoptado por el alcalde de Nueva York Rudolph Giuliani, y que revive en Gran Bretaña en las palabras del mismo Tony Blair: “es importante afirmar que ya no toleramos las infracciones menores. Sí, es justo ser intolerante con los vagabundos callejeros”.

<sup>30</sup> Tras los violentos desordenes callejeros que tuvieron lugar en Génova entre el 20 y el 22 de julio con motivo del vértice del G8, algunos miembros de las cuerpos de policía han sido acusados de haber realizado un uso indebido de la



cuando se espera que no fueran ordenados previamente<sup>31</sup> – fueron realizados por una parte marginal de las fuerzas del orden, y resultan ciertamente favorecidos por su aceptación (activa o pasiva), por parte de un sector importante de la opinión pública y del mundo político.

Con este clima favorable a un difundido y casi selectivo recurso a la sanción penal y a la acción represiva de las fuerzas del orden, carece de valor la reivindicación del incierto papel que ha tenido el programa de “tolerancia cero” en la fuerte disminución de los índices de criminalidad de Nueva York,<sup>32</sup> y menos aún de los resultados que tal programa podría tener a largo plazo;<sup>33</sup> y también carecen de importancia, más en general, las divergenias en relación con los efectos anticriminales conseguidos en América por el fuerte aumento de los índices de encarcelación registrados en los últimos años;<sup>34</sup> hasta el punto que incluso una parte de la doctrina penal parece influenciada – directa o indirectamente – por el atractivo de la “terapia americana” contra la delincuencia callejera. Se asiste de este modo a un regreso a concepciones de la pena de tipo neo-retribucionista, en perjuicio sobretodo de la ideología preventivo-resocializadora,<sup>35</sup> o bien a la

---

fuerza, en concreto efectuando una incursión nocturna dentro de una escuela utilizada como dormitorio de los manifestantes. Un amplio *dossier* de los hechos en cuestión puede encontrarse en <http://www.repubblica.it/online/speciale/g8/portante/portante.html>.

<sup>31</sup> Si bien resulta evidente que la violencia por parte de la policía es un componente esencial de la *zero tolerance*. Cfr., al respecto, PEPINO, “La città e l’impossibile supplenza giudiziaria”, *cit.*, p. 803.

<sup>32</sup> Cfr. BARBAGLI, “Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?”, *cit.* p. 40 y ss.

<sup>33</sup> Cfr., en particular, SHERMAN, (1997), “Policing for Crime Prevention”, en *Preventing Crime: What Works, What Doesn’t, What Promising. A Report to the Attorney General of the United States*, Washington, United States Department of Justice, Office of Justice Programs.

<sup>34</sup> Para realizar una panorámica de las distintas investigaciones llevadas a cabo en los Estados Unidos dirigidas a evaluar el papel que juega el aumento del índice de encarcelación en la disminución del número de delitos cfr., NAGIN, “Deterrence and Incapacitation”, in *The Handbook of Crime and Punishment*, a cargo de Tonry, (1998), New York. Reconocen una disminución de los delitos en los Estados Unidos por razones diversas del índice de represión, entre otros, GROGGER, (2000), “An Economic Model of Recent Trends in Violence”, en *The Crime Drop in America*, a cargo de Blumstein e Wallman, Cambridge, LAFREE, (1999), “Declining Violent Crime Rates in the 1990s: Predicting Crime Boom and Busts”, en *Annual Review of Sociology*, p. 145 y ss.

<sup>35</sup> Cfr., por último y de manera crítica, MOSCONI, “La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull’istituzione penitenziaria”, en *Diritto penale*

afirmación de modelos anclados en una función de “prevención general integradora” dirigida a la estabilización social a través del recurso a penas enormemente severas capaces de catalizar el acuerdo de la mayoría,<sup>36</sup> o bien incluso a la progresiva adhesión a mecanismos punitivos draconianos (como sobretodo aquel, absolutamente extraño a la tradición italiana, del *Three Strikes and You’re Out*)<sup>37</sup> inspirado en consideraciones preventivas de peligrosidad de los sujetos pluriincidentes.<sup>38</sup> Basta que los sujetos destinatarios de tales mecanismos punitivos no sean los delincuentes de “cuello blanco”.

#### **4. Los actuales efectos en el ámbito penitenciario de la lucha “selectiva” contra la criminalidad**

La tendencia a dirigir los “recursos represivos” ofrecidos por los institutos de pena (además de naturalmente contra los responsables de graves delitos de sangre y de los pertenecientes a las más poderosas organizaciones criminales) contra los autores de delitos comunes contra las personas o el patrimonio surge de manera clara de las estadísticas. Ciertamente, no se trata de una nueva orientación perteneciente al actual gobierno de centro-derecha, al poder desde el 2001. En efecto, ya el 1 de septiembre de 2000, los detenidos condenados de manera definitiva resultaban preferentemente sujetos dedicados al tráfico de drogas y al robo,<sup>39</sup> mientras que las estadísticas de los años inmediatamente posteriores revelaban como un 30% de los reclusos eran jóvenes toxicodependientes, otro 25% inmigrantes extracomunitarios y un ulterior 20% jóvenes marginales castigados por delitos contra el patrimonio y por formas leves

---

*minimo, cit.*, p. 360 y ss.; ZANUSO, (2000), “La concezione retributiva tra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al ‘Limiting Retributionism’”, en *Pena e riparazione*, Padua, p. 121 y ss.

<sup>36</sup> Cfr., también en este caso de manera crítica, PAVARINI, “Il ‘grottesco’ della penologia contemporanea”, *cit.*, p. 282.

<sup>37</sup> En relación con el cual cfr., por todos, AUSTIN, CLARK, HARDIMAN, HENRY, (1999), “The Impact of Three Strikes and You’re Out”, en *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 1, 2, p. 131 y ss.

<sup>38</sup> Sobre este argumento cfr. PAVARINI, “Il ‘grottesco’ della penologia contemporanea”, *cit.*, p. 276.

<sup>39</sup> Cfr., detalladamente, Conseil de l’Europe (diciembre 2002), *Bulletin d’information pénologique*, n° 23/24, p. 79.

de violencia.<sup>40</sup> A esto hay que añadir que el último 25% de los detenidos estaba constituido casi exclusivamente por grandes criminales de tipo tradicional, y que el porcentaje de delincuentes de cuello blanco encarcelados por delitos fiscales, fraudes y corrupción era bastante próximo al 0%.

Pero sin embargo, existía siempre la posibilidad de castigar por estos últimos delitos, con medidas privativas de libertad; posibilidad que se hizo más tangible y temible durante el periodo inmediatamente sucesivo a 1992, cuando se creó una grave y difundida situación de ilegalidad económica y política que llevó a los tribunales de instrucción (sobretudo, pero no sólo al de Milán), a hacer un amplio uso de la custodia cautelar, y a los tribunales que conocieron de los hechos a dictar sentencias “ejemplares” que llevaron a la cárcel a algunos (en realidad poquísimos) personajes bastante notorios, sentencias que fueron acogidas con el favor de la opinión pública. En la actualidad, las reformas de las que hablábamos en el párrafo 2, las futuras reformas sobre la reorganización del ordenamiento judicial,<sup>41</sup> y más en general, el clima de asedio creado por el actual Gobierno contra las Fiscalías y los Tribunales italianos más pendientes de tales formas de ilegalidad, parecen querer evitar que la situación de 1992 pueda repetirse, y por tanto que el porcentaje de delincuentes de cuello blanco detenidos pueda definitivamente atestarse en el 0%. Por tanto no resulta impensable que – a pesar de la progresiva tendencia de la magistratura a extender su campo de investigación desde los casos más importantes de criminalidad de las *élites* económico-políticas a los “normales” episodios de corrupción surgidos en la realidad cotidiana<sup>42</sup> – en los próximos años la cárcel verá

---

<sup>40</sup> Cfr., MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, cit., p. 361; PAVARINI, “Il ‘grottesco’ della penologia contemporanea”, cit., p. 288, con ulteriores referencias bibliograficas.

<sup>41</sup> Reforma que la mayoría al poder quiere dirigir a la separación de las carreras de Juez y de Ministerio Fiscal y evidentemente a someter a este último al control del Ministerio de Justicia. cfr., el proyecto de ley 14.3.2002, que contiene la delegación al Gobierno para la reforma del ordenamiento judicial, en *Guida al diritto*, 2002, n° 15, p. 14, y las sucesivas modificaciones deliberadas el 7.3.2003, en *Guida al diritto*, 2003, n° 11, p. 9. Dentro de la doctrina cfr., por todos, CHIAVARIO, (2003), “Separazione delle carriere o delle funzioni. Tutte le difficoltà di un’equa soluzione”, en *Guida al diritto*, n° 11, p. 8.

<sup>42</sup> Cfr., al respecto, las observaciones de FIANDACA, “Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa”, en FIANDACA, (2002), *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padua, p. 26 y ss.

acentuado su papel de instrumento de neutralización (aunque sea temporal) de aquellos que realizan comportamientos aptos a comprometer la “seguridad pública”, y por tanto verá reforzado todavía más su carácter clasista.

### **5. Más allá de la lógica de la emergencia: el proceso de atenuación/humanización de las respuestas punitivas y la progresiva introducción de medidas alternativas a la pena privativa de libertad**

Por lo que hemos visto hasta el momento se puede sostener que – exceptuando la criminalidad económica-política – en las últimas décadas, la lucha contra nuevas formas de criminalidad por las cuales ha saltado la alarma social, se ha llevado a cabo en Italia esencialmente a través de un aumento del grado de severidad de las penas previstas. Se ha dado vida de esta manera a un “derecho penal de la emergencia” que, a pesar de parecer *prima facie* funcional a los objetivos de tutela, se presta a numerosas críticas en razón de su más o menos evidentes divergencias con los principios penales fundamentales, y sobretodo con el de proporcionalidad, materialidad, ofensividad e incluso de humanidad de la sanción. Y ello sin tener en cuenta que, a causa de la multiplicación de las nuevas formas de criminalidad organizada y del ininterrumpido (y por ciertos motivos inducido) crecimiento de la preocupación por la “delincuencia callejera”, incluida aquella de carácter bagatelar, una política criminal de este tipo se presenta destinada a la fatalidad de crear en nuestro país a una especie de “Derecho penal máximo”, con el consiguiente abandono de toda concepción minimalista del sistema de control social confiado a la sanción penal.

Pero también es verdad que en estas últimas décadas el proceso de evolución del derecho penal italiano no ha sido para nada homogéneo sino que, por el contrario, se ha caracterizado por su ambivalecia y diversidad. En concreto, conjunta y paralelamente a la clásica opción de contrarrestar las formas de criminalidad consideradas mayormente peligrosas, con razón o sin ella, recurriendo a un refuerzo de la represión, se ha venido desarrollando una política criminal que no se adapta a la lógica de la emergencia, sino que al contrario, se inspira principalmente en una atenuación/humanización de la respuesta penal y en el principio de *extrema ratio*.

De este modo, precisamente a mediados de los años 70, casi contemporaneamente con el inicio de una producción normativa “de

emergencia” de matriz, como se ha dicho, marcadamente represiva, surgieron importantísimas reformas dirigidas, ya sea a mitigar el rigor sancionador del Código de 1930,<sup>43</sup> como a aprobar un nuevo ordenamiento penitenciario<sup>44</sup> caracterizado por el refuerzo de las garantías del detenido y por la finalidad reeducativa, finalidad que debe perseguirse a través de la aplicación de *medidas alternativas* a las penas privativas de libertad (entrega a los servicios sociales, semilibertad, liberación anticipada). La tendencia a reducir al máximo los casos de recurso a la cárcel continuó después con la importantísima ley 689/1981 en materia de “Modificaciones al sistema penal”, que introdujo algunas *sanciones sustitutivas* a las penas privativas de libertad de duración breve (semidetención, libertad vigilada, penas pecuniarias) aplicables directamente por el juez en el momento de dictar sentencia; la misma tendencia se reproducía en la reforma del ordenamiento penitenciario de 1986<sup>45</sup> y en algunas leyes posteriores de finales de los años 90,<sup>46</sup> que por un lado han incrementado la gama de *medidas alternativas* (comprendiéndose también ahora la entrega a los servicios sociales en casos particulares, el arresto domiciliario, la suspensión de la ejecución de la pena) y por otro lado han ampliado las condiciones de acceso a las citadas medidas. A través de estas últimas reformas, en definitiva, se ha ofrecido a los tribunales de vigilancia un amplio poder discrecional para modificar las penas establecidas en el proceso, así como para evitar en la medida de lo posible el ingreso en prisión de las personas condenadas a una pena no superior a tres años. Indudablemente, los efectos producidos por las leyes que acabamos de citar son de relevante importancia, en cuanto traen consigo, a menudo, una evidente “diferencia” entre la pena prevista por las distintas normas incriminadoras y la pena pronunciada por el juez en la sentencia, y una diferencia todavía mayor entre la pena pronunciada y la pena efectivamente cumplida. A este respecto, una parte de la doctrina penal italiana, ciertamente no inspirada por una nostalgia retributivo-represiva, ha considerado que la disciplina vigente ha alcanzado “excesos indulgentes”, lo que ha traído consigo una indebida debilidad de la función preventivo-orientativa de la pena, a lo que se une la extrema flexibilización de esta última en el curso de la ejecución.

Bajo un punto de vista distinto, una ulterior atenuación de la respuesta sancionadora ha derivado, en el ámbito procesal, en la introducción de

---

<sup>43</sup> L. 7 junio 1974, n° 220.

<sup>44</sup> L. 26 julio 1976, n° 354.

<sup>45</sup> L. 10 octubre 1986, n° 663.

<sup>46</sup> L. 168/1998 e L. 231/1999.

“ritos alternativos” (“juicio abreviado”<sup>47</sup> y “aplicación de la pena a petición de las partes”).<sup>48</sup> De hecho, es cierto que tales ritos han sido concebidos sobretudo para obtener, a través de una simplificación de procedimientos, una agilización de los procesos penales; pero también es verdad que para hacer que los imputados se sometieran a este tipo de procesos alternativos, renunciando a la plenitud de garantías del proceso ordinario, se ha previsto un “premio”, consistente en una sustancial reducción de la pena aplicable por el delito cometido. En cualquier caso, para salvaguardar la finalidad prevención especial de la pena – que podría comprometerse por la aplicación de una sanción (privativa de libertad, pecuniaria o sustitutiva) tendencialmente dejada, por lo que se refiere a la *species* y/o al *quantum*, al acuerdo de las partes (imputado y Ministerio Fiscal) – la Corte Constitucional ha establecido que el juez está obligado a evaluar la idoneidad de la pena pactada para desenvolver su función reeducativa<sup>49</sup>.

## **6. El refuerzo de la despenalización desde la perspectiva de un derecho penal mínimo**

Fuera de la legislación destinada a afrontar las emergencias cíclicas de la criminalidad organizada, y más allá de los procedimientos ideados para aplacar la alarma social suscitada por la criminalidad de la calle, el derecho penal italiano parecería evolucionar hacia una progresiva suavización de las respuestas punitivas, y hacia una paralela reducción del ámbito de operatividad de la pena privativa de libertad. Y sin embargo, las estadísticas penitenciarias de los últimos años, señalando un ulterior incremento del número de detenidos,<sup>50</sup> parecerían evidenciar que las penas pecuniarias resultan todavía infrautilizadas dentro del sistema penal, y como *las sanciones sustitutivas* y *las medidas alternativas* acaban en realidad, en la mayor parte de las ocasiones, con la acumulación en vez de con la sustitución de la cárcel, creándose el riesgo de que ésta sea, de hecho, el instrumento primordial, no sólo para los “grandes criminales” (al menos en caso de reincidencia) sino también para los criminales “de la calle”.

---

<sup>47</sup> Art. 438 ss. c.p.p.

<sup>48</sup> Art. 444 ss. c.p.p.

<sup>49</sup> Sent. 313 del 1990, en *Foro it.*, 1990, I, c. 2386, con nota de FIANDACA.

<sup>50</sup> Que resultaban ser 53.481 el 1º septiembre de 2000. Cfr., Conseil de l'Europe, *Bulletin d'information pénologique*, n° 23/24, diciembre 2002, *cit.*, p. 74.

Por tanto, ya que en Italia se tiende todavía hoy a identificar el derecho penal con la pena privativa de libertad, con mayor razón parece interesante el mecanismo de la despenalización, a través del cual, ilícitos penales de modesta gravedad vienen degradados a ilícitos administrativos y castigados con sanciones de carácter prevalentemente pecuniario, y por tanto, en ningún caso, con la privación de la libertad.

La despenalización, como se sabe, no es una peculiaridad italiana, constituyendo en realidad, desde hace casi un cuarto de siglo, uno de los puntos cardinales del movimiento internacional de reforma penal, en razón de su aptitud para restituir a la sanción penal su natural dimensión *fragmentaria* y *subsidiaria*; dimensión ésta, ya desde hace tiempo insidiada por la tendencia de los legisladores nacionales a aprobar, continuamente y de manera creciente, preceptos penales. Y sin embargo, aun cuando en nuestro país la inflación penal ha asumido, más que en otros lugares, caracteres macroscópicos, ésta ha tenido una repercusión especialmente fuerte mediante la reorganización del sistema punitivo, el clave de “fuga” de la sanción penal. En realidad, después de un inicio discreto, el proceso de despenalización se ha afirmado definitivamente a través de la ley fundamental 689/1981, la cual no sólo degradaba a nivel administrativo muchísimos delitos (delitos y faltas) castigados únicamente con una pena pecuniaria, sino que también preveía, por primera vez en Italia, una disciplina orgánica del ilícito administrativo. Sucesivamente, en una oleada de elaboración de algunos criterios directivos para la elección entre sanción penal o administrativa,<sup>51</sup> ulteriores leyes de despenalización se sucedieron. Se trataba en la mayor parte de las ocasiones de leyes de carácter más o menos sectorial,<sup>52</sup> aunque no han faltado leyes de despenalización con carácter general<sup>53</sup> y concernientes a ilícitos de una cierta gravedad. En el transcurso de los últimos veinte años se ha dado vida a un proceso de despenalización (o incluso en algunos casos de abrogación *tout-court*) que ha afectado a miles de tipos penales. Y si bien es verdad que – a causa del interminable número de normas incriminadoras existentes al inicio de tal

---

<sup>51</sup> Cfr., la “Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri” 19 diciembre 1983, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 344 y ss.

<sup>52</sup> Cfr., en particular, L. 28 diciembre 1993, n° 561; d. lgs. 13 julio 1994, n° 480; d. lgs. 24 marzo 1994, n° 211; d. lgs. 9 septiembre 1994, n° 566; d. lgs. 19 diciembre 1994, n° 758; d. lgs. 1 septiembre 1993, n° 385; d. lgs. 23 julio 1996, n° 415; d. lgs. 24 febrero 1998, n° 58.

<sup>53</sup> L. 25 junio 1999, n° 205, relativa a la “Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario”; d. lgs. 30 diciembre 1999, n° 507.

proceso y de la continua creación de tipos penales en el transcurso de las últimas décadas – dentro de nuestro sistema penal permanece de todos modos un número de tipos excesivo, tampoco cabe ninguna duda que el proceso de deflación penal ha progresado notablemente. A este respecto, mientras una parte de la doctrina sostiene que todavía se puede dilatar en gran medida el conjunto de delitos susceptibles de despenalización, otra parte de la doctrina, a pesar de observar las exigencias de la deflación penal e inspirada por el principio de *extrema ratio*, considera que el número de ilícitos penales que podrían ser susceptibles de degradación resulta bastante exiguo. E incluso, parece subsistir el riesgo de que una ulterior ampliación del catálogo de ilícitos despenalizados, lejos de traducirse en una suavización del relativo tratamiento sancionador, pueda favorecer un ulterior aumento del nivel de aflictividad de las sanciones administrativas, que ya en la actualidad se presenta frecuentemente muy elevado. En este caso, el proceso de despenalización llevaría al aberrante resultado de sustraer la plenitud de las garantías penales a las sanciones administrativas “sustancialmente penales” en razón de su *genus* y/o de su *quantum*.

En definitiva, la técnica de la despenalización ha resultado valiosa para reducir, al menos en parte, el número de los tipos penales. Pero no es para nada seguro que sólo a través de ella se pueda alcanzar la meta de un derecho penal mínimo, ya que al menos sería oportuna una actividad de reforma dirigida a rediseñar muchísimos tipos de cara a su simplificación e abstracción. Paralelamente, si bien es verdad que la despenalización ha significado la exclusión del recurso a la pena privativa de libertad para muchos ilícitos que en abstracto la preveían, también es verdad que en la mayor parte de estos ilícitos la aplicación en concreto de la pena privativa de libertad ya constituía una posibilidad remota, en razón de la actual y ya citada tendencia a sustraer del circuito carcelario a los condenados con penas privativas de libertad inferiores a tres años, a través del recurso a sanciones sustitutivas, a las medidas alternativas, o incluso a través de la suspensión condicional de la pena. De manera provocatoria se podría afirmar que la mayor parte de la veces son objeto de despenalización aquellos ilícitos por los cuales, ya desde hace tiempo, de hecho, no se recurre a la cárcel, sino más bien a tipologías sancionadoras cuya calificación penal o administrativa queda a discrecionalidad del legislador: de modo que la elección entre las citadas tipologías acaba incidiendo más sobre el tipo de procedimiento que sobre el *genus* y *quantum* de la sanción.

Desde otra perspectiva, merece la pena señalar que una atenuación real del coeficiente de aflictividad de las sanciones penales idónea a no comprometer los efectos preventivo-orientativos presentes en los



correspondientes preceptos, implica un proceso de reforma, en ciertos aspectos mucho más radical de aquel llevado a cabo a través del recurso a la despenalización. Es decir, implica un proceso de reforma centrado, en concreto, en la valoración en clave sancionadora de la reparación del daño y del refuerzo de la mediación como instrumento de superación del conflicto interpersonal entre el autor del delito y su víctima. Pero a este punto, me parece claro que los mecanismos evocados – tan familiares a los estrategias del abolicionismo – resultan tendencialmente extraños al tradicional concepto de sanción punitiva, a pesar de que no se excluya que estos puedan perseguir algunos efectos preventivos tradicionalmente atribuidos a la pena.

## **7. El actual papel de la ideología abolicionista en la evolución de la política criminal italiana**

Ciertamente no pretendo profundizar en los nexos que unen las perspectivas abolicionistas del resarcimiento y de la reconciliación con la reevaluación, en el ámbito estrictamente penal, de las formas de justicia de carácter reparador y conciliador. Como una primera aproximación, me parece claro que tales nexos no pueden faltar, y que deben identificarse con la valoración de la prevención positiva en clave pedagógico-consensual en perjuicio de la prevención negativa (disuasión), con la tendencia desformalizadora del procedimiento,<sup>54</sup> con una nueva “idea” de la víctima y de su papel en la gestión del conflicto y con la aspiración de un sistema sancionador más humano.

En efecto, creo que al menos en un sentido amplio, debemos considerar como una “victoria de la ideología abolicionista” la parcial superación de la tendencia a considerar las sanciones reparadoras – ya sea con carácter patrimonial (resarcimiento del daño) ya sea con carácter extrapatrimonial (prestación en favor de la víctima, trabajos de utilidad pública) – tendencialmente no idóneas a producir reales efectos preventivos. Y creo que se puede decir lo mismo de la progresiva atenuación del tradicional carácter público del proceso penal, de la lenta reconsideración del papel de la persona ofendida en el ámbito de tal proceso, así como de la creciente consciencia de la necesidad de un “derecho penal moderado” al menos por lo que respecta a los ilícitos de menor gravedad.

---

<sup>54</sup> Cfr., al respecto, las consideraciones de HULSMAN, (1983), “Abolire il sistema penale?”, en *Dei delitti e delle pene*, p. 86.

Ciertamente, parece evidente que el creciente éxito encontrado por los modelos de justicia inspirados en la reparación y en la mediación dentro del ámbito criminal se debe no sólo a los argumentos “ideales” invocados por los defensores de la abolición del sistema penal (inhumanidad e irracionalidad de la cárcel,<sup>55</sup> burocratización y fracturación de los procedimientos y de los aparatos, despersonalización de la relación entre el imputado y los órganos de la justicia penal, desigualdad del sistema represivo operante, dada la cifra negra, sólo respecto a una pequeña parte de autores); también existen razones de orden estrictamente “práctico” (exigencia de llegar a una resolución legal también en caso de conflictos de modesta y media gravedad, agilidad y rapidez de los modelos de justicia orientados por una solución negociada y transactiva del conflicto). Pero ello no impide que la cesación (o al menos la atenuación) de toda hostilidad preconcebida respecto a la mediación o a la reparación en sede penal pueda ser considerada *in primis* el fruto de una revolución copernicana de carácter *lato sensu* abolicionista. Es suficiente leer el Preámbulo de la Recomendación (99) 19 relativa a la *Médiation en matière pénale* adoptada el 15 de septiembre de 1999 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en el cual se ponen de relieve en concreto: la necesidad de permitir, en el ámbito penal, una participación activa del reo, de la víctima y de la colectividad; el interés de la víctima a recibir excusas públicas y a recibir un resarcimiento; la oportunidad de reforzar el sentido de responsabilidad del reo, ofreciéndole la ocasión concreta de enmendarse de cara a su resocialización.<sup>56</sup> De hecho, parece evidente que en este texto se acogen y penetran en *el interior del sistema penal* las perspectivas consideradas por los abolicionistas, *alternativas a la justicia penal*.<sup>57</sup>

Con toda probabilidad, precisamente en la convergencia de las instancias ideales características del abolicionismo con las exigencias de racionalización y simplificación del sistema de justicia penal encuentran su justificación los mecanismos de mediación y reparación en algunos sistemas penales europeos, como por ejemplo el alemán, el austriaco, el

---

<sup>55</sup> Cfr., en particular HULSMAN, BERNAT DE CÉLIS, (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, *passim*; HULSMAN, “Abolire il sistema penale?”, *cit.*, p. 73 y ss.; MATHIESEN, (2002), “Verso il XXI secolo. Abolizione: un sogno impossibile?”, en *Diritto penale minimo*, p. 336 y ss.

<sup>56</sup> Desde un punto de vista análogo cfr., los Principios base sobre la justicia reparadora en el ámbito penal aprobados por las Naciones Unidas en el 2002. Cfr., doc. E/CN.15/2002/L.2/Rev.1 de 18 abril 2002.

<sup>57</sup> Cfr., por ejemplo, HULSMAN, “Alternative alla giustizia criminale”, en *Diritto penale minimo*, *cit.*, p. 305 y ss.

francés, o el belga: éxito particularmente evidente en el ámbito de la normativa penal de menores, pero que ya se demuestra capaz de extenderse también al ámbito del derecho penal de los adultos.

En Italia, se ha prestado una cierta atención a las posibilidades ofrecidas por la mediación y por la justicia reparadora en el derecho penal de los menores. De hecho el d.P.R. 448/1988, a pesar de no introducir de manera expresa el instituto de la mediación, en plena coherencia con el primado reeducativo en el ámbito de los menores, prevé la aplicación de medidas reparadoras, en particular en el ámbito de la “puesta a prueba” introducida por el artículo 28 de tal texto normativo. De hecho, sobre la base de los principios generales reconocidos por el citado decreto, han surgido en varias ciudades oficinas de mediación para menores, dirigidas a valorar la personalización de la respuesta al ilícito y el objetivo reeducativo de esta última.

Y sin embargo, también en el ámbito del derecho penal de los adultos no faltan disposiciones que se presentan como síntomas de una perspectiva reparadora: piénsese sobretodo, de manera limitada a la fase de ejecución penal, en la norma en materia de entrega al servicio social, en base a la cual la persona debe intervenir, en la medida de lo posible, en favor de la víctima del delito.<sup>58</sup> Además, según las normas en materia de observación de la personalidad del detenido, se estimula “una reflexión (...) sobre las posibles acciones de reparación de las consecuencias del delito, incluido el resarcimiento debido a la persona ofendida”.<sup>59</sup>

Es precisamente dentro del cuadro de reforma dirigido a atribuir al juez de paz una específica competencia penal<sup>60</sup> donde de manera más evidente algunos modelos y esquemas de matriz abolicionista se acogen en el ámbito penal. En efecto, aunque si, con referencia al reducido número de delitos de modesta gravedad que se encuentran bajo la competencia de este juez lego, por un lado, se prevén sanciones no privativas de libertad, no estigmatizantes y dotadas en su conjunto de un nivel de severidad bastante bajo<sup>61</sup> (sanciones, por tanto, que no se encuentran en la línea del tradicional aspecto severo del derecho, sino que son la expresión de un “derecho penal dulce” plenamente consciente del modesto desvalor de los correspondientes ilícitos). Por otro lado, sobretodo, se establece que “en el curso del procedimiento, el juez de paz debe favorecer, en la medida de lo posible, la

---

<sup>58</sup> Cfr., art. 47 .7 del “Ordinamento penitenziario” (L. 26 luglio 1975 n° 354).

<sup>59</sup> Cfr., art. 27 .1 D.P.R. 30 junio 2000, n° 230.

<sup>60</sup> D. lgs. 28 agosto 2000, n° 274.

<sup>61</sup> Tales sanciones son: la pena pecuniaria, el arresto domiciliario y trabajos en favor de la comunidad.

reconciliación entre las partes”.<sup>62</sup> Con este fin, el juez puede servirse también “ de la actividad de mediación de centros y estructuras públicas o privadas presentes en el territorio”,<sup>63</sup> éste, además, puede declarar la “exclusión de proceder en los casos de falta de claridad de los hechos”<sup>64</sup> y la “extinción del delito tras conductas reparadoras”<sup>65</sup> idóneas a satisfacer las exigencias de reproche del delito y las exigencias de prevención. La idea que se persigue en el fondo atribuyendo al juez de paz una jurisdicción en el ámbito penal es precisamente la de superar el conflicto, de cara a una valoración de las expectativas de la víctima, del papel de la colectividad y de la resocialización del reo.

Ciertamente, como ya se había señalado, se debe reconocer que en materia de mediación y reparación la tendencia penal actualmente acogida por Italia se separa significativamente de la tradicional tendencia abolicionista. Sin embargo, las diferencias se aprecian sobretudo en el plano cuantitativo (es decir, en relación con el número y el tipo de los delitos respecto a los cuales se admite la conciliación) mientras tendencialmente se revela análoga la atención sobre las profundas necesidades de los ciudadanos implicados y la exigencia del primado de la dimensión humana “dialogadora” de la experiencia jurídica respecto a la más tradicional dimensión formal-institucional de esta última. En este sentido, el auspicio de una gran parte de la doctrina respecto a una futura ampliación de la esfera de competencia penal del juez de paz coincide con la invitación abolicionista a superar la lógica del castigo, de cara al refuerzo de interacción entre la víctima y el reo y de una posible reconciliación.

## 8. Consideraciones finales

La sintética panorámica que hasta el momento se ha efectuado en relación con la evolución de opciones normativas dirigidas a la prevención de los comportamientos ilícitos parece sostener las ambigüedades y las irracionalidades de la reciente política criminal italiana.

En efecto, si bien puede resultar comprensible (pero no plenamente justificable) que la lucha contra las grandes emergencias criminales se lleve a cabo aumentando el índice de represión y limitando las garantías, parecen ser absolutamente desproporcionadas las respuestas respectivamente dadas,

---

<sup>62</sup> Cfr., art. 2 .2 d. lgs. 28 agosto 2000, n° 274.

<sup>63</sup> Cfr., art. 29 . 4 d. lgs. 28 agosto 2000, n° 274.

<sup>64</sup> Art. 34 d. lgs. 28 agosto 2000, n° 274.

<sup>65</sup> Art. 35 d. lgs. 28 agosto 2000, n° 274.

en el ámbito legislativo, a la delincuencia de cuello blanco y a las situaciones de delincuencia “callejera”. Paralelamente, la creciente congestión de las cárceles, con el consiguiente deterioro de las condiciones de vida de los detenidos, si bien de un lado explica la evidente tendencia a favorecer soluciones punitivas alternativas a la pena privativa de libertad, también demuestra por otro lado los modestos resultados conseguidos hasta el momento.

Y sin embargo, mientras la lógica de la intransigencia y del castigo persiste y en ciertos aspectos se refuerza mediante el recurso “ejemplar” a la sanción penal, crece la voluntad de crear un sistema de derecho penal mínimo a través de la abrogación de los tipos penales superfluos, de la despenalización de los ilícitos menores y de la adopción de técnicas de legislación sintética. Y crece además la voluntad de insertar en el sistema penal, concretamente a través de la institución del juez de paz, mecanismos e instrumentos “más constructivos y menos represivos”.<sup>66</sup> Consciente o inconscientemente, por tanto, las ideas abolicionistas tienden a afirmarse *in terra hostile*, si no eliminando, al menos modificando el derecho penal: aunque en realidad es legítimo sostener que su afirmación definitiva implica el advenimiento de tiempos mejores, en los que la honestidad de quien profesa tales ideas consiga influir en las costumbres de todos nosotros.

#### SUMMARY

*The Author draws a brief critical outline of recent legislative changes in Italian criminal policies.*

*He holds that, though it may be understandable if not altogether justifiable, the fight against major criminal emergencies be carried out by adopting more repressive measures and curbing people's guarantees, the legislative solutions provided to deal with white-collar crime and street crimes seem to be altogether out of proportion.*

*What's more, growing congestion in prisons while to some extent explaining why there is a growing tendency to seek alternative solutions, on the other shows all too clearly that the results obtained so far have been anything but encouraging.*

---

<sup>66</sup> MAZZUCATO, (2002), “Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale”, en *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, a cargo de Picotti e Spangher, Milan, p. 131.

*Finally, while there still is a widespread belief in the need for strictness and exemplary forms of punishment, there is a growing desire to create a minimum penal system, a more constructive and less repressive one.*

## RÉSUMÉ

L'auteur exprime un point de vue critique concernant la récente évolution législative de la politique pénale italienne.

Il estime notamment que – pour compréhensible encore que non complètement justifiable qu'il soit la lutte contre les grandes émergences criminelles se fasse en élargissant le niveau de répression et en limitant les garanties – les réponses législatives données à la criminalité des cols blancs et à la criminalité de la rue semblent absolument hors de proportion.

Parallèlement, la congestion croissante des prisons explique d'une part la tendance manifeste de favoriser des solutions alternatives, mais, de l'autre, elle met en évidence les résultats modestes obtenus à ce jour.

De surcroît, tandis que nous constatons la persistance de la logique de l'intransigeance et d'un châtement exemplaire, nous voyons croître, malgré toutes sortes de difficultés, la volonté de créer un système de droit pénal minimum, plus constructif et moins répressif.



## **Louk Hulsman, el Abolicionismo,<sup>1</sup> el tránsito a una nueva sociedad, y una anécdota**

por

PEDRO R. DAVID

Juez, Cámara Nacional de Casación Penal, Buenos Aires, Argentina  
vicepresidente de la SIDS

1. En un artículo de Jacqueline Bernat de Célis publicado en un volumen que organicé hace varios años ya, en homenaje al maestro López Rey<sup>2</sup> se decía de la posición abolicionista del ilustre maestro que honramos hoy: “Elle est contre ce système. Mais elle est surtout pour une certaine société, (sans système pénal), qu’elle voit déjà à l’oeuvre. Elle exprime d’abord une vision positive, réaliste, des problèmes humains nés de la vie en société, et des solutions á réinventer à partir de ce qui est naturellement vécu dans les réseaux interrelationels existants”.

La pregunta que quiero formular hoy es si se advierten, en el presente, signos más o menos ciertos de la entrada en escena, luego de ajustes y cambios inevitables, que se requerirían, de la puesta en marcha de una estructura sociojurídica donde la reducción o pérdida de fuerza del actual sistema judicial penal actual tendrá lugar.

---

<sup>1</sup> *Abolir: Derogar, dejar sin fuerza ni vigor en adelante un precepto o costumbre*, “Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, 19a Edición, Espasa Calpe, p. 6, Madrid, España (1970).

<sup>2</sup> BERNAT DE CELIS JACQUELINE, “Abolitionnisme du système pénal et politique criminelle en faveur des victimes”, p. 124, en el volumen *Crime and Criminal Policy*, UNSDRI, compilado por DAVID PEDRO R., (1985), Rome, Edit. Franco Angeli.



2. He analizado ya el tema en numerosas obras mías, la más reciente “Globalización, Prevención del Delito y Justicia Penal”, traducida al italiano por Giuffrè Editores, Milano, Italia.<sup>3</sup>

Recientemente el Profesor Michele Pallottini, de la Universidad de Parma, ha realizado una crítica hermenéutica a mis ideas al respecto.<sup>4</sup>

Pallottini dice:

Pero el maestro argentino, aún mirando nubes y claros del panorama presente, nos ha advertido con tiempo que vamos a entrar en época nueva del Zóon Politikón, de la jurisprudencia abstracta y de la criminología habitudinaria. No se le esconde, ni mucho menos, que el delito, especialmente el delito transnacional, ejecutado por organizaciones delictivas de alcance global, de enorme poderío económico y técnico, generador de corrupción y destrucción de formas legítimas de convivencia, constituye la amenaza más grave a la paz mundial en el presente, sin excluir, desde luego, los flagelos de la marginalidad inequitativa en los que casi tres cuartas partes de la humanidad está inserta (p.20).

Varias veces oí decir al autor, en Buenos Aires y en otros lugares, que la noche más espesa es la que antecede al alba. Por algún motivo David nos epiloga en su logro aquella plática que tuvo con Sorokin, el gran sociólogo de Harvard. Ambos ya barruntaban, hace décadas, que nuestra historia tardo-moderna va camino de una metacultura, menos ligada a la estricta funcionalidad lógica del sistema capitalista, aunque permanecieran en adelante residuos del orden bajo el que seguimos viviendo todavía. El plausible esquema de Sorokin – previene David – “implica que comenzará dentro de pocos años y luego de un agotamiento de las tendencias vigentes una política social, judicial y penitenciaria más humanista y dignificante del hombre, del otro como tú, y como uno mismo” (p. 462).

Vaticinando formas concretas de cambio, él sostiene – no sabemos bien si a raíz de un deber ser civilizado, o si por efecto fisiológico en la patología del entorno fractal que se reducirá, poco a poco, la prisión preventiva; que deberían difundirse instrumentos más razonables de justicia administrativa – que habrá cada vez mayor sensibilidad en la opinión pública, mayor prudencia de los legisladores, mayor control de judicialidad sobre sanciones de encarcelamiento, más largo empleo de conciliación y arbitrajes

---

<sup>3</sup> *Globalización, Prevención del Delito y Justicia Penal*, (1999), Zavalía, Buenos Aires, p. 804 y ss., El volumen fue traducido al italiano como *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*, Giuffrè, en la colección “Giustizia penale e problemi internazionali”, dirigida por el Profesor PISANI MARIO, (2001), Milan.

<sup>4</sup> PALLOTTINI MICHELE, (abril-junio 2003), *Delito y Globalización Hermenéutica* en Pedro R. David, publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales – INACIPE – en la Revista de Ciencias Penales Iter Criminis, Núm. 6, Segunda Época, pp. 135-137.

extrajudiciales, además de instancias que, por suerte, relacionan la vieja praxis iuspolítica con ética efectiva de valores a través de la educación comunitaria, en sinergia con la necesidad de ir adecuando el instituto penal a las nuevas modalidades del delito globalizado (pp. 462-463). Ahí encuentra usted el talante esperanzador que David anima. Puede llamarla actitud de un hombre optimista, o como quiera que se denomine ese rasgo del alma ante el mañana.

Lo que ocurre es que el nuevo ciclo remodelador *ab imis* de la cultura moderna, conforme a la idea de Sorokin, aceptada por David, asignará cometidos, rangos y roles de sodalicios semiocultos, de áreas geográficas y países, bajo una *leadership* mundial incuestionable. Predecir exactamente el arribo de la transformación en marcha no es compromiso de este diálogo. Sin embargo, cada cual entiende que la pirámide jerárquica del cambio conlleva arquitectura interna, a fin de legitimar prerrogativas de la cúspide, restaurando paradigmas éticos bajo axiomas morales, productores y productos del ámbito jurídico. En suma, una macrorreforma (o contrarreforma) que se atiene ante todo a la idea de principio; esto es: al concepto firme de la autoridad, por cuanto norma subyacente a las instituciones rectoras del orden planetario. Si no le molesta, amigo, advertencia explícita, abra los ojos y no tarde a enterarse de lo que nos rodea. “El péndulo – escribe David – se desplazará otra vez hacia lo político-teológico, como fuente de los delitos del siglo que se anuncia.”

Hasta hace meses era el atisbo casi un oráculo remoto. Polígrafos de prensa, *leftist thought* (pensamiento débil), trillaban ilusiones que aún conservan tono de verdades. Y con ellas nos hemos forrado el cerebro. Porque al ver la idiosincrasia efímera de la globalización y el parpadeo de los valores fuertes alrededor, apenas nadie pudo razonablemente conjeturar que el entorno norteamericano, con el europeo de al lado, pronto reaccionaría contra la amenaza fundamentalista del Islam; pasando por alto circunstancias hartamente complejas que moldean los terrorismos heterogéneos en la actualidad.”

De esta cita, pueden colegirse de inmediato algunas coincidencias básicas y diferencias de contexto y sustantivas al respecto de la postura del maestro Louk Hulsman.

En primer lugar, mi análisis se orienta, siguiendo algunos postulados de Sorokin, en avisorar la evolución jurídico social en el contexto de una matriz socio-cultural dialécticamente orientada y al respecto de las que Sorokin realizó decisivas aportaciones<sup>5</sup> en ciclos epocales.

Dice Sorokin: “Pueden distinguirse muchos sistemas lógicos de integración cultural, cada uno de ellos con su propia y particular serie de

---

<sup>5</sup> PITIRIM SOROKIN, (1962), *Dinámica Social y Cultural*, Cap. II, Vol. n I, pp. 3-77, *Fondo de Cultura Económica*, México.

premisas mayores y cerrado en sí mismo. Pero no todos los sistemas imaginables tuvieron existencia real acreditada históricamente, y aun de estos, sólo unos cuantos típicos nos servirán como instrumentos útiles para ordenar el caos de los mundos culturales.

Podemos comenzar por distinguir dos tipos profundamente diferenciados de cultura integrada. Cada uno con su propia mentalidad, su propio sistema de verdad y conocimiento, su propia filosofía y *Weltanschauung*, su propio tipo de religión y sus modelos de santidad; su particular sistema de lo justo y de lo injusto, sus características formas de arte y literatura; sus propias costumbres, leyes y código de conducta; sus propias formas predominantes de relaciones sociales; su característica organización económica y política, y, finalmente, su tipo propio de personalidad humana, con una mentalidad y conducta peculiares. Los valores incluídos en cada uno de estos sistemas culturales son netamente distintos de los de otros; pero dentro de cada cultura, los valores forman conjunto ligándose unos a otros lógicamente, y muchas veces en una relación funcional.

Estos dos sistemas pueden ser denominados, uno, cultura ideativa; el otro, sensual. Y como estas denominaciones caracterizan las culturas como conjunto, indican también por tanto la naturaleza de las diversas partes componentes.

Probablemente ni el tipo ideativo ni el sensual han existido nunca en su pura forma, pues en la realidad todas las culturas integradas aparecen formadas por combinaciones muy variadas de estos dos tipos puros lógico-significativos. Pueden decirse que en unas culturas predomina el primer tipo, en otras, el segundo, y aún en otras ambos se mezclan en las mismas proporciones y sobre la misma base. De acuerdo con esto, algunas culturas han estado más próximas al tipo ideativo, otras al tipo sensual, y algunas contienen una equilibrada síntesis de ambos tipos puros. A este último lo llamo yo el tipo idealista de cultura (que no ha de ser confundido en modo alguno con el ideativo)."

3. En este contexto, el derecho es, siguiendo los lineamientos que expresara Jerome Hall, mi maestro norteamericano, y coincidiendo en esto en lo básico con aportes de L. Recasens Siches, de Miguel Reale, de Werner Goldschmidt, de M. Herrera Figueroa y muchos otros, "conducta que expresa normas, realiza valores y que en caso de desviación, es y debe ser penada con sanción".<sup>6</sup> Explicitemos: Hall define así el derecho como: "La conducta que expresa normas – realizando valores –, la que – en caso

---

<sup>6</sup> DAVID PEDRO R., (2003), *Sociología Criminal Juvenil*, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, Depalma, pp. 44-45.

de desviación o delito – es y debe ser penada con sanción.” Las consecuencias de esta definición son de por sí aparentes. En primer término, la definición habla de la conducta que expresa normas. Max Weber habla de la conducta se hallara de un lado y la norma del otro, y de algún modo la conducta se ajustará a la norma o la violará. La conducta no se conforma a la norma, dice Hall. La conducta, para el sociólogo jurídico, expresa y manifiesta la norma, dice Hall. La conducta, para el sociólogo jurídico, expresa y manifiesta la norma, es en la conducta donde la norma se advierte de hecho. En segundo lugar, esta definición habla tanto de la conducta que “realiza valores y expresa normas” como de aquella que se desvía o delinque. Es decir que esta definición del derecho como conducta cubre dos grandes procesos societarios. De un lado, los procesos de “conformidad” o acatamiento a la norma, y, de otro, los procesos de violación. Y aquí radica un gran alejamiento de la definición del derecho que dan los positivistas jurídicos. Porque para los positivistas lo central no es la conformidad, sino los procesos de desviación, y ello porque, tal como se ha dicho, están solamente interesados en la perspectiva práctica de averiguar por qué y cuándo la sanción se aplica. De allí que para los positivistas, norma, delito y sanción sean, lo más, los términos que necesita una definición integral del fenómeno jurídico. Pero para el sociólogo jurídico, los procesos de conformidad son ineludibles, si ha de describir integralmente el fenómeno. Primero, porque no hay sociedad integrada donde no predominen los modos de conformidad sobre los modos de violación, o las conductas de conformidad sobre las conductas de violación. Además porque, lógicamente, la violación de la norma remite a la conformidad y el daño al valor.

Si una persona, pues, cumple un contrato, para el sociólogo jurídico su conducta es expresión de normas, de hechos que realiza para cumplirlos y de valores que se estructuran. Esta fusión de hecho, valor y norma en la conducta es otro propósito de la definición.

Esta definición, por otra parte, evita la crítica formulada al realismo jurídico norteamericano y escandinavo de que han olvidado la normatividad del derecho. Evita también las presuntas antinomias de ser y deber ser, puesto que si es verdad que en el plano lógico no se pueden derivar conclusiones de deber ser desde premisas de ser, o a la inversa, ello no sucede en el plano de la conducta. En el ejemplo de la persona que cumple el contrato, la acción concreta – esto es, el ser – y la referencia normativa ética están siempre presentes, se fusionan, coalescen en la conducta humana. Y esta referencia al valor pone la perspectiva del derecho natural en la escena.

Adviértase luego que la definición incluye la sanción como uno de sus elementos esenciales. Y es evidente así que sólo esta conducta, que incluye la sanción, es objeto del derecho. El que haya conductas que sean de un modo u otro relevantes a la problemática jurídica, aunque no tengan el elemento sanción, es otro problema. Aquí se define el objeto, y para ello es menester efectuar una delimitación estricta.”

4. En este análisis, tanto en las ideas del Profesor Hulsman, como en las mías hay una fluida interpretación del sistema jurídico formal o estatal y las estructuras socio-culturales de la vida real, del derecho viviente. Así Bernat de Célis afirma en el artículo citado: “*Tout ce qui est aujourd’hui criminalisé pourrait, demain, être décriminalisé.*”

Con respecto a la interrelación entre Derecho Civil y Penal, Durkheim, desde su análisis pionero sobre el tema apunta que:<sup>7</sup> En su clasificación de las reglas jurídicas, Durkheim no hace mención de costumbres, actitudes sociales o convenciones. Todas éstas son formas de control social a través de sanciones sociales, que son administradas de una manera difusa por cualquier miembro de la sociedad. Sus leyes represivas y restitutivas son administradas a través de sanciones organizadas. Son estas formas de control social las que él cree que pueden tener control jurídico y, por lo tanto, solamente éstas pueden denominarse reglas jurídicas.

Sabiendo ahora cómo Durkheim clasificó las reglas jurídicas, podemos mirarlas en relación a sus dos tipos de organización social: solidaridad mecánica y solidaridad orgánica.

Con respecto al derecho penal, afirma que corresponde al nexo de solidaridad social, cuya ruptura constituye un crimen. Todos sabemos que hay muchas clases de delitos; pero, como Durkheim hizo notar, debe de haber algún elemento en común que corre a través de todos ellos. Dijo en tal sentido: “La prueba de esto es que la reacción que los crímenes producen en la sociedad, con respecto al castigo es, salvando algunas diferencias de grado, siempre la misma.” Esta característica o elemento constante no puede encontrarse en las propiedades intrínsecas de los actos prohibidos por el derecho penal. Debe encontrarse en alguna condición externa al crimen o a la ley represiva.

Tampoco podemos mirar a todas las sociedades para encontrar esos actos que son calificados de criminales en ellas, porque el número de tales actos sería demasiado pequeño para estudiarlo. Las reglas penales anuncian las condiciones fundamentales de la vida colectiva para cada tipo

---

<sup>7</sup> DAVID PEDRO R., (1980), *Sociología Jurídica, Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual*, Capítulo VIII, Buenos Aires, Editorial Astrea, pp. 125-127.

societario. Su autoridad, por lo tanto, deriva de su necesidad. Más aún: a medida que estas necesidades varían con las sociedades, la variabilidad del derecho represivo quedaría así explicada.

Cada ley escrita tiene un doble objetivo: 1) describir una cierta obligación, y 2) definir las sanciones que van unidas a ella. En el derecho civil, y más generalmente en toda especie de derecho con sanciones restitutivas, el legislador toma y resuelve separadamente los dos objetivos. Primero determina la obligación, y sólo después especifica la manera en que habrá que sancionarla. El derecho penal o represivo, por el contrario, solamente especifica sanciones, sin mencionar las obligaciones que ellas implican. No comienza diciendo: “Está la obligación a la sociedad y al ser humano”, sino “Aquí está el castigo”. Sin duda, si se castiga la acción, es porque va en contra de una ley obligatoria de la sociedad, pero que no está expresada.

Durkheim da la razón para esta omisión en el derecho penal diciendo que responde a la regla o reglas que son conocidas y aceptadas por todos en la sociedad. Cuando una costumbre es codificada, lo es porque han aparecido litigios y nadie está seguro del tipo o la intensidad del castigo requerido. Si la costumbre funciona silenciosamente, no hay razón para escribirla. Si hay reglas cuya violación es castigable y no necesitan expresión jurídica, es porque no son objeto de discusión, porque todos en la sociedad sienten su autoridad.

En esta búsqueda de la característica común a todos los delitos, Durkheim encontró que cualquier acto que sacude la conciencia colectiva de una sociedad es considerado crimen por ella. El sentimiento así afectado debe ser mantenido fuertemente por todos y debe ser claramente definido dentro de la sociedad. Un acto es un delito porque la sociedad lo sanciona; ningún acto es sancionado por ser delito. Esto significa que la sociedad define ciertos actos como criminales en su naturaleza, y no hay actos criminales antes de haber sacudido la conciencia colectiva.

También Durkheim sostuvo que:<sup>8</sup> para Parsons la idea central de Durkheim fue que la estructura de una sociedad, o de cualquier sistema social, consiste en pautas de cultura normada, que están institucionalizadas en el sistema social e internalizadas en la personalidad de sus miembros individuales.

---

<sup>8</sup> DAVID PEDRO R., *Sociología Jurídica, ob. citada*, Cap. V; DURKHEIM, *Modernización y Anomia*, pp. 114-130; DURKHEIM, *The Division of Labor in Society*, p. 70. ALPORT HARRY, (1939), *Emile Durkheim and His Sociology*, p.193, New York, Columbia University Press.

Es correcto, dice Parsons, sostener que los valores en común constituyen el punto de referencia primaria para el análisis de un sistema social como estructura empírica.

Este sistema valorativo es común a la sociedad en general; pero si uno quiere analizar subsistemas menores, tiene que arribar a normas diferenciadoras, que expresan esos mismos valores en los diferentes subsistemas. Por ejemplo, dice Parsons, el sistema de valores que una sociedad aplica a los sexos son comunes, pero el modo en que esos valores se expresan al nivel de cada sexo está impuesto en forma diferencial para cada uno de ellos. Las normas conductuales son por tanto función de la diferenciación de conductas sociales significativas que se han institucionalizado en diferentes partes del sistema. Estas normas incluyen así procedimientos y juicios valorativos, pero además tres especificaciones adicionales: a) la especificación de las categorías a las que la norma se aplica; esto es, el problema de la jurisdicción; b) el problema de las consecuencias para los que no se ajusten a las especificaciones de la norma, problema de la sanción, y c) el problema de la interpretación, esto es, la delimitación del contenido significativo de la norma.

De esa extensa cita, que comparto otra vez, resulta que la posibilidad de reemplazo de normas penales por civiles, en cuanto a los delitos que más ofenden a la vida colectiva, está enmarcado en lo que Durkheim llama la “conciencia colectiva”, y que hoy denominaríamos como el sistema de valores y creencias presentes a nivel personalitario, grupal, actitudinal, que marcan fuertemente el tipo y carácter de la sanción.

No hay una característica ontológica propia del delito, sino la intensidad de la reacción social y la sanción condigna.

Recordemos que la noción de sanción es abarcadora, en nuestra perspectiva, tanto de la sanción que un grupo mafioso impone a un traidor al grupo, como de la sanción penal atribuida por el Estado, así también Hall expresa:<sup>9</sup>

“The study of sanctions has also been retarded by the fact that they are often treated as isolated phenomena. For example, in the literature of penology, a punishment is defined as nothing more than the infliction of suffering. But sanctions are intelligible only when they are related to the prior harms, and these, in turn, must be related to the conduct which caused them. Not until all of these variables are cogently interrelated can the significance of any one of them be understood.

---

<sup>9</sup> HALL JEROME, (1962), capítulo “Legal Sanctions”, publicado en *Estudios de Sociología*, Editorial Omeba, Vol. 2, Buenos Aires, pp. 12-13 y pp. 5-17.

Viewed in the context of the indicated interrelationships, conduct, harm, and sanction have ethical connotations. The relevant ethic depends largely upon the nature of the causal connection between the conduct and the harm. Thus, in the “rally” criminal law, the cause is a human actor. It is, more specifically, the voluntary, i.e., intentional or reckless, infliction of harm on human beings. This is the traditional sphere of responsibility and blame, the moral connotations of punishment. Both intrinsic and instrumental values are relied upon to justify the deprivations imposed by authorized persons acting for the community.

At the opposite extreme are types of damage caused by behavior which may be negligent, but not by the voluntary commission of harm. The relevant policy concerns the just distribution of economic losses.

In fact, however, none of the criteria selected to support the view that the State’s sanctions are substantively unique can be validated, and the reasons for this may be briefly indicated. The origin of law in the command of the sovereign is either a formal criteria or, if it is viewed descriptively with reference to the maximum power center in a society, it is not distinctive. The leaders of criminal gangs, labor unions, and churches are also power centers. The rules of criminal gangs are often enforced by a designated specialized personnel, after a formal hearing, e.g., by the council of the Mafia, and they include very definite predetermined measures of physical force which are sometimes imposed upon persons who are not members of the gang.

It must be concluded that none of the above criteria distinguishes the sanctions of the State from all other sanctions. While the exigencies of current research may suggest the use of a combination of the above criteria, it seems clear that they indicate only differences in degree, not in kind. For example, the modern court is a highly developed institution, but there are councils and chieftains among primitive peoples; and the same holds for the specialization of officials who enforce sanctions. The conclusion that the laws of the State are not substantively distinguishable from those of a subgroup has the advantage of requiring the admission of a wide range of data within the field of sanctions-research. It also extends the problem of the ethics of sanctions to worldwide proportions.”

En eso coincidiría el maestro Hulsman, como sostiene Bernat de Célis en el artículo citado, cuando dice: “*Il n’existe pas de notion ontologique de crime (ou de délit).*”

5. Esperamos ahondar más en estos temas en el futuro, pero hoy queremos finalizar este breve trabajo con una anécdota que titularemos: *Epilogo: La victimización del maestro en Tucumán (Argentina), y de cómo tomó distancia de sus captores.*

Hace pocos meses, durante la reunión convocada por la Sociedad Internacional de Defensa Social y por ISPAC, en Courmayeur, Italia, tuve el gran placer de compartir la cena con el amigo y maestro. Sabía que había



sido asaltado por un taxista, en Tucumán, Argentina, en una de sus giras anuales al país nuestro y más aun en la provincia en que yo nací.

Estaba por ello, doblemente interesado en conocer los pormenores del hecho y en como Louk había podido eludir tanto al taxista y a un cómplice que le despojaron, luego de tomar el taxi en el aeropuerto de Tucumán para dirigirse a la ciudad distante unos 20 kms. del aeropuerto, de sus documentos y posesiones. Louk me respondió: “Pude liberarme de ellos debido a mi capacidad y velocidad de correr ágilmente. Lo mismo pasó cuando arrestado por la policía de mi país, bajo el régimen nazi que había invadido mi país, pude saltar del tren que nos llevaba a Alemania con mi familia, y corrí luego velozmente por el campo para escapar de muerte cierta. Así pude salvarme y luego pelear en la resistencia.”

Lo que Louk no me dijo, debido a su modestia, es que fue su valor, coraje y su fe en los valores más profundos, en ambas ocasiones, lo que hizo posible, como ocurrió con sus ideas abolicionistas, luego, sus enormes aportaciones para humanizar el derecho penal de nuestro tiempo.

## SUMMARY

*In an article by Jacqueline Bernat de Célis published in a book I edited several years ago as a homage to Manuel López Rey, the abolitionist stand of Hulsman, the distinguished thinker we are now paying homage to, was described in the following terms: “It is against this system, but it is above all for a given kind of society (not having a penal system), which it views as already at work. It expresses above all a positive, pragmatic vision of human problems born to life in society and of the possible new solutions one may come up with moving from what is our daily experience as shaped by existing interpersonal resources.”*

*The question I wish to put now is whether there are at present any unmistakable signs of the gradual shaping – obviously implying any inevitable adjustments and changes – of a social and juridical structure which will bring about a restriction or disappearance of the present judicial and penal system.*

*With respect to Hulsman’s stand, my analysis aims first of all, in line with some of Sorokin’s postulates, at viewing the social and juridical evolution in the context of a dialectically-orientated social and cultural approach and refers to the several important contributions given by Sorokin.*

*The possibility of replacing penal laws with civil ones, when dealing with the offences that most seriously affect collective life, is rooted in what Durkheim called “collective conscience” and what we now would define as the system of values and beliefs present on both a personal, collective and behavioural level which strongly characterize the kind and the nature of sanctions.*

*There is no ontological feature typical of a crime if not the intensity of the social reaction and the kind of sanction meted.*

## RÉSUMÉ

Dans un article de Jacqueline Bernat de Célis paru dans un volume il y a plusieurs années, dont j’ai établi la publication en hommage à Manuel López Rey, on définissait la position abolitionniste de l’éminent juriste que nous honorons aujourd’hui: “*Elle est contre ce système mais elle est surtout pour une certaine société (sans système pénal) qu’elle voit déjà à l’œuvre. Elle exprime d’abord une vision positive, réaliste, des problèmes humains nés de la vie en société et des solutions à réinventer à partir de ce qui est naturellement vécu dans les réseaux interrelationnels existants.*” La question que je veux formuler aujourd’hui est de savoir si l’on note à l’heure actuelle des signes plus ou moins évidents de l’entrée en scène – sauf ajustements et changements inévitables, qui s’avéreraient nécessaires – de la mise en place d’une structure socio-juridique dans laquelle une réduction ou une perte de force du système judiciaire pénal actuel aura lieu.

En ce qui concerne la position de Louk Hulsman, mon analyse s’oriente d’abord, suivant certains postulats de Sorokin, à examiner l’évolution juridico-sociale dans le contexte d’une matrice socio-culturelle dialectiquement orientée et se réfère aux apports déterminants fournis par Sorokin à maintes reprises.

La possibilité de remplacer la loi pénale par la loi civile, pour ce qui est des crimes qui portent le plus gravement atteinte à la vie collective, s’encadre dans ce que Durkheim appelle “la conscience collective” et que nous appellerions aujourd’hui système de valeurs et de croyances présentes au niveau de l’individu, du groupe et des comportements qui marquent fortement le type et le caractère de la sanction.

Il n’existe pas une caractéristique ontologique typique d’un crime, si ce n’est l’intensité de la réaction sociale et la sanction adéquate.



## De nuevo sobre el pensamiento abolicionista

por  
EDUARDO DEMETRIO CRESPO  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España

*“Antes bien, pudiera suceder al contrario, que la evolución del Derecho penal trascendiera del Derecho penal mismo y que la mejora del Derecho penal desembocara, no en un Derecho penal mejor, sino en un derecho de mejora (reforma) y prevención, que fuera mejor que el derecho penal, es decir, más humano e inteligente” (G. Radbruch).<sup>1</sup>*

### I. Consideraciones previas

La construcción de la Ciencia Penal, tal y como hoy la entendemos, se inicia con el pensamiento de la Ilustración,<sup>2</sup> significativamente con la famosa obra de Beccaria (1738-1794) *De los Delitos y de las Penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal,<sup>3</sup> que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde Von Liszt (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

---

<sup>1</sup> RADBRUCH, (1994), *Filosofía del Derecho*, 2ª ed, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 221.

<sup>2</sup> PRIETO SANCHÍS, (2003), *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México DF, *passim*.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 67 y ss.

Desde el punto de vista político-criminal, parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para éste último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea, que conecta con el pensamiento de los autores del Proyecto Alternativo alemán, de que la pena es una “amarga necesidad” en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres,<sup>4</sup> junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que se planteen, en un determinado momento, diversas propuestas que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal. Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, y más recientemente se centran en dos aspectos: la vía despenalizadora, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a la víctima en el conflicto penal.<sup>5</sup>

Sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal,<sup>6</sup> centrado hace no demasiado tiempo en este vector (*propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas*), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reduccionismo versus expansión*, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar “modernización del Derecho Penal”. Esta modernización, para la que algún autor aboga con gran determinación,<sup>7</sup> frente al por él tildado como “discurso de la resistencia”, que no duda en calificar como “ultraliberal y reaccionario”,<sup>8</sup> comprende, sin embargo, construcciones como el llamado “Derecho penal del enemigo”<sup>9</sup> – que pretende despojar de la categoría de

---

<sup>4</sup> BAUMANN, (e.a) (1969), *Alternativer Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 2ª ed, Tübingen, p. 29.

<sup>5</sup> DEMETRIO CRESPO, (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, pp. 51 y ss., 58 y ss.

<sup>6</sup> Es muy ilustrativa, desde una perspectiva global, la siguiente obra recientemente aparecida: BERGALLI, (2003) (coordinador y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, *passim*; y, en particular, por lo que aquí interesa, desde una perspectiva histórico-sociológica, cfr., RIVERA BEIRAS, “Historia y legitimación del castigo: ¿hacia dónde vamos?”, en BERGALLI (Coordinador y colaborador), *Sistema penal...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

<sup>7</sup> GRACIA MARTÍN, (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Presentación de Bernd Schünemann, Valencia, *passim*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 34, 157 (entre otras).

<sup>9</sup> JAKOBS, (1997), *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, pp. 294 y ss.

ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio<sup>10</sup> – frente al que cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más bien, como aquí se sugiere, una involución lamentable. El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales.<sup>11</sup>

En el año 1995 publiqué un artículo con el título “El pensamiento abolicionista”,<sup>12</sup> en el que seguía a aquellos autores que consideraban que éste representaba una de la opciones político-criminales básicas. Sin apartarme en lo fundamental de los contenidos básicos de aquel trabajo, trataré de exponer el tema vinculándolo al escenario actual, presidido por un clima punitivo verdaderamente excepcional, en el que las ideas de los autores de esta corriente de pensamiento, entre los que se cuenta el homenajado Profesor Hulsman, adquieren, si se quiere, un sentido todavía más desgarrador. No es posible desconocer, en cualquier caso, el giro que se ha producido en el debate, hasta el punto de perder de vista el marco

---

<sup>10</sup> Sobre ello, Vid: CANCIO MELIÁ, (2003), “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español después de la LO 7/2000”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, n° 3, pp. 31 y ss.; también PORTILLA CONTRERAS, (2002), “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos” (inédito); el mismo, “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, en *Revista “Mientras tanto”*, n° 83, asimismo, haciendo referencia, en un lúcido trabajo sobre el estado actual de la Ciencia Penal en España, a la formulación de “fundamentos y metas del derecho penal abiertamente regresivos, como es el derecho penal “de enemigos” patrocinado por G. Jakobs y otros”, Vid: QUINTERO OLIVARES, “La deriva y crisis de las ideas penales y de la política criminal en España” (inédito); en el mismo sentido crítico, MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, Texto de la ponencia mantenida por su autor en el Coloquio Internacional Humboldt “La función mediadora del derecho como ciencia universal en una época de globalización y de lucha contra el terrorismo”, celebrado en Montevideo entre el 6 y el 8 de abril del año 2003 (inédito).

<sup>11</sup> CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo...”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>12</sup> DEMETRIO CRESPO, (1995), “El pensamiento abolicionista”, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, pp. 35-52.

político-criminal reciente, que había generado, con carácter general, una evolución positiva en la humanización del Derecho Penal.<sup>13</sup> Dicho marco ha sido aniquilado mediante su reducción a lo absurdo por la vía de un recrudecimiento punitivo creciente, al calor de la demagogia política y el espectáculo mediático (que se sirve del dolor de las víctimas para subir índices de audiencia). Según esta concepción, la preocupación por las garantías aparece como fruto de la “maldad”, la “despreocupación”, o, en el mejor de los casos, “la ingenuidad académica”, de quienes se mantienen en ese discurso.<sup>14</sup>

## II. Concepto y significado del abolicionismo. Fundamento filosófico

Probablemente el primer interrogante que surge al oír hablar de abolicionismo penal es precisamente qué es y qué se propone abolir.<sup>15</sup> En

---

<sup>13</sup> Sobre esta misma idea incide MUÑOZ CONDE señalando que, siendo el Derecho Penal el más autoritario de todas las ramas del Ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social, “el ‘Derecho penal de enemigos’ puede caracterizarse como un ‘Derecho penal más autoritario de lo normal’; un Derecho penal que se ha colado de rondón, ‘por la puerta falsa’ de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado” (Vid: MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho...”, *op. cit.*, p. 1).

<sup>14</sup> Con más detalle, Vid: DEMETRIO CRESPO, (2004), “Del Derecho Penal liberal al Derecho Penal del enemigo: en torno al debate sobre la legitimidad del Derecho Penal”, en *Libro Homenaje al Profesor Baratta*, Salamanca, (en prensa).

<sup>15</sup> Señala LARRAURI que bajo la formulación *abolición de las cárceles* pueden encontrarse diversas posiciones: la abolición de las cárceles en la forma en que estas existen actualmente, y la sustitución de las cárceles por otras alternativas punitivas. Sin embargo, ninguna de las dos opciones es defendida, en principio, por los abolicionistas. La primera es desdeñada como objetivo estratégico, bien que consideraciones éticas, o tácticas políticas, conduzcan a que finalmente se defiendan no sólo la abolición de la prisión sino también la mejora de las condiciones del sistema carcelario actual. La segunda opción, la sustitución de la cárcel por otros mecanismos disciplinarios, tampoco es el objetivo de los abolicionistas, ya que el uso de estos mecanismos punitivos no ha supuesto una disminución del uso de la cárcel y además implican un control mayor del Estado (cfr.: LARRAURI, (1987), “Abolicionismo del Derecho Penal: Las

este nivel conceptual es posible distinguir un *sentido restringido* del mismo, cuyo objeto sería únicamente la abolición de un aspecto concreto del sistema penal (por ejemplo, la abolición de la pena de muerte); y un *sentido amplio* cuyo propósito sería la abolición del sistema penal en su conjunto por considerarlo un problema social en si mismo.<sup>16</sup>

En este artículo nos ocuparemos del pensamiento abolicionista en sentido amplio,<sup>17</sup> del cual podemos decir con Stan Cohen, que “es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo”.<sup>18</sup> Creo, con Kaiser, que para el análisis conceptual es útil primero ser consciente de la historia del concepto de abolicionismo, ya que en esta conexión se reconoce también el nuevo abolicionismo.<sup>19</sup> Se pueden mencionar como precedentes del actual abolicionismo, en primer lugar, el movimiento para la *abolición de la esclavitud* en los Estados Unidos, que se inicia en el último tercio del siglo dieciocho, momento en el que con la introducción de la idea del individuo como sujeto de la historia es entendido como movimiento moral.<sup>20</sup> En

---

propuestas del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, pp. 95-115, pp. 98-104.

<sup>16</sup> DE FOLTER, (1989), “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal* (trad. del inglés por MARIANO ALBERTO CIAFARDINI y MIRTA LILIÁN BONDAZA), Buenos Aires, Ediar, p. 58.

<sup>17</sup> Podemos denominarlo igualmente *abolicionismo penal radical*, frente a otras posiciones diversas y limítrofes como el *abolicionismo institucional* (que circunscribe su núcleo de acción y crítica a la cárcel y otras instituciones penales segregatorias), o el denominado *reduccionismo penal* (que aboga por una drástica reducción de la esfera jurídico-penal). (PAVARINI, 1987), “El Sistema de Derecho Penal entre Abolicionismo y Reduccionismo”, en *Poder y Control*, pp. 141-157, pp. 141-2.

<sup>18</sup> COHEN, “Introducción”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, op. cit., p. 13.

<sup>19</sup> KAISER, (1987), “Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht? Was lässt der Abolitionismus übrig?”, *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 12.2.1987*, Berlín-New York, Gruyter, pp. 1027-1044, p. 1029.

<sup>20</sup> SCHEERER se refiere al movimiento abolicionista de la esclavitud, situándolo entre los años 1780-1890, como el mayor y más exitoso movimiento abolicionista de todos los tiempos. Asimismo hace referencia este autor a la “*Cabaña del tío Tom*” (1852) como obra abolicionista. (SCHEERER, 1984), “Die abolitionistische Perspektive”, *Kriminologisches Journal*, pp. 90-111, p. 92. El mismo autor hace referencia a las memorias de las victorias abolicionistas en el



segundo lugar, tenemos el movimiento de *abolición de la pena de muerte*,<sup>21</sup> y también desde el siglo XIX la corriente para la *abolición de la prostitución*. Asimismo no hay que olvidar el movimiento abolicionista *de los castigos corporales*, cuyo éxito trajo como consecuencia el nacimiento de la institución carcelaria, que es precisamente el blanco fundamental de los movimientos abolicionistas actuales.

En realidad la definición que acabamos de dar es insuficiente para conseguir una aproximación a lo que debemos entender por pensamiento abolicionista, sino se complementa con algunas reflexiones respecto a lo que dicha corriente teórica significa hoy en el marco de un Derecho Penal en crisis.<sup>22</sup> Ya hace años la doctrina consideraba que el abolicionismo

---

pasado en, “Hacia el Abolicionismo”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, *op. cit.*, pp. 17-20.

<sup>21</sup> ROSSA, (1966), *Todesstrafen. Ihre Wirklichkeit in 3. Jahrtausenden*, Hamburg-Oldenburg, *passim*.

<sup>22</sup> La expresión “Derecho Penal en crisis” o la “crisis del Derecho Penal”, frecuente hace algunos años, se refiere a un “déficit de legitimidad”, que, sin embargo, a la luz de la expansión actual del mismo, produce una paradoja notable, dado que, contemplado desde la perspectiva de la inflación legislativa, se diría que el Derecho Penal goza de buena salud. Por otra parte, la doctrina entiende que, junto a esta *crisis de legitimación*, se puede hablar de una *crisis de identidad* de la Ciencia Penal, y, a su vez, de una *crisis epistemológica* o de validez científica (SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, pp. 13-14). No cabe olvidar que, siendo la concepción dogmática hoy dominante *de signo teleológico* (*Zweckrationalität*) y *consecuencialista* – porque sigue el paradigma de la orientación a las consecuencias (*Folgeorientierung*) –, ésta ha de perseguir la prevención de conductas que vulneren bienes jurídicos mediante la integración en sus categorías de postulados político-criminales que tengan su referente axiológico en el marco constitucional (y en último término, en el respeto a los Derechos Humanos), es decir, asumiendo también una racionalidad valorativa (*Wertrationalität*). La Política Criminal precisa, sin embargo, una sistematización de sus categorías de pensamiento, que aclare cómo se accede a sus principios, y cómo se orienta el sistema a los mismos. En relación con esta cuestión ha señalado SILVA SÁNCHEZ que el modo de acceder a estos valores que, junto con las consecuencias empíricas, definen el *telos* del sistema, puede tener un *carácter principialista* – a través de la acogida del *alteuropäisches Prinzipiendenken* o conjunto de principios que nacen con el iusnaturalismo racionalista de la Ilustración, lo que no excluye una cofundamentación instrumental del Derecho Penal – o un *carácter funcionalista* – en cuyo caso los valores acogidos surgirían como producto de la propia lógica de autoconservación del sistema – (SILVA SÁNCHEZ, “Política criminal en la

constituía una de las tres posturas político-criminales básicas para el análisis del fenómeno jurídico-penal en la actualidad, junto a la opción resocializadora y la garantista. Mientras que estas últimas pretenden la consecución de un mejor Derecho Penal, bien que desde distintas perspectivas, aquella pretende construir alternativas al sistema punitivo.<sup>23</sup> Con ello, tomo ya postura respecto a la valoración que me merece el pensamiento abolicionista, como una teoría político criminal caracterizada por el humanismo, la radicalidad, y la utopía, que a su vez, como organización social, crea movimientos de base para el logro de sus objetivos.<sup>24</sup>

Puede decirse, con carácter general, que la base filosófica del abolicionismo se halla en lo que podríamos denominar una “disposición fenomenológica para la comprensión de las cosas”.<sup>25</sup> La comprensión que hace el abolicionismo de la realidad que tiene que ver con el “delito”,

---

dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en SILVA SÁNCHEZ, (Ed) (1997), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, pp. 20-21).

<sup>23</sup> SCHUMANN, (1986), “Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystemen”, en *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften*, Festschrift für Lieselotte Pongratz, München, J. Schweitzer Verlag, pp. 371-385, p. 372. Este autor pone de manifiesto que las dos opciones de la denominada política criminal progresiva, resocialización y garantista (“*rechtsstaatliche Position*”), no sirven para evitar el crecimiento del sistema de justicia penal, sino que por el contrario, contribuyen al mismo. Señala igualmente que la posición abolicionista se diferencia de las otras dos en que estas últimas admiten por principio el Derecho Penal, mientras que aquella lo rechaza.

<sup>24</sup> Esto constituye un punto de discusión importante. SCHEERER, tras hacer alusión a la existencia de grupos cuya meta es la abolición del sistema carcelario y la lucha contra la disciplina encubierta (como el KROM en Noruega, el KRUM en Suecia, y el KRIM en Dinamarca y Finlandia), señala que “el mero hecho de que exista importante literatura sobre abolicionismo no lo convierte automáticamente en una teoría en el sentido estricto de la palabra. Aún le falta precisión y conceptos descriptivos firmes. En un sentido mucho más restringido nos podemos referir al abolicionismo como una ‘teoría sensibilizadora’ (...), es decir, una ‘teoría’ que tenga la posibilidad y el objetivo de trascender los modelos, clasificaciones y presunciones tradicionales, pero sin presentar pruebas acabadas de esas nuevas ideas ni el inventario de sus propias herramientas conceptuales y metodológicas”. (cfr.: SCHEERER, “Hacia el Abolicionismo”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, op. cit., p. 21).

<sup>25</sup> CIAFARDINI y ALAGIA, “Prólogo”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, op. cit., p. 8.

proviene para los abolicionistas de la experiencia de los implicados directamente, experiencia que pasan a denominar “situación problemática”, y en consecuencia, se oponen a la extracción del conflicto por el Estado para el logro de una solución. Partiendo pues de una sensibilización por acercamiento y compromiso fenomenológico, el abolicionismo afirma que una “situación problemática” sólo puede ser calificada y resuelta de acuerdo con la visión de la misma en la conciencia de los componentes del grupo afectado.<sup>26</sup> De estas premisas se sirve el abolicionismo para la construcción de una política criminal eminentemente desreguladora. Desde este punto de vista el abolicionismo puede ser entendido como un método, que, de acuerdo con la concepción de Heidegger, entraría en una relación dialéctica con su objeto. El método es la lucha por la abolición de todo el sistema penal, y el objeto es aquel que precisamente se trata de eliminar.<sup>27</sup>

Desde la perspectiva de la teoría del conocimiento se ha dicho que “la teoría abolicionista se halla dentro de un contexto epistemológico que se puede caracterizar por su actitud no positivista ante el concepto de verdad”.<sup>28</sup> En efecto, para el abolicionismo la manera de acercarse a la verdad vendría dada por la crítica permanente de lo que está mal, sin pretender en ningún momento una reconciliación entre el intelecto y el *statu quo*.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Justamente la actitud fenomenológica es descrita por HUSSERL – fundador de la fenomenología bajo el reclamo de la necesidad de volver a las cosas mismas y comprenderlas directamente tal como son – como la “apropiación de toda experiencia”: “Así nos apropiamos de toda experiencia. No se trata de que tengamos experiencia y ejecutemos, viviendo en ella, juicios de experiencia, ni de que activemos teorías y ciencias de la experiencia, sino de que aceptemos para nuestro reino cada acto de experiencia, cada juicio de experiencia, cada conocimiento completo o incompleto de experiencia como la existencia pura que ellos mismos son” (HUSSERL, 1994, *Problemas fundamentales de la fenomenología*, Madrid, p. 82. Título Original: *Die Grundproblemen der Phänomenologie*, 1910/11).

<sup>27</sup> DE FOLTER, “Sobre la fundamentación metodológica ..”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>28</sup> SCHEERER, “Hacia el Abolicionismo”, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>29</sup> Es esta actitud “de negatividad” la que le ha acarreado al pensamiento abolicionista un mayor número de críticas, y sin embargo, es este rasgo el que le proporciona, desde mi punto de vista, un permanente potencial progresista.

### III. Premisas teóricas del abolicionismo. Postulados básicos. Modelos del pensamiento abolicionista

Para Silva “la más fuerte apoyatura de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica el sistema penal: el abolicionismo ha hecho de este su principal base teórica”.<sup>30</sup> Sin embargo Larrauri, desde otra perspectiva, considera a la *crisis de la nueva criminología* como un factor que explica, junto a la crisis de la legitimación de la cárcel, el creciente interés en una perspectiva abolicionista.<sup>31</sup> Por su parte Smaus señala que el abolicionismo es visto como el desarrollo lógico de la criminología crítica, que tiene en común con la teoría crítica y el marxismo que persigue la liberación (emancipación) de los hombres de las relaciones de opresión.<sup>32</sup> Para Delmas-Marty, una de las ideas motrices del movimiento anarquista, la de la autogestión por el propio grupo social, la de una “respuesta societaria”, basada en la mediación y no en la represión, inspira a los movimientos abolicionistas contemporáneos.<sup>33</sup>

Entre los postulados básicos del abolicionismo se hallan los siguientes: el sistema penal está específicamente concebido para hacer mal; se trata de

<sup>30</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>31</sup> LARRAURI PUJOÁN, (1991), “Abolicionismo del Derecho Penal..”, *op. cit.*, p. 97; más ampliamente, *la misma*, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, pp. 192-243.

<sup>32</sup> SMAUS, (1988), “Bemerkungen zum Stand der kritischen Kriminologie”, en *Kriminologische Forschung in den 80 Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*. Band II, pp. 543-569, p. 553.

<sup>33</sup> De acuerdo con la concepción de DELMAS-MARTY podemos entender por política-criminal “el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”. Por vía negativa la define señalando que no se confunde ni con la criminología tradicional; ni con las doctrinas contemporáneas de la criminología crítica, la nueva criminología o la criminología radical (teorías críticas del control social); ni con el interaccionismo y la sociología de la reacción social. Para la autora la política-criminal, como toda política, supone una forma de organización de la vida social, así como una determinada estrategia o acción. Delimitar su ámbito es identificar las corrientes ideológicas que la influyen. Son tres las corrientes ideológicas que están tras las grandes opciones de política-criminal: la *corriente liberal*, la *corriente igualitaria*, y la *corriente autoritaria*. La corriente igualitaria, a partir de la crítica al liberalismo, se divide en dos ramas totalmente divergentes: el *movimiento libertario o anarquista*, y la *corriente autoritaria surgida del marxismo* (DELMAS-MARTY, 1986, *Modelos actuales de Política Criminal*, Madrid, pp. 19-36).

una respuesta violenta y pública, susceptible de incitar a la violencia en otros ámbitos de la vida; es además una institución que crea y mantiene de modo falso la idea de poder procurar a las víctimas ayuda y protección. Asimismo, Steinert menciona tres *elementos claves de un abolicionismo emergente* : el daño y su compensación, los conflictos interpersonales, y los acuerdos en el procedimiento penal.<sup>34</sup> Lo que normalmente denominamos “delitos”, aparecen como “conflictos” que requieren formas de solución que no acudan a la exclusión social, o a la panacea del uso universal del castigo. Y ello deberá hacerse tomando en consideración a la víctima, de modo que sea posible prevenir situaciones no deseadas. Especialmente importante sería procurar siempre la reparación del daño, o al menos, no impedirla. En segundo término, se dice que en conflictos interpersonales, en los que se cuenta con las dos partes, la mayor parte de las veces se acude a la policía más por una necesidad inmediata de su intervención y ayuda, que por un deseo de que se castigue al trasgresor. La conclusión de todo ello es que una gran parte de los procesos penales son innecesarios desde la perspectiva de las personas involucradas. Se propone la institucionalización de un nivel intermedio en el que las partes puedan decidir si la cuestión está resuelta. La propuesta final de Steinert es “no confiar demasiado en la reforma de ‘arriba’, pero sí continuar en una línea de reformas en las cuales los medios oficiales de castigo sean utilizados lo menos posible. Si la ley penal es peligrosa e inútil debemos pensar en qué condiciones puede usarse lo menos posible”.<sup>35/36</sup>

Kaiser<sup>37</sup> hace alusión a dos modelos de pensamiento abolicionista, el denominado *abolicionismo extremo* de Mathiesen<sup>38</sup> y el *abolicionismo*

---

<sup>34</sup> STEINERT, “Más allá del delito y de la pena”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, *op. cit.*, pp. 35-56, p. 49.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>36</sup> Cfr., además, STEINERT, (1984), “Kriminalpolitik jenseits von Schuld und Sünde”, *Kriminalsoziologische Bibliographie* 11, pp. 69-78; “Gerechtigkeit als der Versuch, Herrschaft, zu kontrollieren, und das Problem der staatlich organisierten Zufügung von Schmerz”, en *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1989, pp. 341-358; “Marxistische Theorie und Abolitionismus”, *Kriminalsoziologische Bibliographie* 32/33, 1981, pp. 56-88.

<sup>37</sup> KAISER, “Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht?”, *op. cit.*, p. 1032. Para Kaiser el abolicionismo moderado (“*gemäßigter Abolitionismus*”), cuyo principal representante es Christie, se diferencia de la versión extrema de Mathiesen (“*extremer Abolitionismus*”), en que a diferencia de esta última, proyecta una idea concreta de una forma social alternativa que opone una “visión positiva” o una “concreta utopía” a la situación actual.

moderado de Christie<sup>39</sup> y Hulsman.<sup>40/41</sup> El abolicionismo de Mathiesen no pretende sólo la abolición de las cárceles, sino que, con la lucha contra la

---

<sup>38</sup> MATHIESEN, (1974), *The Politics of Abolition. Essays in Political Theory*, Oslo, Universitetsforlaget, *Überwindet die Mauern. Die skandinavische Gefangenenbewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit*, Neuwied u. Darmstadt (1979); *Law, Society, and Political Action: Towards a Strategy under Late Capitalism*, London, Ademic Press (1980) “La Política del Abolicionismo”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, op. cit., pp. 109-125; “Comentario sobre el poder y el abolicionismo”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, op. cit., pp. 142-146.

<sup>39</sup> CHRISTIE, (1977), “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology*, 17, pp. 1-19, (en español: “Los conflictos como pertenencia”, en AA.VV (1992), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, AD\_HOC, pp. 157-182); *Limits to Pain*, Oxford, 1982 (en español: *Los límites del dolor*, México, 1984); “Las imágenes del hombre en el Derecho Penal moderno”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, op. cit., pp. 127-141; “Changes in Penal Values”, en *Scandinavian Studies in Criminology*, Oslo, Universitetsforlaget, Vol. 2, pp. 161-172.

<sup>40</sup> HULSMAN, (1983), “Abolir el sistema penal?”, *Dei delitti e delle pene*, 1, pp. 71-89; HULSMAN y BERNAT DE CÉLIS, (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion; HULSMAN y BERNAT DE CÉLIS, (1984), *Sistema Penal y Seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel; “La Criminología crítica y el concepto del delito”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, pp. 86-107.

<sup>41</sup> No trataremos específicamente el pensamiento de FOUCAULT como autor abolicionista, bien que haya que tener en cuenta sus análisis sobre el funcionamiento del poder y su análisis histórico-estructural sobre la subordinación de los hombres, contenidos en su libro *Surveiller et punir* de 1975 (FOUCAULT, (1984), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard; en español *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, *passim*), ya que el abolicionismo europeo desde mediados de los años setenta se encuentra bajo su influencia (cfr. en este sentido: KAISER, “Abolitionismus- ...”, op. cit., p. 1029-30; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, op. cit., p. 18, nota 12; ZAFFARONI, (1989), *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, pp. 106-107).

También DE FOLTER se refiere a Foucault como un autor que ofrece un marco teórico para el análisis del poder fundamental para la teoría y la práctica abolicionista. Según este último autor el objetivo del abolicionismo de Foucault es cuestionar todas las formas de expresión del propio poder, concibiendo la resistencia al poder represivo como un elemento que no está fuera de este, si no que es parte de la red de relaciones de poder (DE FOLTER, (1970), “Sobre la fundamentación metodológica ...”, op. cit., pp. 75-83). Para una correcta comprensión del pensamiento de Foucault, además de la obra clásica citada

pena privativa de libertad, quiere demostrar el carácter autoritario de la sociedad.<sup>42</sup> Mathiesen se propone abolir los absorbentes sistemas sociales represivos de la última etapa del capitalismo de Estado, que en última instancia se remiten al modelo básico de producción de la sociedad.<sup>43</sup> Para lograr sus objetivos Mathiesen propone dos estrategias, la *estrategia de lo inconcluso*,<sup>44</sup> y la *estrategia de la negación*.<sup>45</sup> La estrategia de “lo inconcluso como alternativa”, es definida por este autor como aquella que no se construye sobre las premisas del antiguo sistema, sino que se basa sobre premisas propias, las cuales en uno o varios aspectos entran en contradicción con el sistema antiguo. Una concepción que no compite con el sistema anterior, una concepción que no está a la orden del día para los miembros del sistema anterior como sustitución del mismo, no es una alternativa.<sup>46</sup> Por lo tanto las condiciones que debe reunir el abolicionismo según Mathiesen, para su consideración como tal, son su permanente relación de oposición y de competencia con el sistema. Esta estrategia halla su complementación necesaria en la de la negación, ya que aquella tiene lugar en la negativa a hacer una elección por una alternativa al sistema de modo previo a la abolición de este último, ya que de lo contrario, la alternativa sería absorbida automáticamente por el sistema e integrada en este.<sup>47</sup> El fundamento metodológico del abolicionismo de Mathiesen es el esquema marxista de análisis de la realidad, es decir, hace uso de una fundamentación metodológica materialista. Este fundamento metodológico y el esfuerzo por dotar de contenido conceptual a “lo inconcluso”, le permiten desarrollar una estrategia política que escape a la absorción-integración que hace el poder de lo que está “fuera”, al objeto de ponerlo

---

más arriba, pueden consultarse: *The Order of Things: An Archeology of the Human Sciences*, London, *The Archeology of Knowledge*, New York, 1972.

<sup>42</sup> KAISER, “Abolitionismus- ...”, *op. cit.*, p. 1032.

<sup>43</sup> DE FOLTER, “Sobre la fundamentación metodológica...”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>44</sup> MATHIESEN, *Überwindet die Mauern!*, *op.cit.*, pp. 168-183.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 184-194.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 168-169.

<sup>47</sup> Según KAISER puede afirmarse que la radicalidad de la teoría abolicionista de Mathiesen encuentra un apoyo teórico en la doctrina del *labeling approach*, según la cual la criminalidad es el resultado de procesos de definición a través de instancias penales de control, y que en este sentido el abolicionismo puede considerarse la continuación de aquella teoría. (cfr.: “Abolitionismus-...”, *op. cit.*, p. 1033). Para una mayor profundización en la vinculación existente entre *labeling approach* y abolicionismo, Vid.: SCHUMANN, (1985), “Labeling approach und Abolitionismus”, *KJ*, 17, pp. 19-28; STEINERT, (1985), “Zur Aktualität der Etikettierungs-Theorie”, *KJ*, 17, pp. 29-43.

“dentro”. Se ha dicho que su táctica de praxis-teórica siempre implica una respuesta al funcionalismo.<sup>48</sup>

Christie formula su teoría abolicionista partiendo de tres constataciones básicas: la pena es un mal con intención de ser eso; las teorías penales modernas son el reflejo de los intereses del Estado y de la visión del mismo, y poseen una imagen del hombre adecuada al sistema que lo castiga; las estructuras dominantes tienen subcorrientes alternativas que pueden representar bien remanentes históricos, bien potencialidades de cambio.<sup>49</sup> El autor constata el carácter dicotómico del derecho penal, que divide a las personas en criminales o no criminales, por lo que genera un cuadro simplista del hombre y de sus actos. El sistema penal, dice, se fija más en los actos que en las interacciones, más en los sistemas biológicos o de la personalidad que en los sistemas sociales.<sup>50</sup> Con todo ello pretende destacar expresamente “la condición destructora de las relaciones comunitarias del sistema penal, su carácter disolvente de las relaciones de horizontalidad y los consiguientes peligros y daños de la verticalización corporativa”.<sup>51</sup> En su trabajo *Los Conflictos como pertenencia* pone de manifiesto cómo los conflictos son arrebatados a las partes, se desechan, se desvanecen, o incluso se vuelven invisibles. Una de sus declaraciones fundamentales es que el gran perdedor del sistema penal es la “víctima”, ya que además de haber sido lastimada, ha perdido la participación en su propio caso. Y junto a ella pierde toda la sociedad oportunidades pedagógicas de aclaración de las normas, ya que los abogados están entrenados para decidir qué es relevante en un caso.<sup>52</sup> Detrás de todo el razonamiento, como él mismo declara, se halla un *modelo de corte vecinal con un tribunal orientado a la víctima*. Otra característica del modelo de tribunal propuesto es que tendría un elevado grado de orientación lega,

---

<sup>48</sup> ZAFFARONI, (1989), *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal*, Buenos Aires, p. 105. Dice ZAFFARONI que “en tanto que éste (el funcionalismo) describe bastante bien – y hasta con mayor detalle – la forma de enredar lo de ‘fuera’ y meterlo ‘dentro’, haciendo de ello el principal objetivo del sistema, Mathiesen elabora la estrategia inversa: el camino abierto que le impida al poder ‘cerrarse’, ‘encerrando’ lo de fuera, la táctica que neutralice la contra-táctica de la normalización mediante el ‘retroceso táctico’ del poder, la que haga que todo retroceso sea eso y nada más, como retroceso del poder hacia la abolición del sistema penal”.

<sup>49</sup> CHRISTIE, “Las imágenes del hombre en el Derecho Penal moderno”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, op. cit., pp. 127-128.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>51</sup> ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 105.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 170.



evitando al máximo la presencia de especialistas que despersonalizan el conflicto y evitan que sea considerado como una pertenencia compartida. Los obstáculos que el autor observa para llevar a cabo su proyecto son la carencia de relaciones vecinales, la falta de víctimas personales, y sobre todo la abundancia de profesionales entrenados para sostener el sistema.<sup>53</sup> El fundamento metodológico de Christie, pese a tener conexiones claras con el de Hulsman, se matiza en función de la experiencia histórica, de modo que podría definirse como fenomenológico-historicista.<sup>54</sup>

#### IV. El abolicionismo de Hulsman

Para Hulsman el reclamo abolicionista debe ser la abolición del sistema penal en su totalidad, lo cual se plantea, no como utopía, sino como una necesidad lógica, una gestión realista y una demanda de justicia.<sup>55</sup> Dicho reclamo viene marcado por la vivencia de cuatro tipos de solidaridad: con las personas condenadas, con las víctimas, con la sociedad en su conjunto, y específicamente con las personas que aseguran el funcionamiento del sistema penal.<sup>56</sup> En cualquier caso, la propuesta abolicionista de Hulsman no implica el rechazo de toda medida coercitiva, como tampoco de la noción de responsabilidad personal.<sup>57</sup>

Los ataques que lanza Hulsman al sistema penal podrían cifrarse, a grandes rasgos, en los siguientes.<sup>58</sup>

a) Imposición de imágenes maniqueas, que se instalan casi por inercia en el dominio de la justicia penal y que algunos medios de comunicación de masas se encargan de difundir a través de la idea simplista de que hay buenos a un lado y malos a otro.

b) Actuación mecánica y burocrática, y por ello injusta del sistema. El sistema se pone en marcha, y en ningún momento se pregunta cómo

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 175-181.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas ...*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>55</sup> HULSMAN, *Peines perdues*, *op. cit.*, pp. 71-72, pp. 142-144.

<sup>56</sup> HULSMAN, *Sistema penal y seguridad ciudadana ...*, *op. cit.*, pp. 82-83. Señala Hulsman que “aquellos que perciben y quieren asumir estas cuatro formas de solidaridad no podrán contentarse con una simple orientación que tienda a reformar la prisión, ni tampoco con la sola abolición, sin más, de la pena de prisión. Para ellos, entre los que me cuento, es el sistema penal entero el que se trata de hacer caer” (p. 83).

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 44 y ss.

perciben el sistema penal las personas que tienen que ver con él, o si principios como el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley o el principio de intervención mínima se aplica en los hechos, o si las personas sienten que han sido correctamente juzgadas. Como toda gran burocracia, el sistema no apunta hacia objetivos externos, sino hacia su interior, tratando de atenuar las dificultades y asegurar su supervivencia.

c) Actuación fraccionada y dividida de los distintos agentes del sistema en compartimentos estancos, lo cual redundaría en la irracionalidad, mecanización y frialdad del sistema, que resulta degradante para la persona afectada, y cuyo producto final es un preso.

d) La cárcel constituye una causación de sufrimiento carente de sentido, tanto corporal como psíquico, en la que los hombres pierden su personalidad y sociabilidad.

e) El sistema penal está basado en un aparato conceptual no operacional. En concreto, el concepto “crimen” no indica sino una decisión humana modificable, sin que haya nada en la naturaleza intrínseca del hecho que permita reconocerlo como tal.

f) El sistema penal falsea todos los principios y valores sobre los cuales reposa (la igualdad, la seguridad, la justicia...), ya que sólo se aplica a un número ínfimo de situaciones que se reduce a los casos registrados.

g) El sistema penal fabrica culpables, los estigmatiza y excluye definitivamente de la vida en sociedad. Lo primero se debe a que todo su funcionamiento está basado en la afirmación de la culpabilidad de uno de los protagonistas, cualquiera que sea la manera como los interesados comprendan y vivan su situación, lo cual se debe en último término a que el sistema penal ha sido concebido en un clima de teología escolástica. Lo segundo tiene su consecuencia más grave en la interiorización por la persona de la etiqueta legal y social que se le ha puesto.

La estrategia abolicionista de Hulsman pasa por dos momentos: el cambio del lenguaje sobre el fenómeno criminal y su reacción social, y el cambio en la lógica del tratamiento de dicha realidad. Lo primero es requisito previo, pero no suficiente, en el camino hacia la abolición del sistema penal. En efecto, para rechazar la lógica que sirve de base al sistema es necesario previamente rechazar el lenguaje en el que aquella se sustenta. En palabras de Hulsman “Las palabras *crimen*, *criminal*, *criminalidad*, *política criminal*, etc., pertenecen al dialecto penal. Ellas reflejan los *a priori* del sistema punitivo estatal”.<sup>59</sup>

Lo segundo, la superación de la lógica del sistema, pasa por depositar una confianza mucho más grande en los procesos de regulación social no

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

formalizados ni centralizados,<sup>60</sup> o, al menos, menos formalizados y centralizados. La consecuencia de todo ello es, según nuestro autor, que en la hipótesis de que las claves abstractas reductoras que el sistema penal aplica a los sucesos fueran sustituidas por maneras de representación naturales que partieran de los individuos en lugar de partir de la estructura socioestatal, se desarrollarían distintos tipos de reacción.<sup>61</sup>

De acuerdo con lo visto hasta ahora podemos decir, con De Folter, que el abolicionismo de Hulsmann halla su fundamento metodológico en “una actitud antireduccionista frente a las situaciones problemáticas”,<sup>62</sup> ya que para él la criminalización no es más que una de las opciones posibles, y no precisamente la mejor, para afrontar una situación problemática. Este fundamento metodológico le lleva a postular la necesidad de defender una visión “anascópica”, es decir, una visión de abajo a arriba. Según nuestro autor se tiene una visión “catastópica” (de arriba a abajo) de la sociedad, sobre la base de una información (tanto de los “hechos” como de sus “interpretaciones”) que depende fundamentalmente del marco institucional de la justicia penal, cuando no se cuestiona ni rechaza el concepto de delito.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>61</sup> HULSMAN ofrece un ejemplo en el que desarrolla algunas de las posibles modalidades de reacción que podrían surgir frente a una situación problemática: el estilo punitivo, el compensatorio, el terapéutico, el conciliatorio. El ejemplo, criticado frecuentemente por las dificultades que implica trasladar el planteamiento desarrollado a partir del mismo a situaciones de gravedad, es el siguiente: “Cinco estudiantes viven juntos. En un momento dado, uno de ellos se lanza sobre el televisor y lo rompe; también rompe algunos platos. ¿Cómo van a reaccionar sus compañeros?. Ninguno de ellos estará contento, esto se comprende por sí mismo. Pero cada uno, analizando el suceso a su manera, puede adoptar una actitud diferente. El estudiante número dos, furioso, declara que él no puede vivir más con el primero, y habla de echarlo a la calle. El estudiante número tres declara: ‘De lo que se trata es de comprar un nuevo aparato de televisión y otros platos, y que él pague’. El estudiante número cuatro, muy afectado por lo que acaba de ocurrir, sostiene con vehemencia: ‘Está seguramente enfermo, hay que ir en busca de un médico, hacer que lo vea un psiquiatra’, etc. El último arguye: ‘creíamos entendernos bien, pero algo no debe marchar bien en nuestra comunidad, para que tal acción haya sido posible...Hagamos juntos un examen de conciencia’” (*Ibidem*, p. 89).

<sup>62</sup> DE FOLTER, “Sobre la fundamentación metodológica ...”, *op.cit.*, p. 66.

<sup>63</sup> HULSMAN, “La Criminología crítica y el concepto de delito”, en AA.VV, *El Abolicionismo Penal, op. cit.*, p. 93. Hulsmann denuncia en este artículo que la criminología marxista no ha desafiado el concepto de delito como tal y

## V. Críticas al pensamiento abolicionista y conclusiones

Si bien es cierto, como ya se ha dicho, que el pensamiento abolicionista se inspira en algunos principios ciertamente positivos, es merecedor, por otro lado, de críticas muy importantes, entre las cuales destacan las siguientes:

a) *La crítica de la negatividad o de signo metodológico*: según Scheerer “la característica más irritante de la literatura abolicionista es la negativa de plasmar en un proyecto alternativas para la prisión y para el sistema de justicia penal. (...). Lo que empeora todo es la obstinada negativa de los abolicionistas a reconocer este negativismo como un signo de inmadurez o incapacidad”.<sup>64</sup>

b) *La crítica al fundamento antropológico*: el pensamiento abolicionista es acusado de “idealismo” debido a la desconfianza que manifiesta hacia el Estado y sus instituciones, y en sentido contrario, la confianza en la resolución autónoma de los conflictos. Como el abolicionismo dirige sus ataques hacia la forma más expresiva del poder monopólico del Estado, surgen inmediatamente los temores hobbesianos del *bellum omnium contra omnes*.<sup>65</sup>

c) *La crítica sociológica*: esta crítica aparece vinculada fundamentalmente al modelo diseñado por Christie en su libro *Limits to Pain*, en el que menciona cinco condiciones que resultarían necesarias para

---

tampoco a la realidad ontológica del mismo. Asimismo señala la falta de interés de la criminología crítica y de la corriente de los “nuevos realistas” en criticar el concepto de delito como tal (*Ibidem*, p. 92).

<sup>64</sup> SCHEERER, “Hacia el Abolicionismo”, en AA.VV, *Abolicionismo Penal*, *op.cit.*, p. 24. El autor matiza, sin embargo, que esta negatividad del movimiento abolicionista – aparte de que suena igual que la que tuvieron que soportar los movimientos contra la esclavitud – no es simple obstinación, sino que tiene que ver con el contexto epistemológico en el que se mueve, y que además, las críticas abolicionistas no carecen de fuerza movilizadora. Junto a ello advierte que el pensamiento abolicionista, con sus análisis radicales, no ofrece “soluciones” sino una variedad de opciones para enfoques alternativos (pp. 24-25).

<sup>65</sup> Para SCHEERER resulta claro, sin embargo, que los argumentos de Hobbes sobre la naturaleza humana son una descripción precisa pero incorrectamente generalizada, ya que no se puede aplicar a toda la humanidad como tal, sino sólo a aquella que transita por una economía capitalista en desarrollo. Por otro lado, el propio Hobbes se hubiera sorprendido, dice, al constatar que las funciones que él atribuye al “poder omnipotente” habían sido garantizados por instituciones no estatales durante gran parte de la historia de la humanidad.

disminuir la posibilidad de causar dolor (alto grado de conocimiento mutuo de las personas involucradas; no conceder poder a las personas que tienen encomendado el manejo de un conflicto; responsabilidad real de las instituciones ante la comunidad; alto grado de dependencia mutua entre los miembros de la comunidad; instauración de un sistema de valores basado en la solidaridad), ya que se señala que estas condiciones no son compatibles con los principios organizativos fundamentales de las sociedades modernas.<sup>66</sup>

d) *La crítica de signo garantista*: según esta crítica abolir el Derecho Penal puede significar al mismo tiempo abolir sus límites, lo cual puede conducir a la instauración de una sociedad disciplinaria de controles ilimitados.<sup>67</sup>

e) *La crítica retribucionista*: la crítica se dirige contra la idea de la abolición del castigo, tanto desde una perspectiva victimológica (se dice que la víctima tiene derecho al castigo del culpable), como desde planteamientos provenientes de diversos movimientos de izquierda, ya que no les satisface una respuesta abolicionista al crimen de los poderosos.<sup>68</sup>

f) *La crítica metacientífica*: se ha atacado también el pensamiento abolicionista señalando una “ausencia absoluta de originalidad científica”, ya que utiliza argumentaciones pertenecientes al pensamiento crítico; y que, en último término, evidencia una antinomia de fondo tras el idealismo utópico y el cínico realismo respecto del sistema de sufrimiento conminado legalmente. El argumento abolicionista según el cual una organización

---

<sup>66</sup> VON TROTHA, (1983), “‘Limits to Pain’. Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie”, *KJ*, 15, pp. 34-53; VON HIRSCH, (1983), “‘Limits to Pain’. Eine (ziemlich) neoklassische Perspektive”, *KJ*, 15, pp. 57-60. Sobre los modelos de sociedad en el movimiento abolicionista, cfr.: SMAUS, “Gesellschaftsmodelle in der abolitionistischen Bewegung”, *KJ*, 1986, 1, pp. 1-18. PAVARINI señala que la hipótesis abolicionista se encuadra en una fe en la tolerancia, el perdón, y participación de la comunidad y la sociedad civil, que exige un grado de conexión ideológica, cuya subsistencia real en las sociedades avanzadas no puede demostrar (PAVARINI, “El sistema de Derecho Penal ...”, *op. cit.*, p. 145).

<sup>67</sup> COHEN, *Visiones de Control Social*, Barcelona, PPU, 1988 (*passim*). En un tono extremadamente duro se pronuncia PAVARINI diciendo estar convencido “de que la cuestión que caracteriza más profundamente al movimiento abolicionista radical es la ‘obsesión’ disciplinaria” (PAVARINI, “El Sistema de Derecho Penal”, *op. cit.*, p. 154).

<sup>68</sup> LARRAURI, “*Abolicionismo del Derecho Penal: ...*”, *op. cit.*, pp. 106-109.

social sin sistema penal reduciría el nivel de sufrimiento y violencia de la sociedad, deviene, según los críticos, indemostrable.<sup>69</sup>

Para los abolicionistas los principios del Derecho Penal no son eficaces para limitar la intervención punitiva del Estado, y normalmente no se aplican. Además, una propuesta de solución no punitiva no implica para ellos necesariamente la ausencia de tales garantías. Por otro lado afirman que el Derecho Penal es incapaz de prevenir el delito y que no ofrece satisfacción real alguna a la víctima. Creen los abolicionistas que muchos de los llamados “crímenes de los poderosos” desaparecerían si faltara el sistema de justicia penal en el que se apoyan. Por lo que se refiere a la crítica relativa a los delitos violentos, como homicidios, violaciones, etc., dicen que este tipo de hechos son escasos en comparación con el total de hechos delictivos y por ello resulta absurdo diseñar todo el sistema en función de ellos. Afirman igualmente la no necesidad del sistema penal para evitar una situación de venganza generalizada, ya que lo que no se ha probado es que el Derecho Penal sea el único mecanismo válido para prevenir delitos, ni tampoco su idoneidad para poder hacerlo. El núcleo duro de las críticas del pensamiento abolicionista al sistema penal lo ataca en sus bases, teóricas y empíricas, al constatar la crisis de legitimación del Derecho Penal, tanto desde puntos de vista preventivo especiales, como preventivo generales.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 142-146.

<sup>70</sup> Los intentos más recientes de fundamentación de la legitimidad del Derecho Penal pasan preferentemente por la prevención general, mientras que la retribución y la resocialización han quedado en un segundo plano. En cuanto al rechazo de la idea retributiva se han ofrecido razones fundamentales de crítica a la misma. Las más importantes son la improcedencia de una idea de Justicia absoluta en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, donde el Derecho Penal no se pone al servicio de una determinada concepción ética, sino que lo único que pretende, de forma modesta, es procurar hacer posible la vida en sociedad mediante la protección de aquellos bienes jurídicos que se consideran fundamentales. En todo ello juega un papel muy importante el cambio de sentido producido en la idea de la “culpabilidad penal”. Hay que tener en cuenta, sin embargo, la posibilidad de construir una teoría retributiva conforme a la idea de la racionalidad moderna.

Sobre el fracaso de la idea de resocialización las razones que están en la base del mismo son tanto de tipo teórico como práctico. En cuanto a las primeras cabe preguntarse si nuestra sociedad está legitimada para introducirse en el esquema de valores de una persona que ha delinquido con el objeto de modificarlo. En cuanto a lo segundo todavía no se sabe cómo puede realizarse la resocialización utilizando para ello la privación de libertad. Pero la mayoría

Desde mi punto de vista el abolicionismo apunta en la dirección deseada y correcta. Me parece que algunas de las críticas generales esgrimidas en su contra se deben a la no comprensión, o en todo caso, al rechazo, de su fundamento metodológico y de la estrategia política adoptada. No se puede negar que los valores de la radicalidad (entendida como “ir a la raíz”), la utopía (como horizonte de lo que “debe ser”), el humanismo (que no humanitarismo o “paternalismo ético”), y la solidaridad, en los que se basa el movimiento abolicionista, tienen un sentido positivo por sí mismo. Sin embargo, personalmente, me sitúo lejos del mismo, y no porque me convenzan las críticas de otro orden contra el abolicionismo, sino porque considero que existe un paso anterior y previo que hay que recorrer y que se cifra en un “derecho penal mínimo” o de “mínima intervención penal”.<sup>71</sup>

---

de las críticas a la doctrina de la resocialización son consecuencia de la pretensión de legitimar el Derecho penal por su capacidad resocializadora, en la que tal vez se llegó a creer en un determinado momento histórico, justamente aquel a cuyo abrigo tiene lugar la redacción del artículo 25, párrafo segundo, de la Constitución española de 1978. En efecto, el resultado de la absolutización de la idea resocializadora es la denominada “ideología del tratamiento”, cuya piedra angular es la pena privativa de libertad indeterminada.

En este marco surgen las llamadas teorías garantistas o neoclásicas, cuya pretensión fundamental es poner de relieve el papel de las garantías formales y legitimar la intervención del Derecho Penal básicamente por la “prevención general de delitos”. Esta nueva vía de argumentación no está exenta de problemas, sino que encuentra por sí sola muchas dificultades en el nivel filosófico-jurídico, o si se prefiere, del “deber ser”, como teoría legitimadora del Derecho Penal. En primer lugar existen investigaciones de tipo empírico que demuestran que la abolición de las penas indeterminadas en los Estados Unidos no ha conllevado una disminución de las penas efectivamente impuestas, sino todo lo contrario. En segundo lugar estas teorías introducen, junto a las exigencias formales, nuevas cuestiones de contenido para conciliar el objetivo preventivo-general de proteger a la sociedad, con los principios de humanidad, proporcionalidad y resocialización; lo cual resulta contradictorio con el rechazo que en las mismas se observa de determinadas concepciones político-criminales cuyo objeto es conseguir precisamente la no desocialización del individuo. Creo que en Derecho Penal nos movemos siempre en la tensión originada por la coexistencia de fines diversos, que generan problemas *intrasistémicos*, que el penalista debe tratar de resolver para aportar *racionalidad* al sistema. Con más detalle, VID: DEMETRIO CRESPO, *Prevención general...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>71</sup> En este sentido se han pronunciado BARATTA y FERRAJOLI. El primero establece una serie de principios que deben cumplirse para lograr una mínima intervención penal, de tipo intrasistémico (de limitación formal, limitación

En mi opinión, el Derecho Penal debería evolucionar, aunque la realidad nos muestre el escenario justamente opuesto, por la vía de su restricción progresiva, y hacerlo además tomando en cuenta, no sólo el respeto de las garantías formales en su intervención, e incluso la incorporación de nuevos límites si ello se considera oportuno político-criminalmente, sino también ideas de las que no es posible prescindir, como la resocialización y la progresiva humanización del sistema. En mi opinión, el punto de partida debe ser la consideración de la pena como un “mal”, ya que, de este modo, se hace más fácil entender que es preciso restringirla al máximo.

#### SUMMARY

*Abolitionism moves in the desired correct direction. Some of the criticism levelled at it is to be attributed to a failure to understand or anyway to accept its methodological basis and the policy it adopts. There is no denying that the values of radicalism (radicalism in the sense of “going*

---

funcional, y de limitación de la responsabilidad penal), y de tipo extrasistemático (de descriminalización, y metodológicos, para una construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales) (BARATTA, “Principios del Derecho Penal mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)”, *Doctrina Penal*, n° 40, pp. 623-650).

La propuesta de FERRAJOLI gira entorno a la idea de “minimización de la violencia en la sociedad” como fin general del derecho penal. Su argumentación parte de una aclaración metodológica previa de gran interés, según la cual debemos utilizar la palabra “fin” para los usos normativos, y la palabra “función” para los descriptivos, evitando así caer en la confusión entre el ámbito del “deber ser” y el “ser”. Desde estos presupuestos, lanza una crítica fundamental a las teorías abolicionistas, que cifra en lo que denomina “vicio ideológico”, y que consiste en contestar el fundamento axiológico de las doctrinas de la justificación de la pena con el argumento asertivo de que la pena no satisface los fines a ella atribuidos (FERRAJOLI, (1986), “El Derecho Penal mínimo”, *PC*, n° 0, pp. 25-47). Me parece interesante resaltar que la crítica de FERRAJOLI ha sido rebatida por ZAFFARONI diciendo que este autor no toma en cuenta que el abolicionismo está proponiendo un nuevo modelo de sociedad y no hay motivo para no concebir una sociedad en que los conflictos puedan resolverse sin acudir a instancia punitiva alguna. Según este último autor las críticas de Ferrajoli al abolicionismo parecen centrarse en ciertas simplificaciones del mismo (ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas... op. cit.*, p. 109).



*to the very roots”), the utopia (that is the identification of what should be), the humanism (and not humanitarianism or “ethical paternalism”) and the solidarity the abolitionist movement is based on have themselves a positive value. If the Author wants to take his distance from the movement it is not because he has been persuaded to do so by the criticism levelled at it by other movements, but rather because he believes there is an alternative to be tried out before opting for abolitionism as such consisting in “minimum penal law” or “minimum penal intervention”: despite apparent indications to the contrary, penal law should evolve via gradual restriction of its scope and also by taking into account not only a respect for formal guarantees in its evolution and the inclusion of new limitations, if it considers itself to be politically and criminally correct, but also ideas one cannot ignore such as a re-socialisation and the need for a progressive humanisation of the system. The starting point should be to consider punitive measures as ‘wrong’ because, by doing so, it becomes easier to understand one should attempt to limit them as much as possible.*

## RÉSUMÉ

L’abolitionnisme évolue dans la direction souhaitée, disons dans la bonne direction. Certaines des critiques générales avancées à son égard sont dues à la non compréhension et en tout état de cause au refus d’accepter son fondement méthodologique et la stratégie politique adoptée. Une chose est incontestable. Les valeurs du radicalisme (radicalisme dans le sens d’“aller à la racine des choses”), l’utopie (en tant qu’horizon de ce “qui doit être”), l’humanisme (sans entendre par là humanitarisme ou “paternalisme éthique”) et la solidarité, sur lesquels repose le mouvement abolitionniste, ont un sens positif en soi. Si l’Auteur entend prendre la distance de ce mouvement, ce n’est pas parce qu’il a été persuadé de le faire à cause des critiques avancées à son égard par d’autres mouvements, mais bien plutôt parce qu’il croit qu’il existe une démarche antérieure, préalable, qu’il faut tenter avant d’opter pour l’abolitionnisme, à savoir un “droit pénal minimum”, ou une “intervention pénale minimum”. Bien que la réalité nous fasse voir un scénario qui se situe à l’opposé, le droit pénal devrait évoluer vers une restriction progressive et le faire par ailleurs en tenant compte non seulement du respect des garanties formelles dans son intervention y compris l’inclusion de nouvelles limites à la condition d’être considérés criminellement et politiquement correctes mais également des

idées qu'il n'est plus possible d'ignorer et notamment une re-socialisation et une humanisation progressive du système. Le point de départ devrait consister à considérer la peine comme un "mal". Il devient, de la sorte, plus facile de comprendre le besoin de la limiter le plus possible.



## **The Media Selection of Crimes. Results of a Recent Research**

by

GABRIO FORTI

Professor of Penal Law, Faculty of Law  
Catholic University of Milan, Italy

In the context of the well-known work, written with Jacqueline Bernat de Célis – *Peines perdues. Le système pénal en question* – Louk Hulsman dealt with the role of public opinion in the discourse of crime (Hulsman-Bernat de Célis, 1982, p. 55), highlighting how politics and most medias cherish, convey and spread the image of “the man of the street”, “obtuse, coward and vindictive”, unable to distinguish among different kinds of criminals as targets of his hatred and anxiety, convinced that prisons are full of dangerous killers and that criminal law is the unique resource to protect society against its most disturbing phenomena. A “man of the street” who doesn’t exist at all, actually a ghost, conjured up in order to legitimate and reinforce current control systems and practices.

Since the appearance of Hulsman’s book, stimulating and thought-provoking ever since, we can assume that the role of the medias, especially television, in constructing and distorting the public image of crime, has become still more pervasive and effective. According to a survey about “media consumption” on behalf of the Italian population (Censis, 2001), television is present in 98,7% of households and this medium is used frequently (at least three times per week) by 94,4% of the individuals interviewed: a choice mostly motivated by leisure (43,6%) and routine (38,3%). The reading of newspapers, which reaches 71,8% of households, is frequent for 45,3% of individuals, and mostly motivated by interest (55,4%). It is noteworthy that 81,5% of the people interviewed deem television news their “preferred medium to be updated” (against 42,9% expressing the same opinion about newspapers) and even 70,3% and 69,2% consider them as the “most trustworthy” and the “most complete” source

respectively. As to crime news, their coverage by medias has been deemed “balanced”, although the public displays a low interest in these news, somewhat inversely related to its educational level, being generally 8<sup>th</sup>, but ranking higher (5<sup>th</sup>) among people having a lower educational level.

These figures sound even more impressive if one considers how criminal justice authorities are guided and, in turn, tend to perpetuate and legitimate selection mechanisms of crime, so highly selective are medias choices in general and especially newspaper-accounts dealing with criminal matters. Journalists and media professionals, just like State control agencies, “decide” what is worthy the definition and the relevance of crime (Forti, 2000, pp. 53-54), although their “decisions” are mostly guided by the evaluation about what is more or less important from their “newsperspective”, mainly based upon news values related to criminal facts or in particular to its features (Hulsman, 1986, p. 70; Losito, 1993). We could thus say that medias produce a huge dark figure of crime news, no less problematic than the dark figure of crime arising from the operation of State control agencies, which exerts a profound influence on the credibility of those principles (e.g., equality of citizens) which form the basis of a legal order in democratic societies (Hulsman-Bernat de Célis, 1982, pp. 68-71; Blad et al., 1987, pp. 8-9).

As stated quite recently, “media workers, sources, and the news-consuming public rely on shorthand reference schemes in order for reality to be consistent with the existing conceptions”. The frames used to describe events and groups are conceptualized here as organizing devices or conceptual tools. The significance of these frames is in the acknowledgement that there are multiple, competing ways to frame events, and the media, and that the sources relied on for the interpretation of events, work to sponsor and then promote the preferred meanings. Reporters are selective in deciding how to portray an event and obviously prefer some interpretations to other equally plausible ones. Because specific frames are selected and promoted at the expense of other interpretations, the framing of events has an inherent ideological power” (Chermak, 2003). In focusing on such “ideological nature of crime news”, some American researchers have even concluded that “criminal justice practices have played an important role in bringing the U.S. economy out of extended periods of stagnation and decline into renewed periods of growth” (Hickman Barlow, 2003).

Medias concur therefore hugely in shaping what has been aptly called the “*criminality in our minds*” (Walter, 1995, p. 211), “affected, even determined, by factors totally different from those used in crime statistics and traditional criminological research” and “created every day through

reading the newspaper, speaking to friends and colleagues, listening to the radio, going to the movies, and – of prime importance – through watching TV programmes” (Kania, 2003). Although media selection standards and those practiced by legislators, prosecutors and police not always overlap, sometimes are even at odds with each other, in several areas they are quite similar and in any case often tend to mutually enhance their respective distorting effects, thanks to the capital they can make profusely out of the “myth” of objectivity (De Piccoli et al. 2003, pp. 235-239). “Since the public generally assumes that press storytelling is factual, and even based on reliable, empirically based data, we are guided towards an unrepresentative and quite narrow worldview. Individuals and representatives of powerful and political institutions take advantage of this reality as they are accepted as having authority on such issues. They are thus given the chance to define the preferred meanings of these events and guide the media down a particular path of representation” (Chermak, 2003).

The highly selective nature and impact of media choices, so well diagnosed by Hulsman and further depicted in current media as well as criminological accounts, has been confirmed by a recent interdisciplinary research carried out by the Università Cattolica del Sacro Cuore of Milan, on *The TV Presentation of Crime* (from now on shortened as *UC Research*), lead over a two-years span, with contributions by scholars belonging to various scientific areas, especially legal, criminological, psychological and media-semiotics, and discussed during an international Conference on 15 and 16 May 2003 in Milan, where several well known experts in this field intervened and delivered their papers. While conducting autonomous investigations, according to methods and aims peculiar to their fields knowledge, all research groups have tried to keep the necessary coordination with the other ones. None of them, however, has tried to give scientific evidence to the hypothesis, still quite controversial and no longer in the mainstream of worldwide communication research (for further references, see De Piccoli et al., 2003), about the possible direct causal relationship between media coverage and criminal behaviours, especially violent behaviours. It has rather been deemed productive and appropriate, as well as proportionate to available research resources, an analysis which should compare space/time and contents of criminal news in the media (especially television), with the image of crime emerging from data, know-how and scientific backgrounds characteristic of the various disciplines involved. From this comparison it was expected that some hints for theoretical explanations could arise, useful to better formulate or confirm hypotheses about the role of media news in prompting people to organize their image, perceptions and understandings of the social environment

where crimes occur; an approach thus more akin to those developed within the cultivation (Gerbner et al., 1982, 1994) or the agenda setting (Roberts, 1972) theories, than to the so-called hypodermic one (Katz and Lazarsfeld, 1955).

From such juxtaposition of the two conceptions of crime – the scientific perspective and the “newserspective” – the research has aimed at identifying a few core problematic areas, defined by the most striking and meaningful contrasts discovered and to be submitted to discussion and interpretation, also with the help of the same agents (journalists, media professionals etc.) involved in the “media treatment” of criminal news. Although it wasn’t the aim of the research to find out the reasons why television tends to conform to these stereotypes, a debate with a group of prominent journalists set up during the Conference has given insights into the political, structural and commercial constraints imposed on their choices and having a huge impact on the selective presentation of crime news.

The legal-criminological research, in particular, has studied space and ways of publication of the news regarding crime by some of the main Italian television networks, however analysing the two major national papers too, drawing on such relevant data for some useful comparison between the two kinds of medias. The prime time editions of television news programmes like TG1, TG3, TG4, TG5, as well as the newspapers “Corriere della Sera” and “La Repubblica”, have thus been screened for five consecutive months (from February 2002 to June 2002). The number and extent of crime news have been gauged, and the incidence of criminal news on the general news were calculated in terms of absolute figures, namely seconds of programming (as regards the television headers) and square centimetres of publication (for papers). The aim was initially to measure the incidence of criminal themes within the overall set of news, verifying in which percentage the audience-readership receives information related to crime, in comparison to all other information. With particular regard to the critical issue of the definition of news as “criminal”, it has been chosen to classify as such all facts deemed punishable by the Italian criminal code. Moving from the knowledge that media description of crimes not always shows or conveys the awareness that a legally punishable offence has been committed, the survey has also pointed out to the usage of words (“penal”, “criminal”, “delinquent”, offence names, etc.) overtly conveying the criminal character of events referred to during broadcasts or within news texts. The research assumed that the use of these terms by medias has an enormous bearing on public perception of “criminal”

matters: as aptly highlighted by Hulsman, the labelling of an event as a “crime” contributes in itself to separate it from its context, from the network of personal and collective relationships from where it has arisen, thus communicating that it has been committed by someone guilty, probably belonging to the special milieu of the wicked and cruel people: “to call a fact a ‘crime’ means to limit enormously the ability to understand what has happened and to organize the response” (Hulsman-Bernat de Célis, 1982, pp. 109-110, p. 114)

As outcome of this first analysis, an incidence of crime topics upon the overall amount of news emerged between 12% and 17% on newspapers and between 29% and 40% on television news. It is then an undeniable fact that Italian journalists and media professionals are greatly attracted by crime, sharing under this respect an almost common feature with their colleagues in several other countries, like United Kingdom (Reiner et al. 2000, p. 183) and U.S.A. As clearly stressed by D. Altheide, of the Arizona State University, in his paper delivered at the Conference (Altheide, 2003), “crime and fear dominate most U.S. newspapers and television news reports”, and this overall feature is linked to entertainment formats that provide the basic underlying logic of commercial television (and newspapers), and in turn to “fear,” “the most basic feature of entertainment in popular culture”. This emphasis is not without effect on criminal justice, social policy, public perception of social issues, as citizens “are becoming more ‘armed’ and ‘armored’” and “a new social identity – the victim” is being promoted, ready to be “exploited by numerous claims-makers, including politicians, who promote their own propaganda about national and international politics”. As aptly stated by a German researcher, “the key-factor for the high impact of TV images seems to be their capacity to emotionalise the content”; “what really works is what really affects people – largely regardless of how representative or realistic the content might be” (Kania, 2003).

Besides gauging the general percentage of crime news on the overall amount, the research has mapped the occurrence of different crimes in the medias scrutinized. To this aim a first list of offence groups has been drafted: violent crimes not including homicide; violent crimes including homicide; crimes against the honour; suicides; drug crimes; sexual crimes; child sexual abuses in the family; child sexual abuses out of the family; crimes against property, damage and forgery; economic crime; political-administrative crimes; negligence (not including traffic offences) and environmental crimes; traffic offences; violent political and terrorist crimes; crimes against humanity, war crimes, genocides, racial



intolerances; prostitution and slavery; mafia and organized crimes; other crimes, not classified within any of the preceding items. This list has been largely based, although with some modifications, on the categories of reported crimes adopted by the Italian Criminal Judicial Statistics yearly drafted by ISTAT (Istituto Italiano di Statistica). Next to this official statistics list, further categories of news related to crime have been checked by the research, like general justice themes, prison issues, as well as three “cross-sectional” categories focusing on relevant personal features of the offenders (age, nationality and gender) especially flowing from the criminological research tradition and background: juvenile delinquency; crimes committed by aliens and immigrants; female crimes.

One of the most striking features of the media presentation of crimes emerged from the *UC Research* is the gap between television and newspapers occurrence of property crimes and actual extent of these same crimes according to official statistics as well as actual figures discovered through victimization surveys. Property crimes make up 5,2% of total crime news and only 3,8% of space in the television news, while these same percentages are higher on newspapers, reaching 15,7% and 5,5% respectively (see Tables 1 and 2 below). The average amount of media coverage of property crimes is therefore circa 10,4% and 4,6% respectively (see Table 3 attached below), a value strikingly at odds with official statistics, where these crimes have up 73,6% (year 2000) or 60,2% (year 2002) of total offences reported. The gap between media reality and “real” crime reality is still wider, if we consider the well-established criminological notion that property crimes have the highest dark figure rates, making official statistics quite unable to adequately represent the amount of crimes of this type actually committed

Quite opposite results, however no less meaningful, have been revealed by the survey on homicide and violent crimes.

**Table 1**

VIOLENT CRIMES (EXCLUDING HOMICIDES)	TEXT	
	% <i>news#</i>	% <i>news</i> <i>time/space</i>
Television	5,7%	5,9%
<i>Newspapers</i>	8,2%	6,8%
<b><i>Average</i></b>	<b>6,9%</b>	<b>6,3%</b>

**Table 2**

VIOLENT CRIMES (INCLUDING HOMICIDES)	TEXT	
	% <i>news#</i>	% <i>news</i> <i>time/space</i>
<i>Television</i>	22,2%	24,7%
Newspapers	16,5%	17,1%
<b><i>Average</i></b>	<b>19,3%</b>	<b>20,9%</b>

These media figures are strikingly at odds with official crime statistics, where in 2002 violent crimes made up only 2,6% and homicide only 0,4% of all reported crimes. A similar distance has been revealed by the *UC Research* as regards terrorism, although in this area a comparison with official data is more difficult, due to the heterogenous legal classifications making up the group of offences which we could label as “terrorism”. In any case this category reaches an average of 20,4% of news and 31,5% of time/space in the media coverages considered, while official data, available for the year 2000 only (actually an aggregate made up of different crime classes occurring in Italian official statistics), reveal terrorism acts present in 1,63% of the total amount of registered criminal acts. According to these figures one is lead to remind a similar outcome of a research on the American paper *Time* magazine, which found “an overemphasis on violent street crime, in relation to the proportion of violent crimes among crimes known to the police” (Hickman Barlow, 2003). Equally meaningful a German research discussed during the Milan Conference, confirming “that TV programmes are usually perceived as *not showing representative and realistic reports on crime*”, but rather showing a distorting reality “by (a) *selecting offences*, in particular, overemphasizing homicide and other violent and/or sexual offences and at the same time neglecting economic or white collar-crime, environmental crime, and the ubiquitous property crime (that [/which] seems to be of minor interest to the public)”, and, additionally, *exaggerating* “the way these handpicked offences are committed by real offenders in the real world”: “thus, *selection* and *exaggeration* seem to be the most important means of distorting reality” (Kania, 2003). As already highlighted by Hulsman, medias select “events which are a-typical, present them in a stereotypical fashion, contrast them against a backcloth of normality which is over-typical” (Hulsman, 1986, p. 70).

The *UC Research* has also developed a more articulated analysis, investigating at first, how much space/time was allotted to each of the

traditional criminological components of the criminal phenomenon (“fact”, “offender”, “victim”, “control agencies”, especially police, prosecutors and judges, social context), by any television news or paper for each of the selected typologies of crimes. From this classification it emerged, among other things, that a poor attention is devoted by media news to the “human” components of the criminal event, namely offender and victim, while a wider space is absorbed by the description of the fact (the more so when it shows brutal features) and the action of investigatory agencies. These data seem to suggest even further that in spite of the overemphasis put on victimizations feelings of the larger population in building up media news (the fears of the “man of the street”), insisting on citizens protection and the preference for “the victim’s perspective” as well as avoiding to show “the offender’s perspective” (Kania, 2003), actually televisions and newspapers don’t care about victims as real human beings, but only as stereotypes, as fearful “men of the street”.

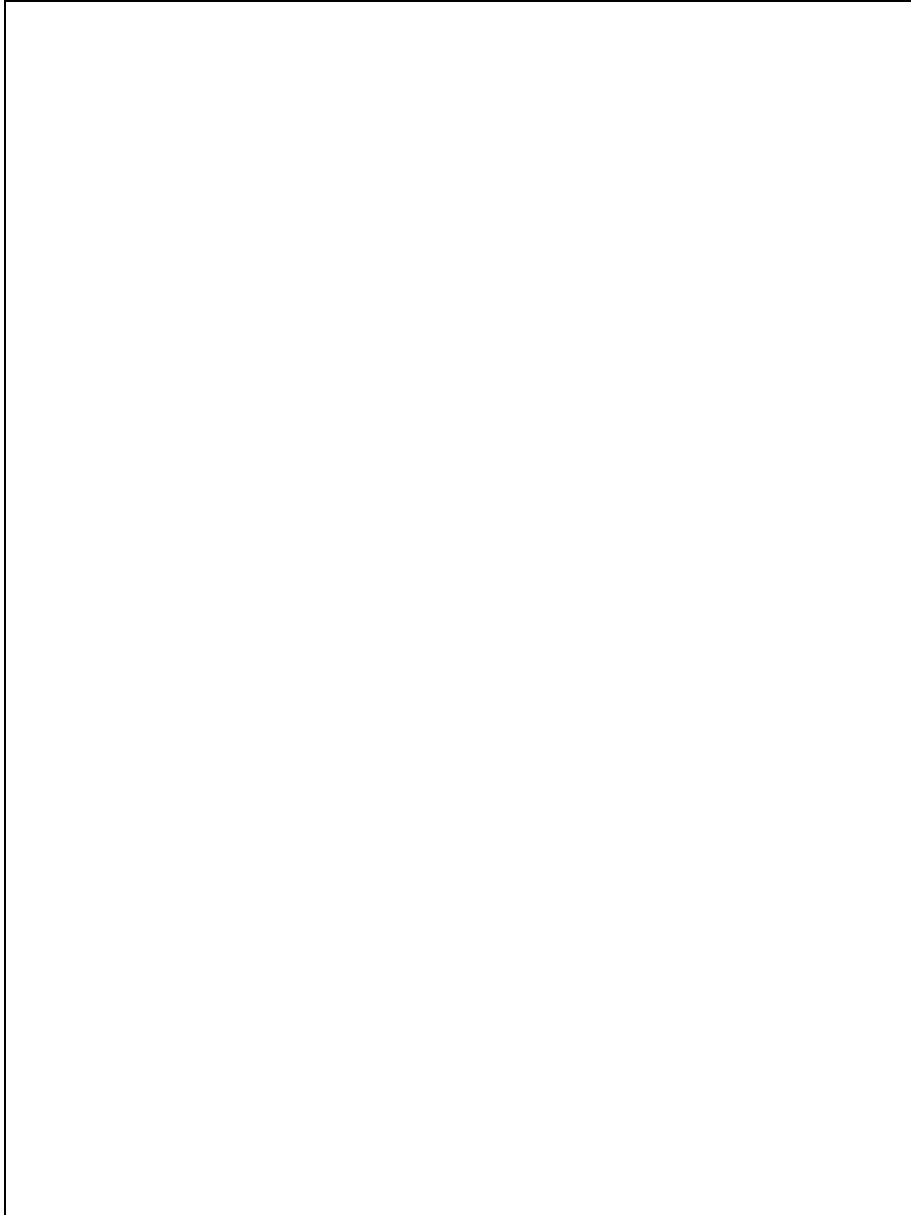
On the basis of a set of indicators (e.g., emphasis is given on excuses or, conversely, on aggravating circumstances for the criminal act; “telling the story” of the offender or of the victim, using clear-cut reproach wordings, etc.), the *UC Research* has also ranked all crime news according to a “media gravity index of crimes”, which in turn has been compared with a “legal gravity index of crime” especially constructed for this research and based upon an average of penalties imposed by law upon each class of offences considered. This rating has confirmed the well-established tendency for televisions and newspapers to emphasize the gravity of traditional street crimes, neglecting the extensive and long-term effects of victimless offences like bribery, environmental and economic crimes. However these latter crimes, as well as crimes committed by strangers and immigrants, while generally occurring with lower frequency in the medias (albeit with marked differences in newspapers and televisions), when covered, receive very often high gravity indexes. The *UC Research* conclusion has thus found a striking counterpart in American researches, “that crimes by persons from the upper class, in white-collar jobs, and from ‘good’ families were presented as unusual and especially newsworthy, sending powerful messages on what is usual about crime”; a feature further illustrated in the recent Enron scandal media coverage, where “rather than presenting the Enron offenders as fundamentally different from the rest of us, the articles contextualized their offences in such a way as to suggest that these were just normal business people who just went too far in their exuberance for the art of the deal” (Hickman Barlow, 2003).

All data collected by the *UC Research* seem to support the image of medias mostly prone not to describe and track crimes as phenomena having

extensive implications and impacts, but rather as individual acts, displaying clear-cut outlines and consequences, as well as rooted in well-defined and easy to establish responsibilities. In Italy too, as already remarked on U.S.A., reports about the causes of crime emphasize “individual level factors” and only rarely suggest “macro-social conditions as the source of the problem of crime”; a feature which somewhat explains why none of the solutions usually called for by medias address “the social structural causes of crime”, so attesting “to the limited range of responses to crime contained within media accounts” (Hickman Barlow, 2003). These remarks have been recently applied to the terrorism scare dominating news coverages. “The argument here is that the media frames issues narrowly. In fact, it was somewhat surprising just how consistent the structure of media storytelling was following two significant acts of terrorism. Terrorism, a complex phenomenon with multiple causes and explanations, is presented clearly and without perspective. The public is not only blinded from understanding anything except the media perspective, but the fear conjured up following these events provide enough justification to accept response – wars, bureaucratic expansion, civil rights violations – uncritically and without reservation. The terrorist has become one of the United States great fears and has replaced other noteworthy demons. The public has been manipulated by the media and policy-makers into believing that the nature and causes of terrorism should be of less concern than the evil deeds of the terrorist. This is a significant and important paradigmatic shift. Society’s top social-control powerbrokers and rule-enforcers have taken the responsibility for protecting society from terrorism. Yet they have neither the means nor a full understanding to manage it. Instead, they can more effectively manage how the public defines terrorism and accepts how best to respond to it. Effort is focused on defining the problem in a way that isolates decision-makers from concern. It is not surprising, then, that the response to terrorism does not focus on reevaluating the role of the United States as an international democratic watchdog or its foreign policy, but on purging terrorists from society. In order to win this war on terrorism, it is necessary only to create opportunities for symbolic victories. The Middle-Eastern terrorist is now a good target” (Chermak, 2003).

One is even further induced to recall Hulsman’s reflections (Hulsman-Bernat de Célis, 1982, pp. 82-83) on how journalists are prone to chase after sensational and “surprising” crimes, neglecting the daily cases judged in the minor courts, which make up the real criminal issues. If media professionals had the patience to do this apparently boring, namely not “entertaining”, skivvying, and, which is more, to adequately pour these

huge daily experiences on their papers or broadcasts, outside mere local coverage, instead of reinforcing the stereotypes of the “man of the street”, they could make and be made aware of the real population crowding courts and prisons: “the weakest and most deprived categories of people”, “at odds with law as unable to find help to solve their problems”. As quite recently stated, “it is an inversion of the social reality of crime in capitalist society (and, therefore, ideological) to portray the classes and races most victimized within the capitalist social structure (in terms of alienation, inequality, unemployment, poverty, and crime) as predators on society, whereas the classes that reap a larger share of society’s benefits are portrayed as victims” (Hickman Barlow, 2003). To this actually “most victimized class” belong the “invisible men”, like the ones occurring in Ellison’s novel (Ellison, 1982), recently analysed by the German philosopher Axel Honneth in the context of his “recognition theory” (Honneth, 2003), whose bodies and souls are literally crossed by the “interior eyes” of their fellow citizens. The almost non-existence of prisons in the medias (except in well sealed news spaces, times and areas), confirmed by the *UC Research* (0,2% of time on television news, 0,5% of space on newspapers), namely of the place mostly crowded by this “invisible” population, all too well supports such massive public dismissal. The current media discourse of fear and terrorism is apt to remove public eyes from these “invisible men”, focusing public attention on that “man of the street”, obtuse, coward and vindictive, who, now and then, as properly stated by Louk Hulsman, actually doesn’t exist but could, over time, materialize under our eyes and within our souls just as an effect of this pervasive media work and the ideology governing it.



## References

- ALTHEIDE D., (2003), *Mass-Media, Crime and the Discourse of Fear*, paper delivered at the Conference *The TV Presentation of Crime*, Università Cattolica di Milano-Università degli Studi di Milano-Bicocca, May 15-16, 2003, to be published within the Conference proceedings.
- BLAD J.R., VAN MASTRIGT H., UILDRIKS N., (1987), *Hulsman's Abolitionist Perspective: the Criminal Justice System as a Social Problem*, in Blad J.R., van Mastrigt H., Uildriks N. (eds.), *The Criminal Justice System as a Social Problem: an Abolitionist Perspective*, Liber Amicorum Louk Hulsman, Rotterdam, Erasmus Universiteit.
- CENSIS, (2001), *Primo rapporto annuale sulla comunicazione in Italia. Offerta di informazione e uso dei media nelle famiglie italiane*, Roma, Censis.
- CHERMAK S., (2003), *The Presentation of Terrorism in the News*, paper delivered at the Conference *The TV Presentation of Crime*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano-Bicocca, May 15-16, 2003, to be published within the Conference proceedings.
- DE PICCOLI N., COLOMBO M., MOSSO C., TARTAGLIA S., (2003), *Stampa quotidiana e sentimento di insicurezza urbana*, in ZANI B. (ed.), *Sentirsi in/sicuri in città*, Bologna, Il Mulino, pp. 221-247.
- ELLISON R., (1982), *Invisible Man*, New York, Random House.
- FORTI G., (2000), *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Cortina.
- GERBNER, G., GROSS L., MORGAN M., SIGNORIELLI, N., (1982), *Charting the Mainstream: Television's Contributions to Political Orientations*, "Journal of Communication", 32 (2), pp. 100-127.
- GERBNER, G., GROSS L., MORGAN M., SIGNORIELLI, N., (1994), *Growing up with Television: The Cultivation Perspective* in J. Bryant and D. Zillman (eds.), *Media effects*, Hillsdale, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, pp. 17-41.
- HICKMAN BARLOW M.(2003), *The Ideological Nature of Crime News* paper delivered at the Conference *The TV Presentation of Crime*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano-Bicocca, May 15-16, 2003, to be published within the Conference proceedings.
- HONNETH A., (2003), *Unsichtbarkeit. Über die moralische Epistemologie von Anerkennung*, in Honneth A., *Unsichtbarkeit. Stationen einer Theorie der Intersubjektivität*, Frankfurt a.Main, Suhrkamp.
- HULSMAN L., (1986), in *Contemporary Crises. Law, Crime and Social Policy*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 63-80.
- HULSMAN L., BERNAT DE CÉLIS J., (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, le Centurion.
- KANIA H., (2003), *TV Crime Reports and the Construction of Subjective Realities*, paper delivered at the Conference *The TV Presentation of Crime*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano-Bicocca, May 15-16, 2003, to be published within the Conference proceedings.

- and also to appear in: Albrecht, Hans-Jörg, Serassis, Telemach & Kania, Harald (Eds.), *Images of Crime II*. Freiburg i. Br., Ed. Juscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht.
- KATZ E., LAZARFIELD P., (1955), *Personal Influence: the Part played by People in the Flow of Mass Communications*, New York, Free Press.
- LOSITO G., (1993), *L'analisi del contenuto nella ricerca sociale*, Milano, Franco Angeli.
- REINER R., LIVINGSTONE S., ALLEN J., (2000), *Casino Culture: Media and Crime in a Winner-Loser Society*, in Stenson K., Sullivan R. (eds.), *Crime, Risk and Justice*, Cullompton, Willan publishing.
- ROBERTS D., (1972), *The Nature of Communication Effects*, in W.Schramm-D.Roberts (ed.), *The Process and Effects of Mass-Communications*, Chicago, Ill., University of Illinois Press.
- WALTER M., (1993), *Gedanken zur Bedeutung von Kriminalität in den Medien*, in P.-A. Albrecht (ed.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln, Germany, Heymann, pp. 189–201.

## RÉSUMÉ

*La sélection des informations pratiquée par les journaux et les télévisions produit un “chiffre clair” de crimes représenté, dont l’écart par rapport au “chiffre noir” est tout aussi manifeste et significatif que celui qui dérive des décisions des agences de contrôle. Une recherche empirique interdisciplinaire récente sur la “représentation télévisée du crime, promue par l’Université Catholique de Milan, a constaté, d’une manière générale, une forte incidence des informations d’ordre criminel. Il s’est dégagé, en particulier, une importante surexposition du crime violent, un intérêt limité pour les crimes contre le patrimoine, alors que leur diffusion est énorme. Il s’est dégagé une tendance à éviter des qualifications “criminelles” explicites et graves se référant aux infractions économiques; enfin, un approfondissement insuffisant des composantes humaines des événements traités malgré une tendance prédominante à tout ramener à des auteurs isolés, à des responsabilités individuelles et, de la sorte, à perdre de vue les phénomènes plus complexes dans lesquels elles s’insèrent. L’interprétation de ces données, qui confirment en tout état de cause les conclusions tirées par d’autres recherches empiriques internationales, peut toujours s’inspirer des intuitions de Louk Hulsman et en particulier de l’idée selon laquelle les médias tendent à se faire un point de référence, pour établir le “comment” et le “si” de l’“information” des faits criminels. Un “homme de la rue” peureux et vindicatif et, en tant que tel, utile à une légitimation du système de contrôle existant et de ses*



*pratiques. La pénétration sans cesse croissante de la télévision au sein des familles (98%, selon des enquêtes récentes faites en Italie), l'intérêt des autorités à seconder les peurs collectives et le souffle d'objectivité que l'opinion publique semble encore reconnaître au monde de l'information concourent par ailleurs à transformer le stéréotype de "l'homme de la rue" en une entité réelle de plus en plus enracinée dans les esprits et dans les consciences des gens. Bien que la conséquence en soit l'affirmation d'une nouvelle identité sociale – celle de la victime – les choix des médias ne font pas preuve d'un intérêt réel pour les besoins et pour les souffrances des personnes en cher et en os qui souffrent à cause du crime et, moins encore, pour la masse d'individus invisibles, socialement victimisés et destinés à faire régulièrement s'accomplir la prophétie de leur criminalité.*

## RESUMEN

La selección de las noticias por parte de la prensa y las televisiones produce una "cifra clara" de crímenes representados, y la diferencia entre ésta y la "cifra oscura", tan evidente y significativa cómo la que deriva de decisiones tomadas por los organismos de control. Una reciente investigación empírica interdisciplinar sobre la "representación del crimen en televisión", patrocinada por la Universidad Católica de Milán, indicó en general una fuerte presencia de noticias relativas a hechos criminales; se subrayó además una marcada sobreexposición de los crímenes violentos; un interés limitado para los delitos contra el patrimonio que no corresponde a su amplísima difusión, la tendencia a evitar cualificaciones "criminales" e indicativas de gravedad cuando se habla de delitos económicos, escasa atención hacia el elemento humano de los acontecimientos tratados, a pesar de la tendencia predominante a atribuirlos a autores y responsabilidades individuales, perdiendo de vista los fenómenos más generales en que se insertan. La interpretación de estos datos, que por otra parte confirman los resultados de otras investigaciones empíricas internacionales, puede tener su inspiración en las intuiciones de Louk Hulsman, y especialmente en la idea de que los medios de comunicación, a la hora de decidir si y cómo los hechos criminales pueden "ser noticia" tienden a tomar cómo punto de referencia a un "hombre de la calle" temeroso y vengativo que cómo tal resulta útil para legitimar el sistema de control existente y las prácticas que lo caracterizan. Por otra parte, la penetración creciente de la televisión en las familias (98% en Italia, según cálculos recientes), el interés de las autoridades por favorecer los temores colectivos y el halo de objetividad que al parecer la opinión pública sigue atribuyendo al mundo de la

información contribuyen a transformar el estereotipo del “hombre de la calle” en una entidad real, cada día más arraigada en la mente y las conciencias de la gente. Aunque la consecuencia sea el surgir de una nueva identidad social, la de víctima, la posición de los medios de comunicación no demuestra un interés real por las necesidades y los sufrimientos de las personas en carne y hueso que sufren a causa del crimen y aún menos por la masa de sujetos invisibles, víctimas sociales cuyo destino es cumplir inevitablemente la profecía de su propia criminalidad.



## **The Punitive Metaphor: from ‘Punishment Lost’ to ‘Punishment Found’?**

by

FAUSTO GIUNTA

Professor of Criminal Law, University of Florence, Italy

*SUMMARY: 1. “Abolitionism” and “zero tolerance”: in other words, ends do not meet. – 2. The critical merit of the abolitionist approach. – 3. The inherent unfairness of criminal systems and the perspective of “minimal criminal law”. – 4. The “zero tolerance” approach: origin and objectives. – 5. Violence in criminal law and the tasks faced by criminal legal science.*

1. At present, the international criminal legal science is still reaching inconsistent conclusions in its struggle to establish the true rationale behind criminal law: at the same time, the growing public request for justice<sup>1</sup> has – often unjustly – persuaded the legislator to rely on criminal remedies, in the reasonable belief that such a strategy can meet with society’s approval, thus reinforcing its faith in the legal order.

In this context, the concepts of “abolitionism” and of “zero tolerance” have emerged as overly simplified, opposite slogans, both exposing the radical and extreme nature of their approach. In particular, if the key concepts of “abolitionism” lie in the “unfairness of criminal law systems”, as well as in the “inhuman” and “ineffective” nature of criminal punishment, the “zero tolerance” approach is set apart by its distinctive criminal pragmatism, in addition to the evident repressive quality of its punitive structure.

Likewise, while the former approach identifies itself as the focal point of an extensive project of social regeneration, accomplished by denying

---

<sup>1</sup> On this matter, see the recent work by MARTINI C. M., ZAGREBELSKY G., (2003), *La domanda di giustizia*, Turin.

criminal law, the latter is in effect determined to do quite the opposite, specifically, to lay emphasis on what constitutes the fundamental purpose of criminal law: general deterrence. However, when promoting the said primary function, the “zero tolerance” strategy does not intend to assess which political-criminal objectives are worthy of legal pursuit, nor to consider the general causes from which crime universally originates.

Finally, while “abolitionism” represents a rather conceptual, if not an abstract approach, “zero tolerance” is instead based on a disenchanted and realistic vision, in favor of a strong, decisive and wide-ranging response to criminal behavior.

In view of this, the acute radicalism that defines each approach constitutes a serious obstacle, likely to frustrate every effort made to reduce the distance existing between supporters of each strategy. However, those who do not belong to either group can actually perceive the maximum reach achieved by the analysis of the “spiritual condition” in which the current criminal legal science is.<sup>2</sup>

Therefore, “abolitionism” and “zero tolerance” can be considered as coordinates, used to define the boundaries of criminal law as we are accustomed to think of it today: more specifically, as a progressively intricate and challenging phenomenon, as a consequence of its believed necessity and of the historical evidence of this marking trait, yet in constant need of critical scrutiny.

Finally, there is yet another important point to be made at this time. In view of the earlier line of reasoning, the resulting framework appears to be defined by the abolitionist approach, on one hand, and by the “zero tolerance” approach, on the other: clearly then, the said structure is described by two “strong” concepts that are deeply rooted in criminal law. More to the point, the entire punitive system seems to be formed by two different perceptions of the same *jus puniendi*, both of which are unconditionally persuaded of the fact that the purpose of criminal law can only be beneficial.

However, criminal legal science is in truth scattered with several, “weak” positions, pertaining to the purposes of criminal punishment, to criminal sentencing, even to the actual values that inspire the enforcement of a sanction: such weak definitions reveal many disillusioned, often

---

<sup>2</sup> This definition is taken from the title of the famous research completed by WÜRTEMBERGER T., (1959), *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe. Italian translation, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, by LOSANO M. and GIUFFRIDA REPACI F., (1965), Milan.

skeptical opinions regarding the true effectiveness of criminal law, the existence of which has nonetheless been accepted as a stable condition of human history.

2. When tackling the matter of punishment legality, the viewpoint adopted by the abolitionist approach is certainly among the most advantageous.<sup>3</sup> This method requires the completion of two different stages. The first one consists of the review of current criminal legal orders (*rectius*: of every single criminal legal order, present and future). The second stage, instead, involves envisioning a society with no criminal law system. Now, while this latter stage of the approach possesses a strongly idealistic nature and can therefore be subject to criticism, the first step entails a strictly rational methodology, and thus can undergo rigorous scrutiny.

More specifically, the analytical examination of the criminal law system as performed by the abolitionist approach is indeed noteworthy, as it is neither groundless nor intrinsically incoherent. As held by many supporters of this theory, the actual way a specific criminal law system operates and functions reproduces and perpetuates the unfairness and inequalities existing in the very social order it derives from. Consequently, “abolitionism” condemns “oppressive criminal law systems”, such as those typically in effect in totalitarian legal orders, as well as the punitive criminal law systems in force in most democratic orders, where criminal regulation further promotes the rejection of the most exposed and defenseless members of society. From this viewpoint, the abolitionists’ critical analysis is impeccable: this argument is confirmed by taking a quick glance at the current jail population, mostly made up of social outcasts, driven by society-caused neediness to become a new, profitable category of “criminal unskilled workers” (a significant example of this

---

<sup>3</sup> On the matter, consider HULSMAN L., BERNAT DE CELIS J., (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Italian translation, *Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione*, Paderno Dugnano, 2001; HULSMAN L., (1983), “Abolire il sistema penale?”, interview reported by *Dei delitti e delle pene*, p. 71 and foll.. Also see MATHIESEN T., (1974), *The Politics of Abolition*, Oslo, as well as CHRISTIE N., (1981), *Limits to Pain*, Oxford, Italian translation by G. URZI, (1985), *Abolire la pena? Il paradosso del sistema penale*, Turin; SCHEERER S., (1984), “Die abolitionistische Perspektive”, in *Kriminologisches Journal*, p. 91 and foll. More recently, see the introductions by ZAFFARONI E.R., (1989), in *En busca de las penas perdidas. Delegitimación y dogmática juridico-penal*, Buenos Aires, Italian translation *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dogmatica giuridico-penale*, Napoli, 1994.

phenomenon is represented by the vast presence among prisoners of illegal aliens devoted to widespread criminal behavior, such as drug-dealing). Likewise, it is difficult to deny that in many, modern European countries prisons serve as control system for the urgent social adjustment of underprivileged individuals.

Similarly, it is difficult to disagree with the abolitionist opinion questioning the true rehabilitation effectiveness of custodial sentence, given that such purpose is often frustrated by the inadequacy of correctional facilities, as well as being frequently sacrificed (by the legislator or by procedure) in the name of the principle of certainty of punishment. However, although such criticism can be easily answered seeing that it merely concerns solvable flaws of the criminal system, there is yet another, stronger argument: this refers to the inhuman nature of imprisonment, as it is likely to cause unforeseen and inestimable suffering and harm,<sup>4</sup> in addition to being completely ineffective in the pursuit of criminal rehabilitation.

The Italian legal experience represents a significant example of this problem. The struggle against organized crime – which was terrorist in nature during the '70s, but mafia-linked in the 80's – broadened the application of the “new” penitentiary law, amended in 1975, by introducing measures providing for differentiated prison treatment (the so-called “tough detention”). These innovative remedies were aimed at isolating those convicts, who, merely on account of their association with criminal organizations, were regarded as being ‘dangerous’ inside, but mostly outside, of the correctional facility. However, the opinion according to which ‘dangerous offenders’ can be managed by simply establishing so-called ‘maximum security penitentiaries’ in which to lock them up, has now lost most of its supporters. In fact, the current, common interpretation of the amended penitentiary law allows for the suspension of ordinary custodial treatment rules: this occurs whenever said rules “can in practice conflict with safety and order requirements” (art. 41bis of the penitentiary law).<sup>5</sup> Despite this, even those legal commentators showing greater awareness towards the recognition of the basic rights of convicts have

---

<sup>4</sup> On the matter, see LÜDERSSEN K. , (1999), “L’irrazionale nel diritto penale”, in *Logos dell’essere, logos della norma*, edited by LOMBARDI VALLAURI L. , Bari, p. 1551.

<sup>5</sup> The abovementioned article 41-bis was introduced in the penitentiary law as temporary rule by Law 7 August, 1992, No. 356. Once the law was confirmed, the legislator accorded legal “stability” to the rule, making it effective by way of Law 23 December 2002, No. 279.

eventually acknowledged this amendment, which significantly increases the (already considerable) afflicting and limiting nature of imprisonment, thus restricting the fundamental rights of prisoners, such as the right to socialize within the correctional facility and the right to freely communicate with the outside world.

If, according to “classic” criminal law, criminals are to be found mostly among lower class individuals, however, it cannot be reasonably claimed that the same law shows greater consideration for high-class citizens. Albeit such assumption may be partially true – as affluent individuals are rarely sentenced to prison – it is a matter of fact that, at present, criminal provisions are increasingly affecting political matters, specifically by punishing economic crime connected with political misconduct. Therefore, it is essential to examine the changes occurred in the link between criminal law’s repressive function and current political activity, as the latter has a tendency to influence all legislative production, hence criminal law as well. In fact, it is common for the mere opening of an investigation (especially whenever it is associated with the humiliation of preventive detention) to have a severe rebounding effect within political forces. Not to mention the role presently played by precautionary measures (such as the pre-judgment attachment or precautionary seizure of objects used for the committal of a crime, so as to avoid the aggravation of the committed crime’s negative effects or else, to deter from the committal of other offenses). The above-mentioned precautionary remedies are really not essential for the carrying out of criminal proceedings: instead, they are increasingly employed in the fight against (alleged) crime, or even more, they are used to manage unquestionably dangerous activities (for example, economic crimes, environmental crimes, crimes committed in violation of safety regulations, etc.). The most obvious example of this modern trend is represented by the increased importance assumed by criminal proceedings: in fact, procedure is no longer merely instrumental to substantive criminal law, given that it has proven its greater ability to “stand out” in the media’s representation of punitive authority.

3. This brief overview should provide adequate evidence for an indisputable abolitionist assumption: namely, that criminal law possesses an intrinsic, and thus unavoidable, degree of violence and, to some extent, of unfairness. Actually, even those legal commentators who criticize the incontestable nature of the abolitionist approach have, nonetheless, upheld such claim. In fact, they support a considerable limitation in the use of criminal remedies, especially of imprisonment, which should be applied



only when strictly necessary. This opinion is firmly defended by legal commentators advocating the so-called “minimal criminal law”,<sup>6</sup> a punitive legal system that resorts to other, alternative dispute resolution remedies. Accordingly, a new project has been submitted and recently experimented in Italy: it is aimed at promoting an extensive decriminalization of minor offences, while strengthening administrative penalties. However, the greatest improvement concerning possible alternatives to traditional criminal law remedies has been represented by the introduction of criminal mediation techniques,<sup>7</sup> and specifically, of the attempt at reconciliation of parties involved in a crime. With specific reference to the Italian criminal jurisdiction, such remedy has been employed in cases heard by the newly introduced ‘criminal justice of peace’: as part of the reform, the legislator defined the judge’s competence to proceed against (typically) minor offences, as well as petty crimes committed among individuals (for example, words of abuse, battery and some minor crimes against property). And in fact, clause 4 of Article 29, introduced by Legislative Decree 28 August 2000, No. 274 on the “criminal justice of peace”, calls for a mandatory judicial attempt at reconciliation of the parties in crime, by awarding damages or by means of compensatory measures. Additionally, while defining the criminal penalties available to the new judge, the amended law eventually crossed out the possibility of enforcing custodial sentences.<sup>8</sup> At last, even the Italian criminal law system finally experienced the first, tangible broadening of its range of primary sanctions: this has resulted in the application of penalties that are neither custodial nor pecuniary in nature, even if the offence amounts to a serious crime. Only

---

<sup>6</sup> Above all, see FERRAJOLI L. , (2002), *Diritto e ragione: teoria del garantismo*, Bari, p. 325, and also see “Quattro proposte di riforma delle pene” in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Quaderni di “Questione Giustizia”, edited by BORRÈ G. and PALOMBARINI G. , Milan, p. 38 and foll. Also, refer to BARATTA A., (1986), “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, edited by BARATTA A., Naples, p. 443 and foll.

<sup>7</sup> Many legal writers have contributed to this subject. Limiting our reference to the Italian school of thought only, consult EUSEBI L., (1997), “Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, p. 811 and foll., for further bibliography as well.

<sup>8</sup> On this matter, refer to GIUNTA F., (2001), “La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale”, in *Studium Iuris*, p. 3950 and foll.; “Le sanzioni”, in *La competenza penale del giudice di pace*, edited by GIOSTRA G. and ILLUMINATI G. , (2001), Turin, p. 403 and foll.

time will tell if enforcing a ‘weekend house arrest’ as punishment for serious crimes (for example, in case of grievous negligent personal injury) will adequately lessen the distance between the possibility of using dispute resolution remedies as an alternative to imprisonment, and the hope for tangible crime deterrence.

4. In the last few years, while most European legislators amended their criminal laws to include alternative remedies to imprisonment – even if such innovative policy did not interfere with the application of traditional criminal law – the U.S. administration strongly recommended a progressive move towards “zero tolerance”. Such a shift necessarily represents the celebration of a legal order based on the enforcement of criminal law, thus compelling state action and conferring maximum priority to the protection of personal safety, specifically construed to suggest physical security.<sup>9</sup> The main objective is to defeat urban crime, and particularly, juvenile delinquency, in order to encourage greater social peace and respect: ultimately, the key-target is to defeat street crime. It would be inappropriate and deeply shortsighted to believe that this approach is founded on the Republicans’ neo-liberalist beliefs, given that if, on the one hand, they demand less governmental interference in social policies, on the other, they do not oppose letting the police loose on the streets to repress petty crime. Without doubt, the success of the “zero tolerance” slogan derives from the massive panic attack that hit the American society, and last of all Europe, once they faced crime. Hence, this is the major concern: criminal legal theory is currently experiencing somewhat of an “anti-secularization” process, at the risk of annulling centuries of emancipation brought on by the age of Enlightenment in its struggle against the supremacy of imposed morals.

However, the key-issue is not that a criminal regulation traditionally based on reason is now succumbing to rules grounded on impulsiveness and repressive impatience, but mostly it concerns the explanation that has been given for such a change. According to an opinion, the “zero tolerance” approach belongs more to political oratory, as it virtually represents a modern sub-culture or a widely held belief: at this point, it has indeed ceased to constitute a specific, criminal law policy.<sup>10</sup> Consequently, the

---

<sup>9</sup> See WACQUANT L. ,(2000), *Les prisons de la misère*, Italian translation *Parola d’ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milan, p. 12 and foll.

<sup>10</sup> Refer to DE GIORGI A. , (2000), *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Rome, p. 105.

“zero tolerance” tactic cannot be considered as a fully comprehensive expression of the traditional tasks faced by criminal law. Indeed, what makes criminal law different from private revenge or sheer State-approved violence is the fact that all punishment is rationally, and legally, justified. The development of modern criminal law is defined by the introduction of restrictions on the right to punish, introduced as (substantial and procedural) guarantees, but initially, as critical review of the circumstances that allow the determination of criminal behavior. Whenever a criminal system fails to acknowledge the causes of the crime it is expected to punish and, most of all, it neglects to promote a parallel social policy aimed at preventing criminal behavior, then such system is not only bound to broaden the standard of social injustice, but its many efforts to deter crime are likely to result ineffective.

5. At this point of the essay, it should be clear that the “zero tolerance” vision of crime punishment is completely opposite from that defining the abolitionist approach. More precisely, while the former supports active punitive action without political-criminal validation, the latter defends the need for restrictions on the right to punish, despite the fact that such approach leads to an unrealistic and ineffectual procedural policy. These arguments have ultimately given good reason to the opinion that, if “zero tolerance” cannot be included in criminal legal science, similarly, abolitionism amounts to nothing more than a noble and evocative, yet abstract vision. Then again, it would be futile to reply that even criminal law, with its many failures, embodies a similar vision, although its nature is not always as noble. Taking into consideration the shortcomings possessed by the abolitionist approach (it does not offer reasonable remedies for the resolution of social conflicts) and the criminal law system (it casually expects to solve all social strife resorting to punishment alone), the key difference is represented by the constant role that criminal law has played all through human history.

This argument is compelling, not because it justifies the consideration of criminal law and its intrinsic unfairness as an inevitable reality, but because, setting aside all unachievable dreams, criminal law helps to bring together useful, yet possible progress. However, it is correct to believe that such area of law will continue to be an indefinite science, given that the grounds for its validation will always be rooted on weak, empirical data requiring (if at all possible) criminological corroboration.

However, keeping a realistic and disenchanted point of view, the truth of the matter is that criminal law, or law as a whole, is the result of political relations: the authority of law, that is to say, legitimate power, cannot be

separated from violence, as violence is founded on power.<sup>11</sup> Consequently, given it's an expression of power, criminal law is intrinsically legitimate. As a result, criminal legal science holds an important responsibility: it must work together with (positive) criminal law – intended as mere expression of power – so as to moderate its innate brutality, ineffectiveness and unfairness. The ammunition offered for this desperate fight is now well-known: while on the one hand, all substantive and procedural guarantees must be upheld, in addition to the fundamental rights of prisoners, on the other, every criminal provision must be subject to strict, rational scrutiny. Modern criminal law continues to move along this path and designates the road to follow in the future, never failing to acknowledge the contaminated nature of the punishment “found”.

## RÉSUMÉ

*Abolitionnisme et “tolérance zéro” résonnent comme autant de slogans aux significations opposées, mais unis par la radicalité du programme scandé par chacun d’eux. Si “injustice des systèmes pénaux”, “inhumanité de la peine” et “inutilité de la punition” sont les principaux mots clés de l’abolitionnisme”, un pragmatisme punitif à matrice résolument répressive est à la base de la perspective de la “tolérance zéro”. L’extrémisme opposé qui caractérise les deux approches rend pratiquement impossible toute tentative de communication entre les partisans de l’une ou de l’autre de ces approches. Ce qui n’empêche nullement ceux qui n’adhèrent à aucune de ces deux approches de voir dans chacune d’elles les frontières extrêmes d’une réflexion sur la “situation spirituelle” actuelle de la science pénale. Dans cette perspective, le juriste d’aujourd’hui doit se mesurer au problème de la légitimation du droit pénal (et notamment de la peine de détention), pleinement conscient de l’imperfection et de la brutalité de cet instrument mais, tout autant, de sa nécessité.*

---

<sup>11</sup> See DERRIDA J., (1992), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, London. Italian translation, *Forza di legge. Il “fondamento mistico dell’ autorità”*, edited by GARRITANO F., (2003), Turin.

## RESUMEN

“Abolicionismo” y “tolerancia cero” suenan como eslóganes de significado opuesto, pero tienen en común la naturaleza radical de los programas que cada uno propone. Si las principales “palabras clave” del “abolicionismo” son “injusticia de los sistemas penales”, “inhumanidad de la pena” e “inutilidad del castigo”, la perspectiva “tolerancia cero” se fundamenta en un pragmatismo punitivo de carácter fuertemente represivo. La índole extremista que caracteriza a estas dos posiciones opuestas hace que cualquier intento de comunicación entre sus respectivos sostenedores sea prácticamente imposible. Ello no impide, sin embargo, que quienes no se identifican ni con la una ni con la otra vean en ellas la expresión más extremada de una reflexión sobre la “situación espiritual” actual de la ciencia penal. En esta perspectiva, el jurista hoy se ve obligado a afrontar el problema de la legitimación del derecho penal (y en particular de la pena de prisión), siendo plenamente consciente de que se trata de un instrumento imperfecto y brutal, pero al mismo tiempo necesario.

# La insostenible ‘modernización del derecho penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países ‘emergentes’

por

CARLOS JULIO LASCANO

Profesor Titular por concurso de Derecho Penal I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, y Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja, España

## I. Introducción

Han transcurrido ya más de veinte años desde la publicación de la valiosa obra *Peines perdues. Le système pénal en question*,<sup>1</sup> que generó numerosos debates entre los cultores de las Ciencias Penales, de la Filosofía del Derecho, de la Sociología del Derecho y de la Criminología.

La razón para la abolición del sistema penal que postula el Profesor de Rotterdam Louk Hulsman quedó implícita en el título de ese libro, pues *peines perdues* significan “castigos sin sentido” y al mismo tiempo “castigos perdidos”, que deben abolirse precisamente por su falta de sentido.<sup>2</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>3</sup> expresó correctamente: “Llama la atención que sea justamente un profesor de Derecho Penal quien proponga la abolición

---

<sup>1</sup> Escrito por LOUK HULSMAN, en colaboración con JACQUELINE BERNAT DE CÉLIS, (1982), París, Éditions Centurion.

<sup>2</sup> DE FOLTER ROLF S., (1989), “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”, en *Abolicionismo Penal*, traducción del inglés por MARIANO ALBERTO CIAFARDINI Y MIRTA LILIÁN BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 60 y 61.

<sup>3</sup> “El abolicionismo Penal de Louk Hulsman (aproximación a algunas observaciones al reciente realismo Penal verde)”, in *Doctrina Penal*, año 6, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 365.

del sistema Penal, pero no por ello debe pensarse que se trata de una voz aislada y discordante, como tampoco es posible desentenderse fácilmente de sus argumentos con el simple mote de ‘utópicos’ ”.

Dicho autor oponía como principal reparo al enfoque abolicionista de Hulsman, que pierde de vista que la criminalización es producto de conflictos entre grupos de intereses antagónicos, que muchas veces cumple funciones meramente simbólicas y que, en definitiva, al menos en los países periféricos, afecta a la dignidad de la persona humana, pues se sirve de ella como mero instrumento en la medida en que la condiciona para que su ejemplo mantenga a raya al resto de la población.<sup>4</sup>

En *Peines perdues*, Louk Hulsman destacaba el bajo índice de delitos violentos dentro del total de situaciones problemáticas que caen en la maquinaria del sistema penal, a la par que criticaba las estadísticas policiales y la forma en que son confeccionadas, generadora de inútil alarma social, todo lo cual tiene pleno valor en la actualidad en nuestros países. También observaba que la seguridad en las calles no es un problema “nacional”, sino eminentemente “local”, que es “nacionalizado” precisamente por el sistema penal.

Tales aspectos resultan significativos en nuestros días, pues estamos viviendo tiempos en que se percibe en la sociedad una creciente *sensación de inseguridad* derivada del incremento de la ola de violencia delictiva. La transmisión de este fenómeno a través de los medios masivos de comunicación y el recurso a las encuestas de opinión, traen como consecuencia que las posibilidades de dramatizar la violencia y hacer política por medio de ella son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de la violencia un alto valor como noticia e informa sobre ella, sin embargo, en forma altamente selectiva; la amenaza de violencia – sea real o sólo supuesta – es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide por medio de un acuerdo normativo social, para el cual, de nuevo, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.

La sociedad, puesta contra la pared por la amenaza del delito, se encuentra en un encrucijada que exigiría mayor eficacia de la persecución punitiva que no puede seguir dándose el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad (la *Carta Magna del delincuente* de que hablaba Von Liszt), pues lo necesita como un instrumento eficaz de lucha

---

<sup>4</sup> ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, *op. cit.*, p. 367.

contra el delito, dando lugar a un *derecho penal del enemigo*, es decir, el delincuente.

Esta suerte de *guerra santa* llegaría a justificar políticas criminales de *seguridad ciudadana* – versión posmoderna de las antiguas campañas de *ley y orden* – que así se transforma actualmente en el nuevo *bien jurídico*, que alimenta la creciente industria de la seguridad.

De tal forma se postulan cursos de acción que reflejen el modelo de la *tolerancia cero* del alcalde neoyorquino Giuliani – caracterizado como una línea de *mano dura* – con algunas propuestas como las siguientes: dotar de mayor poder a los organismos policiales – no sólo en cuanto al incremento de recursos económicos que les permitan contar con mayores y mejores elementos técnicos y humanos – a la par que reducir los límites impuestos a su accionar preventivo y represivo; disminuir la edad para la adquisición de la imputabilidad penal; elevar la severidad de las escalas penales; recurrir a testigos de identidad reservada, *arrepentidos*, agentes encubiertos e informantes estimulados por recompensas económicas; admitir la validez de pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales, etcétera. De aquí a la justificación del *gatillo fácil* existe poca distancia.

Frente a esta realidad, que exhibe una tendencia maximalista debemos preguntarnos: ¿qué ha quedado del abolicionismo penal que postula la supresión total del poder punitivo?; ¿dónde se sitúan los principios de un *derecho penal de intervención mínima*, basado en el respeto de las garantías constitucionales, con sus subprincipios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal?; ¿cuál es su rol en la actualidad ante la potenciación de sus *efectos simbólicos* que proporcionan a la opinión pública la ilusión de que la ley penal puede resolver o reducir el problema de la criminalidad?

Si bien no son temas fáciles, no podemos claudicar frente a semejantes propuestas de derecho de excepción que vulneran garantías constitucionales, porque si justificamos estas excepciones, las excepciones se van a ordinarizar y así como se empezó aceptándolas sin límite alguno para el narcotráfico, y ahora quieren imponerse también para el terrorismo, después se van a querer extender para la delincuencia administrativa, tributaria o para cualquier delito organizado. Y luego, para todos. Esto también tenemos que advertirlo porque *ni la inusitada gravedad de un delito puede justificar la ilegalidad para investigarlo y castigarlo*.<sup>5</sup>

La sistemática violación de los derechos individuales y el desprecio a la ley, unidos al alarmante nivel de impunidad que se registra actualmente en

---

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES JOSÉ I., (1997), *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 142.



nuestra República, donde con gran facilidad se comete toda clase de actos ilícitos, sin que, muchas veces, los responsables deban cumplir pena alguna y a menudo sin que los hechos sean siquiera investigados, han creado la sensación dominante de ausencia de justicia y seguridad y de inoperancia de un Poder Judicial en buena medida dependiente del poder político y de las presiones provenientes de los medios de prensa y de la opinión pública.

El oscuro panorama que presenta semejante realidad, nos plantea la pregunta de cómo poder hacer funcionar las categorías de la dogmática jurídico-penal o las propuestas de la Política Criminal en una sociedad fracturada e injusta como la que nos toca vivir.

También nos obliga a cuestionarnos qué sentido y utilidad tiene en nuestra realidad, intentar aplicar los criterios político-criminales que en las sociedades post-industriales se postulan frente a la actual crisis que se deriva del fenómeno que ha dado en llamarse la “*expansión del Derecho Penal*”.

Ello significa que nuestra posición es por demás frágil, porque – inmersos en el colapso de la estructura socio-cultural que define a la anomia “*propia*” de nuestro país, que se suma a la crisis “*global*” de los sistemas penales del “*primer mundo*” que los han colocado en una situación que ha sido calificada de “*insostenible*”– debemos encarar la apremiante necesidad de buscar soluciones equilibradas que posibiliten lograr la máxima eficacia en la prevención y el castigo de la actividad delictiva, respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales y las garantías del imputado.

Concretamente, intentaremos responder los siguientes interrogantes:

1. ¿Resultaría “*sostenible*” dentro del modelo del Estado social y democrático de Derecho una “*modernización del Derecho Penal*” basada en el criterio de “*tolerancia cero*”, o – por el contrario – nos encontraríamos frente a un nuevo Derecho Penal autoritario?

2. Si – a modo de hipótesis – entendiéramos a tal “*modernización*”<sup>6</sup> como un concepto material histórico que – suponiendo una ruptura sustancial con el modelo anterior sustentado en el ideario político ilustrado liberal de la burguesía capitalista – significa “la lucha por integrar en el discurso penal a la criminalidad de las clases sociales poderosas que estas mismas han podido excluir hasta ahora” del Derecho Penal, “gracias a su

---

<sup>6</sup> Como lo hace MARTÍN LUIS GRACIA, (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 166 y 167.

posición de poder de disposición absoluto sobre el principio de legalidad”, ¿podrían o no catalogarse como razonables ciertas regulaciones positivas expresivas del modelo de “*tolerancia cero*”, el cual constituye una de las manifestaciones particulares del Derecho Penal moderno?

Por el carácter resumido que impone a nuestra exposición el espacio aquí disponible, solamente intentaremos realizar una aproximación a tan inquietantes cuestiones, conscientes de nuestras limitaciones y que la adecuada respuesta a las mismas requiere profundizar su análisis desde las perspectivas de un modelo jurídico multidimensional,<sup>7</sup> que hunda sus raíces en la relación hombre-sociedad-cultura-derecho.

## **II. Las actuales tendencias expansivas del derecho penal y las soluciones propuestas**

Ramon Ragués<sup>8</sup> ha expresado con acierto que “en los últimos años el Derecho penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En semejante contexto, la labor de la política criminal como ciencia deviene más compleja, pues se trata de valorar un fenómeno de ampliación de los tipos delictivos y de endurecimiento de las penas que, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, recibe su impulso de la opinión pública y es ejecutado por un poder político que cuenta con plena legitimidad democrática”.

Agrega a continuación: “Por este motivo, el discurso de quienes se dedican a la política criminal se ha visto obligado a cambiar, pues ya no es posible recurrir sin más a la deslegitimación del poder político como argumento para desautorizar los excesos punitivos. La tarea es ahora más ardua: debe desacreditarse el crecimiento del Derecho penal pese a que éste es reclamado por los ciudadanos y otorgado por sus legítimos representantes. Sin embargo, no debe ser ésta una tarea imposible. Como

---

<sup>7</sup> MARTÍNEZ PAZ FERNANDO, (2003), *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, p. 53.

<sup>8</sup> RAGUÉS I VALLÉS RAMON, (2003), “Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal”, en *Pensamiento penal y criminológico*, Revista de Derecho Penal Integrado, año IV – n° 6 – Córdoba, Editorial Mediterránea, abril de 2003, p. 240 y ss.

afirma Lorenz Schulz, ‘en un Estado constitucional el proceder del legislador elegido democráticamente comporta una presunción de corrección, pero no la garantiza’ ”.<sup>9</sup>

Finalizamos la cita del joven profesor de la Universidad Pompeu Fabra: “En la actualidad el Derecho penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes; segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y, tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho penal distintas de los Estados. Asimismo, en el ámbito del proceso penal se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito.”

Si bien es cierto que la *crisis* es un “*estado connatural al Derecho penal*”, no es menos exacto que en determinados momentos suelen presentarse situaciones coyunturales algo más “críticas”, como lo afirma Jesús-María Silva Sánchez,<sup>10</sup> quien agrega: “La coyuntura en la que se mueve el Derecho penal en los últimos diez años es una de las más graves, pues compromete los rasgos definitorios de su propia identidad. En efecto, la crisis que se plantea en la actualidad no deriva de la convicción de que es preciso someter a constante análisis el ejercicio del *ius puniendi* para resolver sobre su posible limitación: lo que ha constituido la idea rectora de la comprensión del Derecho penal ilustrado por parte de los penalistas. Por contra, se trata precisamente de una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho penal para que éste se encuentre supuestamente en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad se afirma.”

Aquella tendencia expansiva del Derecho Penal se refleja en una verdadera “*inflación penal*” con la introducción de un mayor número de tipos penales y la agravación de los ya existentes, la creación de nuevos “*bienes jurídico-penales*”, la ampliación de los espacios de riesgos penalmente relevantes (delitos de peligro abstracto), la flexibilización de la reglas de imputación, la responsabilidad de las personas colectivas y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

---

<sup>9</sup> SCHULZ L., en *Irrwege*, p. 129.

<sup>10</sup> Prólogo a la edición española de *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, p. XI.

Jesús-María Silva Sánchez<sup>11</sup> afirma que la racionalidad de la Política Criminal valorativa influenciada por esa doble perspectiva de Claus Roxin, que ha marcado el rumbo en los últimos treinta años en Alemania, ha ido experimentando una cierta disolución de “sus dos ejes fundamentales: la fe en la resocialización y, también, la convicción acerca de la incommovilidad de las garantías”.

En cambio – a su entender – “se ha sido asentando una política criminal ‘práctica’ de orientación intimidatoria e inocuidadora, en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo. Seguramente no es exagerado afirmar que con ello la situación del derecho penal se está haciendo insostenible. Ahora más que nunca se debe, pues, hacer hincapié en la necesidad de orientar la política criminal a los principios que derivan de la idea de dignidad de la persona”.

1. Con ese punto de partida, para quienes pregonan la *modernización del Derecho Penal* nos encontramos frente a una *crisis de crecimiento*, y resulta una situación insostenible pretender que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal pueden seguir teniendo eficiencia para ejercer el control social de las nuevas formas de criminalidad de los umbrales del siglo XXI (delincuencia organizada, delitos violentos y extremismo político) mediante el uso de una autocomprensión, unos principios y unos instrumentos concebidos para el Estado liberal y gendarme del siglo XIX.

Los partidarios de esta corriente de pensamiento propician la ampliación de las facultades de investigación de la policía, la abreviación de los procesos penales, la anticipación de la punibilidad o la agravación de las escalas penales.

2. En la posición contraria se ubican los representantes de la denominada “*Escuela de Frankfurt*” (Hassemer, Lüderssen, Naucke, entre los más destacados), quienes afirman que en realidad se trata de una *crisis de metamorfosis* y que son precisamente las consecuencias de los esfuerzos de *modernización* del Derecho Penal las que dan lugar a su insostenible situación en nuestros días.

Estos autores postulan el utópico regreso al “*viejo y buen Derecho penal liberal*” con sus principios político-criminales de garantía, tanto sustantivos como procesales, y se quejan del ritmo acelerado que caracteriza a la tarea

---

<sup>11</sup> Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal, en *Crimen y Castigo*, Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho – U.B.A., año I, agosto de 2001, n° 1, Buenos Aires, Depalma, pp. 231 y 232.

del legislador, de la praxis judicial penal y de ciertos sectores doctrinales, al mismo tiempo que destacan los abusos y omisiones, las exacerbaciones, deformaciones y demoliciones que desde hace tiempo exige la Política criminal oficial al Derecho penal y al Derecho procesal penal.

Así por ejemplo, rechazando el principio de oportunidad, algunos reclaman el retorno al principio de legalidad procesal, que sólo tendrá éxito en la medida en que el Derecho Penal sustantivo se reduzca, limitándose al denominado “*Derecho penal nuclear*” (Hassemer), protector de bienes predominantemente personales (vida, salud, honor, integridad sexual, libertad) y patrimoniales.

Para Hassemer el Derecho penal liberal tradicional debería reducir su objeto al “Derecho penal nuclear”, pero las infracciones contra los nuevos bienes jurídicos (como los referidos al orden económico) podrían ser reguladas a través de lo que él llama un “*Derecho de intervención*”, que – aunque no aparece suficientemente concretado – tendría que ser situado a mitad de camino “entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las que pudieran imponerse a los individuos”<sup>12</sup>.

3. Finalmente, Silva Sánchez<sup>13</sup> rechaza la crítica de Schünemann a las tesis liberales radicales promovidas por la *Escuela de Frankfurt*, basada en el argumento que aquéllas “serían *sospechosas* ahora que, por primera vez, el Derecho Penal comienza a afectar seriamente a los poderosos”. Para ello el Profesor español argumenta que la preocupación garantista ha existido en el Derecho Penal desde hace por lo menos dos siglos.

Tampoco acepta la pretensión consistente en volver a un Derecho penal liberal que nunca existió en los términos en que ahora se representa: “*el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal*”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE, (1995), “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 46.

<sup>13</sup> Prólogo a *La insostenible situación del Derecho Penal*, pp. XII y XIII.

<sup>14</sup> *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (2001), 2ª ed., Madrid, Civitas, p. 149. Dicha expresión es criticada por su “absoluta falta de fundamento histórico material”, por MARTÍN LUIS GRACIA, “*Prolegómenos...*”, p. 175 y ss., quien afirma que el orden liberal burgués se articula en torno al discurso de *Locke*, cuyo objeto

Silva Sánchez intenta formular una síntesis entre las posiciones anteriores en base a una propuesta *posibilista* que consiste en la “resignada” admisión de un espacio de *expansión razonable* del Derecho penal para los hechos ilícitos que no tengan conminada una pena privativa de libertad.

En tal sentido,<sup>15</sup> a partir de la necesidad de conectar el grado de exigencia de los principios garantistas con la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, Silva propone un modelo de Derecho penal de “dos velocidades”: una *primera velocidad*, representada por el Derecho penal “*de la cárcel*”, aplicable a los “*delitos nucleares*” (homicidio, violación, privación de libertad, robo y otros delitos patrimoniales tradicionales, etc.), en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una *segunda velocidad*, para los casos en los que, por tratarse de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían admitir una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.

### III. El modelo de tolerancia cero y su aplicación en los países emergentes

El profesor chileno Miguel Soto Piñeiro – en una conferencia pronunciada en Córdoba en junio de 2002 – formuló una clara distinción en las modalidades que el fenómeno de la “*huída hacia el Derecho penal*” asume en los países más avanzados de Europa y las que se manifiestan en países “*emergentes*”, entre los cuales suele ser ubicado el nuestro.

Sin pretender justificar la “*administrativización*” del Derecho penal (al estilo del “Derecho de intervención” de Hassemer) que incluya a los hechos lesivos del medio ambiente y a los que afecten el orden económico, como tampoco el denominado modelo de “*dos velocidades*” (Silva),<sup>16</sup> que admite

---

central es la propiedad privada como derecho natural, con exclusión total del discurso de *Rousseau*, que considera a aquélla como la causa de todos los horrores y desgracias del género humano y como un factor criminógeno por excelencia.

<sup>15</sup> *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (1999), 1ª ed., Madrid, Civitas.

<sup>16</sup> Ambas propuestas son calificadas como “teorías del *Big Crunch*” por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial

un menor grado de garantías para los delitos que no tengan conminada penas privativas de libertad, podemos advertir que en el desarrollado y próspero “*primer mundo*” de la postmodernidad parecería existir cierta dosis de razonabilidad en una política criminal derivada de la existencia de los nuevos riesgos propios de las sociedades postindustriales (delitos socio-económicos, protección penal de los recursos naturales y el ecosistema, criminalidad transnacional organizada, etc.). Se trataría de un sistema más equilibrado pues no sólo apunta a los delitos tradicionales, sino también a la delincuencia de “*cuello blanco*” de los sectores más poderosos.

En cambio, en los países marginales y, también, en los más avanzados que en los últimos años experimentan problemas de vertebración social por la inmigración, la multiculturalidad, los bolsones de pobreza y los excluidos del sistema, se observa que aquel proceso expansivo del Derecho Penal se traduce en un orden irracional, que acentúa la injusticia, la desigualdad y la selectividad en perjuicio de los sectores de menores recursos.

De tal modo, se implementan medidas legales, judiciales y policiales con las premisas ideológicas del movimiento – inicialmente norteamericano – de “*ley y orden*” que se manifestó en los años 60 y posteriores, pero que en nuestros días se inspiran en el modelo de “*tolerancia cero*” propiciado por William Bratton, asesor del Alcalde de Nueva York Rudolph Giuliani, al principio de los años 90, que significó en la práctica el endurecimiento de la actuación policial contra los grupos más marginales de la sociedad (drogadictos, pequeños delincuentes, prostitutas, inmigrantes ilegales, etc.), a los que se calificaba directamente como “*basura*”.<sup>17</sup>

La “*tolerancia cero*” aplica severas sanciones contra las pintadas en edificios y medios de transportes públicos, o los hurtos en supermercados, no porque tales hechos sean muy graves en sí mismos, sino porque si se

---

referencia al ámbito económico”), en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo – Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, CASABONA CARLOS MARÍA ROMEO, MARTÍN LUIS GRACIA, HIGUERA GUIMERA JUAN FELIPE (editores), (2002), Madrid, Tecnos, p. 396, donde expresa: “En Astrofísica se apunta asimismo otra reciente teoría, conocida con la denominación de “teoría del *Big Crunch*” (no científicamente verificable de momento, a diferencia de la teoría del *Big Bang*) que estima que la expansión de las galaxias posee un límite, o mejor un punto de retorno, a partir del cual el Universo no sólo dejará de expandirse sino que, antes al contrario, iniciará un proceso inverso, en virtud del cual las galaxias empezarán a contraerse hasta tornar a concentrarse en un punto similar al que dio origen al Universo”.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho penal autoritario*.

dejara impunes a sus autores, éstos pasarían posteriormente a cometer hechos de mayor entidad que ya no habría forma de atajar. La imagen gráfica utilizada para ejemplificar esta teoría es la de las “ventanas rotas” (*broken windows*): si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello induce más a entrar a los ladrones que una casa bien pintada, que da imagen de solidez y no tiene desperfectos aparentes.<sup>18</sup>

En consecuencia, la política de “*seguridad ciudadana*” intensifica la reacción punitiva contra la delincuencia de masas y la criminalidad callejera (patrimonial y violenta) protagonizadas mayoritariamente por miembros de la clase baja y de la clase media económicamente venida a menos, operándose una suerte de “*criminalización de la pobreza*”, mientras se favorece la impunidad de otros delitos mucho más graves, como la corrupción administrativa y empresarial, las estafas masivas, el narcotráfico a gran escala, los delitos económicos, etc., cometidos por personajes “*poderosos*”, que viven lujosamente en “*barrios cerrados*” protegidos con seguridad privada, que han sido “limpiados” por la policía pública de la presencia de vecinos “indeseables” y pequeños delincuentes, contra los cuales se ha aplicado la política de “*tolerancia cero*”. El drama actual es que la inmensa mayoría de honrados ciudadanos, que en las grandes urbes reside en barrios comunes y sin protección especial, quedan librados a su suerte. Ello conduce a acentuar las desigualdades sociales.

Es que no estamos para nada convencidos que dentro del Estado de Derecho sea viable la coexistencia pacífica de dos modelos diferentes de Derecho Penal, uno respetuoso de las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, de “*tolerancia cero*”, que renuncie a la aplicación de los principios característicos del Estado de Derecho, los cuales son vinculantes por mandato constitucional.<sup>19</sup>

En consecuencia, no podemos dar prioridad al valor “*seguridad*” por sobre las garantías de un Derecho Penal liberal, en lugar de realizar los cambios económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de pobreza y hacer valer una mayor justicia social.

En la Argentina – donde los índices de pobreza han superado la mitad de la población y hemos debido padecer numerosas muertes de niños por desnutrición en un país reconocido a nivel mundial por la abundancia de sus materias primas alimenticias – el Estado de Derecho se encuentra en gravísima emergencia y jaqueado por la corrupción en todos los ámbitos, situación para la cual no existen soluciones mágicas y mucho menos frente

---

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, *ibidem*.

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho penal autoritario*.



a la profundidad de la crisis que nos agobia, que no sólo es económica, sino también política, pero fundamentalmente moral y cultural.

#### IV. Conclusiones

Finalizamos manifestando nuestra convicción que el mayor desafío de la hora consiste en diseñar una verdadera política de Estado en materia penal que permita alcanzar un punto de equilibrio entre el parámetro empírico de “*eficacia*” y el patrón valorativo de “*garantías*”, es decir, entre el Derecho Penal como manifestación de la pretensión punitiva del Estado que busca preservar la convivencia mediante la prevención y el castigo de las conductas antisociales que afectan los bienes jurídicos más relevantes, por una parte, y por otro lado, la reglamentación garantística del debido proceso “*fundado en ley anterior al hecho*”, que asegure el resguardo de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, sin caer en la “*tolerancia cero*”, que puede implicar mayor discriminación y exclusión de algunos sectores sociales.

Es así que, como respuesta al primer interrogante que formulamos inicialmente, podemos afirmar que resulta poco sostenible en el marco del Estado social y democrático del Derecho, la *concepción de tolerancia cero* de un Derecho Penal moderno, pues ella posee componentes autoritarios que – so pretexto de proteger a toda costa el valor “*seguridad*”– podrían derivar en una criminalización de la protesta social.

En alusión a la segunda pregunta, sin cuestionar la afirmación de Bernd Schünemann, en el sentido que Gracia Martín “*aboga por una modernización del Derecho penal pero sin renunciar en ningún punto, como hace el concepto de “Derecho penal del enemigo”, a los principios del Estado de Derecho*”,<sup>20</sup> pensamos que su pretensión de construir un nuevo Derecho penal guiado por “*el criterio rector de que sus contenidos deben estar constituidos en su mayor parte por los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad*”,<sup>21</sup> parecería representar un *Derecho penal de “autor”* (que reclama el castigo de un *modo de ser* del sujeto), de signo inverso al del positivismo criminológico, y al mismo tiempo, un irracional proceso expansivo del Derecho Penal que – en una

---

<sup>20</sup> Presentación del libro “*Prolegómenos ...*”, p. 17.

<sup>21</sup> MARTÍN GRACIA, *op. cit.*, p. 217.

suerte de efecto *boomerang* – podría acentuar la injusticia, la desigualdad y la selectividad en perjuicio de los sectores de menores recursos.

Tales conclusiones tampoco deberían conducirnos a la aceptación acrítica de la llamada “*Dogmática deslegitimadora del poder punitivo*”, mediante una teoría agnóstica de la pena. Es que cuando más nos alejamos de la norma como centro de nuestras vidas los más perjudicados no son los “poderosos” del sistema, sino los “pobres desgraciados”, es decir, los excluidos del sistema. En otros términos, cuanto más deslegitimación del sistema, menos garantías para los “pobres tipos” y mucho más poder arbitrario para los “poderosos”, que por eso lo son, precisamente. Creemos que la dogmática se construyó como sistema de garantías para el ciudadano, por tanto dejemos de ser “no ciudadanos” y comencemos a ejercer nuestros derechos.

#### SUMMARY

*Basing himself on the relevant criminal legislation and having regard also to the specific Argentine situation, the Author sets out to answer the following questions:*

*a) Given the social State model and the rule of law, would a “modernization of the penal system” based on a zero tolerance criterion be acceptable or would it once more bring about an authoritarian penal system?*

*b) To what extent may one deem reasonable some of the rules born of the “zero tolerance” model, the model as such being one of the specific manifestations of modern penal law?*

#### RÉSUMÉ

L’auteur évoque la doctrine criminologique pertinente, non sans se référer tout particulièrement à la situation de l’Argentine. Il se propose de donner une réponse aux questions suivantes:

a) Dans le cadre du modèle de l’État social et démocratique de droit, une “modernisation du système pénal” fondée sur un critère de “tolérance zéro”, serait-elle acceptable, ou ne nous mènerait-elle pas plutôt vers un nouveau droit pénal autoritaire?

b) Dans quelles limites peut-on retenir raisonnables certaines règles, expression du modèle de “tolérance zéro”, qui constitue à son tour une des manifestations typiques du droit pénal moderne?

## **Peines perdues. Le Système pénal en question, de Louk Hulsman**

por

ALI LASSER

Miembro honorario del Consejo Directivo de la SIDS

Me proponía iniciar este estudio con un resumen de la obra arriba mencionada, traducida al español por Sergio Politoff con el título de *Sistema penal y seguridad ciudadana* (Ed. Ariel, Barcelona, 1984), cuyo contenido comentaría yo después del resumen. Sin embargo, desistí más tarde de éste por respeto a la obra citada. En efecto, un resumen, por acabado que sea, empobrece tanto el texto original que lo convierte en un simple esquema, en una reducción, casi abstracta, del contenido de aquel. El libro pierde así uno de sus principales atractivos y valores, el de su desarrollo de los conceptos que ya Cervantes elogiaba en su *Don Quijote de la Mancha*. Al compendio de un libro le ocurre algo parecido al sistema penal, acusado por Hulsman de ser una reducción intolerable, una abstracción de la realidad viva y compleja en que se mueven el victimario, la víctima, los funcionarios, los testigos, etc. Por esto, en vez de un resumen, elegiré algunas ideas fundamentales del libro, lo que aproximarían más a lector y autor. Quizás en esas ideas se contenga todo el texto.

Hulsman censura en su obra esa reducción o abstracción de la realidad que caracteriza al sistema penal. Al delito lo llama Hulsman “hecho indeseable”. En el capítulo “Cinco estudiantes”, (35. p. 88), dice: “Si las claves abstractas reductoras que el sistema penal aplica a los sujetos fuera sustituida por maneras de representación naturales que partieran de los individuos en lugar de partir de la estructura socio estatal, podrían desarrollarse diferentes tipos de reacción.” Para comprobar esto, Hulsman emplea la parábola de cinco estudiantes que viven juntos. Uno de ellos se lanza un día sobre un televisor y lo destroza. Sus compañeros reaccionan ante el hecho de diferentes maneras y cada uno propone que se aplique la

medida que considera más apropiada, desde la muy drástica, de tipo represivo, como la de echarlo a la calle (estudiante num. 2), o la de comprar un nuevo televisor pagado por el autor del hecho (estudiante num. 3), o la de buscar un médico o siquiatra que lo examine (estudiante num. 4), o la de efectuar juntos un examen de conciencia, ya que algo no marcha adecuadamente en la comunidad para que tal acción haya sido posible...” (estudiante num. 5). Esta parábola contiene todo el libro. En ella, el estudiante 2 representa al sistema penal. Los demás estudiantes representan las soluciones compensatorias, terapéuticas y solidarias. Las tres últimas desatendidas o marginadas por el sistema penal, aferrado a su posición unilateral represiva. El modelo que propone Hulsman sería el conciliatorio, el de la solidaridad de todas las partes implicadas en el hecho sin que esto necesariamente signifique que se prescindiera de la solución compensatoria o siquiátrica. A la que se opone Hulsman con firmeza es a la solución penal .

#### **A) Solidaridad**

La solidaridad es una de las ideas centrales, quizás la primera, del pensamiento de Hulsman quien escribe: “Los movimientos que procuran devolver al detenido su dignidad humana por la vía de humanizar la prisión, se fundan en la solidaridad con la suerte de los detenidos” (*Ib.* 2, ¿”Por qué clase de libertad”?, p. 83). La solidaridad sería la misma fraternidad con diferencias de matices y corresponde al tercer término del lema de la Revolución Francesa, o al de la tercera generación, según el jurista Karel Vasak, precedida. Por la libertad y la igualdad. En vez de generaciones, nosotros preferimos emplear el término “fases”, aunque tenga un olor utópico, para interpretar la historia del hombre, la cual se desarrollaría de acuerdo con esos tres principios. El primero, el de la libertad, es el que ha alcanzado hasta hoy un mayor grado de realización, al menos en las sociedades más evolucionadas, entre ellas la occidental. El segundo, la igualdad, en su sentido de justicia social, caracteriza la época actual, agitada por intensos conflictos socio económicos y de clases. La tercera, la solidaridad, más lejana pero no menos real, predicada por profetas y filósofos, llegará en su momento cuando su campo de acción haya sido abonado por los dos primeros. No se crea que se trata de una utopía. La solidaridad, ínsita en el hombre y tan real como el aire, es una condición indispensable del abolicionismo del sistema penal. Dice Hulsman: “Lejos de parecer utópica, la perspectiva abolicionista se presenta como una necesidad lógica y como una actitud realista, como una exigencia de la equidad”. (*Ib.*).

El abolicionismo del sistema penal, de carácter represivo, es un capítulo brillante del tema universal de la evolución, la cual no solo se desarrolla en el plano biológico – Darwin – sino también en el plano espiritual e histórico – Hegel, Marx, Croce, Dilthey y otros –. Esta evolución ha situado a los derechos humanos, tan conculcados por el sistema penal, en plano de primera importancia.

Hay que vivir cuatro tipos de solidaridad, dice Hulsman. La primera se practica con las personas condenadas, la segunda con las víctimas, la tercera con la ciudadanía y la cuarta con los funcionarios del sistema penal.

Dostoyevski, en su máxima novela *Los Hermanos Karamazovi*, exalta la solidaridad de todos los hombres cuando exclama por boca de Dimitri Karamazovi, uno de los protagonistas de la novela, “¡Todos somos culpables de todo y por todos!”, frase que equivale a la del último estudiante de la parábola arriba citada, cuando invita a sus compañeros a practicarse un examen de conciencia.

Uno se pregunta por qué la solidaridad, tan natural y profunda en el hombre, no funciona en el sistema penal. La respuesta, según Hulsman, se halla en los orígenes de ese sistema que se remonta al siglo XIII d. de C. Volveremos sobre este punto.

Partiendo en primer lugar de sus experiencias externas e internas y, en segundo lugar, de los estudios de otros autores sobre el mismo tema, Hulsman elabora una crítica penetrante y objetiva del sistema penal al que dedica 37 enfoques en sendos capítulos (*Ib.*, primer tiempo de la segunda parte). Detengámonos en el titulado “Hija de la Escolástica”, (10. p. 56).

## **B) Orígenes del sistema penal. El abolicionismo penal, la desinstitucionalización Estatal y la teología escolástica**

Dice Hulsman: “El sistema penal ha sido concebido en un clima de teología escolástica. De ahí que la designación de “autores” culpables “sea el eje del proceso penal...” Tal cosmología, – la escolástica – implica la existencia de un punto absoluto, un Dios omnipotente y omnisciente y, sin ser conciente de ello, es con relación a este punto absoluto que están tentados de identificarse los defensores del sistema penal cuya naturaleza es maniquea. No supera la oposición inocente-culpable que la caracteriza. Se trasmite así una teología heredada del Juicio Final”.

En otro pasaje, Hulsman afirma: “Mi trabajo de desinstitucionalización estatal es, en efecto, una réplica del relativo a la Iglesia... He reconocido en reiteradas ocasiones, siempre con la misma sorpresa, esta notable

semejanza entre las estructuras estatales y las de la Iglesia como institución (*Ib.*, p. 23, entrevista). “...la universidad tiene un sistema, tiene una actividad que justifica el sistema estatal” (*Ib.*, p. 13). En otro pasaje habla de “demistificar” el Estado. Aunque Hulsman no emplea el término “abolición” respecto al Estado sino el de desinstitucionalización y como la estructura del Estado es muy semejante a la de la teología escolástica que debe descartarse o abolirse por su carácter metafísico, surge la siguiente pregunta: ¿Propone también el autor la abolición del Estado? No concibiéndose una abolición del sistema penal sin la del ente que lo establece y lo sostiene y que, a su vez, ha sido engendrado por la teología escolástica, hay que detenerse, por consiguiente, en estos dos puntos fundamentales: a) abolición del sistema penal, b) desinstitucionalización del Estado.

a) En cuanto a este punto, la posición de Hulsman es clara y radical: “En lo que a mí respecta, afirmo que el principio de la abolición necesaria del sistema penal, de la maquinaria penal, tal como la defino, no sufre excepción alguna” (*Ib.*, p. 112. 48).

Yo me solidarizo con esta opinión, pero a reserva fundada en el principio de que “Toda regla tiene su excepción”. Pienso que hay crímenes tan atroces, cometidos intencionalmente, por ejemplo, los genocidios que perpetraron Hitler, Stalin y sus cómplices que no deben sustraerse al sistema penal. Esos genocidios se cometieron contra decenas de millones de personas. El Derecho y la misma Naturaleza efectúan con frecuencia excepciones a sus leyes, ya que la realidad misma, más compleja y rica que nuestros conceptos, es relativa y rehuye los absolutismos.

En poesía, esta concepción inocente-culpable, característica del sistema penal, se refleja en *La Divina Comedia*, de Dante, de un modo riguroso y supergenial. Los culpables son condenados a un eterno tormento en el infierno y los inocentes son recompensados, también eternamente, con las delicias del Paraíso

Sin embargo, en el seno de la filosofía patrística de cuyo seno surgió la doctrina del castigo eterno para los culpables, hubo teólogos que disintieron de ella, entre ellos Orígenes, considerado por algunos exégetas como el más grande de los teólogos. *En su doctrina de la apocatástasis*, Orígenes rechaza el dogma establecido, de raigambre bíblica, y sostiene que los condenados serán perdonados por Dios y volverán a su seno después de vivir experiencias en otros mundos. El amor de Dios prevalecerá, según Orígenes, sobre su justicia. La teología dogmática, no obstante, rechazó la doctrina de Orígenes y mantuvo la suya.

Por mi parte, pienso que el infierno se halla en la misma conciencia del hombre, alienada por la falta de solidaridad o amor, de libertad y de

justicia enfrentados al egoísmo, al instinto de dominación, o en otros términos, a la insaciabilidad de los deseos, en particular los de la codicia, la ambición, la vanidad y los vicios, etc.

La escolástica teológica, aunque ha perdido su influencia en Holanda, aún la conserva en otros países. En aquellos en que ha sufrido algunos reveses, como en Venezuela durante gobiernos que entendieron los problemas de los menores, ella repuso y empleó esa influencia bajo un gobierno social cristiano. Así, en el campo del Derecho de Menores, había regido en Venezuela, desde el año 1949 hasta 1998, una legislación que sustrajo al menor infractor del sistema penal. Antes de 1949, en pleno auge de la teología escolástica, el Código Penal aplicaba penas dosificadas, graduadas, a los menores infractores de 12 a 18 años (v. Artículo 70). La legislación de Menores arriba citada, derogó ese artículo elevando la edad de inimputabilidad de los menores hasta los 18 años, sustituyendo las penas privativas de libertad por medidas educativas, instituyendo para ellos una jurisdicción especial que no los consideraba como delincuentes, etc. (Artículos 1 y 2 del Estatuto de Menores y de la Ley Tutelar de Menores). Antes de aplicar la medida educativa, el Juez de Menores, no ya el penal, ordenaba que se practicaran estudios acerca de la personalidad del menor, su ambiente familiar y social, la naturaleza de su conducta, bien en casas de observación o en medio abierto. (Ley Tutelar del Menor, art. 103). Las medidas educativas consistían en la vuelta al hogar, en colocación familiar, libertad vigilada, asistencia en instituciones reeducativas o curativas (art. 107). Pues bien, esa legislación, cuyo proyecto inicial fue aprobado por el gran penalista español Luis Jiménez de Asúa y en cuya redacción tuve el honor de participar, fue derogada, por desdicha, por la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente de 1998, la cual entró en vigencia en 1999, promulgada por un gobierno social cristiano que restableció el sistema penal para los menores de 12 a 18 años en sus artículos 526, 527, 531, 533, 548 y otros. Reproduzco solamente los textos del primero y del tercero por no disponer de espacio para los demás: “El sistema penal de la responsabilidad de los adolescentes es el conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes” (art.526). “Las disposiciones de este Título serán aplicadas a todas las personas en edad comprendida entre 12 y menos de 18 años al momento de cometer el hecho punible...” (art. 531). Los menores son juzgados por la Sección de adolescentes del Tribunal Penal (art. 527)”. A los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones, se distingue a los adolescentes en dos grupos: los que tengan de



12 a menos de 14 años y los que tengan 14 y menos de 18 años de edad” (art. 533).

Lo más sorprendente en esta Ley que se dice “de amparo y protección del niño y del adolescente”, siendo lo contrario, es que haya sido promulgada en tiempos en que el sistema penal se cuestiona duramente para los mismos adultos y en que su abolición se está ya realizando en numerosos países, al menos parcialmente, mediante acuerdos reparatorios entre el autor y la víctima. Uno de esos países es Venezuela con su Código Orgánico Procesal Penal, 1998. Las ideas de los abolicionistas como Hulsman no son ya tan utópicas como hace treinta años.

Los juristas de la escolástica medieval, influidos por los principios de la responsabilidad y del libre albedrío, los cuales no negamos pero que entendemos de otra manera, los aplican generalmente, con pocas excepciones, a los menores de 12 a 18 años y a los adultos en una forma incorrecta. En otros términos, conciben la responsabilidad como algo ya dado y formado en el delincuente, como algo *a priori* en todos los hombres. La verdad, sin embargo, para los abolicionistas como yo, es que esa responsabilidad y esa libertad están en formación, en desarrollo, *a posteriori*. Ellas están en potencia si se me permite emplear un término aristotélico, no en acto todavía o en entelequia.. A la plena responsabilidad y a la plena libertad se llega por un proceso evolutivo, ya que la mayor parte de los hombres no obedece a su razón o a su sentimiento de solidaridad sino a sus instintos, apetitos, pasiones, intereses, factores genéticos, o a sus reacciones a los abusos de determinadas estructuras sociales o económicas, etc. La responsabilidad, consecuencia de la razón y de la libertad, es como una mina de oro por desarrollar. El punto de partida de la escolástica es el de llegada del evolucionismo. Dice Goethe: “Solo es digno de la libertad y de la vida, aquel que todos los días se dedica a conquistarlas, y en ello emplea sin cuidarse del peligro, primero su ardor de niño y después su inteligencia de hombre.” (Goethe, Segundo Fausto, final). Es más meritorio lo que se gana por esfuerzo y voluntad que lo que se recibe por gracia o don.

b) En relación con la desinstitucionalización del Estado propuesta por Hulsman, yo la interpreto como desinstitucionalización de una o algunas de las formas de gobierno que contiene el Estado en su desarrollo, no como el Estado mismo, el cual, en su forma natural, real, es poder y en su forma ideal es libertad a la que llega por evolución. Le ocurriría al Estado algo parecido a lo que acabamos de exponer sobre la responsabilidad y de la libertad. En los grados inferiores del Estado, en el tribal, por ejemplo, el Estado aparece en forma embrionaria, primitiva, con un poder absoluto. Todo su poder se acumula en el piache y en el cacique quienes disponen de

la vida y bienes de sus súbditos sin limitaciones. En el régimen tribal no existe pensamiento y comportamiento individuales sino los que imponen sus selváticos jefes. El derecho del individuo a ser diferente es anatematizado. En las sociedades subdesarrolladas de hoy se observan todavía remanentes del pensamiento tribal. Mucho más tarde, el Estado se manifestará bajo formas superiores a las tribales, como en las monarquías anteriores a las de la Revolución francesa, cuyo poder era menos absoluto que el tribal. Había ya un primer ministro, nombrado por el rey, ciertamente, pero con grandes facultades; asociaciones colectivas, señores feudales, cabildos, etc. Finalmente, en nuestra época, ese poder acaba por ramificarse y dividirse, o bien en gobiernos liberales capitalistas, como en Estados Unidos, o en socialistas totalitarios, como en la ex-Unión Soviética, China, Cuba, o en social demócratas que combinan, en intento de convivencia, de síntesis, la corriente liberal con la socialista, como en Suecia, Italia, Francia, España, Holanda y otros países. En estas últimas formas de gobierno funcionan poderes legislativos, ejecutivos y judiciales de carácter autónomo. En dicho proceso evolutivo, el Estado pierde poder represivo y opresivo, paulatinamente, y gana libertad en cada grado que recorre, en cada forma de gobierno que lo representa, excepto las totalitarias y las neo liberales salvajes.

Excúseme el lector que haya expuesto este proceso en forma tan simplificada pero a ello me obliga la carencia de espacio (ver mi estudio “El principio de Soberanía, los derechos humanos y la ONU, *Cahiers de Défense Sociale*, 2001, p. 31, Milan).

En conclusión, interpreto que la desinstitucionalización que propone Hulsman no es propiamente la del Estado sino la de aquellos gobiernos o formas estatales que por su carácter dogmático y autoritario ahogan la libertad y otros derechos del individuo. Ella no se aplica a los gobiernos que las garantizan en sus Constituciones y las realizan según procedimientos democráticos.

### **C) Genealogía del abolicionismo del sistema penal**

a) En el plano europeo y norteamericano. En vez de ocuparme de los orígenes históricos del abolicionismo, intentaré un esbozo de su genealogía. Ambos conceptos se diferencian en que en los orígenes se parten del pasado y se terminan en el presente mientras que en la genealogía, al contrario, se parte del presente para remontarse hacia el pasado. El uno y el otro se ramifican desde un tronco común. El abolicionismo de Hulsman,

uno de los más relevantes, no surgió aislado. Cito, entre otros factores de su aparición, los siguientes (mediados del siglo XX):

1. Sus experiencias externas e internas – las de Hulsman – narradas en la entrevista de J. Bernat de Célis (véase).
2. Sus lecturas de los Evangelios cuyas enseñanzas le revelaron una visión cristiana diferente de la teología escolástica (*Ib.*).
3. Sus contactos con reputados penalistas: Van Bemmelen, Bloom, Mathiesen y el filósofo Ortega y Gasset.
4. Un poco más lejos, la influencia de la Defensa Social Nueva, de Marc Ancel con su propuesta de desjuridización, aunque Hulsman “va más lejos”. (*Ib.*, p.84. Nota 32).
5. Posiblemente, las corrientes anglo-norteamericanas del interaccionismo, la estigmatización y la Criminología radical (últimas décadas del siglo XX) y el cuestionamiento de la resocialización del delincuente.
6. Un poco antes que Ancel, entre los años 1940 y 1950, aproximadamente, Filippo Gramatica, fundador del *Centre international de défense social* junto con Ancel, aunque más radical, y no mencionado por Hulsman, había ya hecho propuestas abolicionistas: “Proponemos una transformación más radical de los actuales sistemas Penales” (Rev. De la Defensa Social Nueva, nums II y III, Enero-Junio, 1959, Caracas); “La Defensa social contiene la posibilidad de sustituir el Derecho Penal” (*Ib.*, p.5); “...Abolir completamente la pena en todas sus formas tradicionales” (*Ib.*, p.7.). Respecto a otros precursores de la Defensa social y hasta el abolicionismo, ver “La Défense Sociale Nouvelle” (Cap. II, IV, 3ª Ed. Cujas, Paris 1981), de Marc Ancel.

He mencionado a los profetas de la Defensa social y del abolicionismo, a grandes rasgos. Evocaré ahora a sus apóstoles, difusores y propagadores sin los cuales la doctrina se queda ensimismada. Evoco con veneración a Jean Chazal, primer Secretario General del *Centre international de défense sociale*, gran humanista; a Adolfo Beria di Argentine, sucesor de Chazal en la Secretaría, cuya inagotable actividad proyectó el movimiento a otros continentes; a Madame Simone Rozés, Presidenta saliente de la SIDS; a Luis Arroyo Zapatero, Presidente actual; a Edmondo Bruti Liberati, Secretario General; a Marino Barbero Santos, a Constantin Vouyoucas de equiparables méritos.

b) En el Plano Latinoamericano. José Rafael Mendoza, mi profesor de Derecho Penal, pionero de la Defensa Social nueva en Venezuela y América Latina; Elio Gómez Grillo, gran criminólogo, penitenciarista y

penalista, acusador del sistema penitenciario venezolano, caracterizado por los verbos “Hacinar, ociar, retrasar judicialmente los casos, corromper, extorsionar, drogar, matar y violar.” El Código Orgánico de Procedimiento Penal (1998) que estableció en su texto los acuerdos reparatorios entre autor y víctima, Bernardo Beiderman, Pedro R. David, de Argentina; Luis Rodríguez Manzanera y Héctor Solís Quiroga, de Mexico. Antes del siglo XIX, antes de Beccaria, se extiende un período oscuro de 17 siglos, dominado enteramente por el sistema represivo y retributivo, hasta concluir en el más radical de los abolicionistas, hasta el tronco común de éste, hasta Jesús de Nazaret a cuyo lado el mismo Hulsman aparece como un ultraconservador. Dice Jesús: “Habéis oído que fue dicho: ‘ojo por ojo y diente por diente’ (Lv. 34,20 ). Pero yo os digo: no os venguéis del que os hace mal... Y al que quiera litigar contigo para quitarte la túnica, déjale también el manto... Y al que te quita lo tuyo, no se lo reclames...” (Mateo, 5, 38 y Lucas 6. 2-36). Jesús va más allá del convenio reparatorio entre autor y víctima. Al sujeto que le hubiera robado una camisa, le habría dicho: “Quédate con ella, hermano, y toma esta otra”. Tal es la solidaridad perfecta, la del compartir y repartir, infinitamente más efectiva para derrotar la criminalidad que la prisión.

## SUMMARY

*This essay focuses on four of the issues dealt with in Hulsman’s book: 1) The abstract nature of the penal system which is concerned simply with the innocence-guilt issue, sadly neglecting to consider the victim, the offender’s personality and other factors which are just as important if not more so. 2) The issue of solidarity as a means to understand and solve the problem of criminality. According to Hulsman, there are four kinds of solidarity: with people who are serving a prison sentence, with the victims, with citizens at large and even with penal system officials. 3) The issue of the origins of the penal system, its abolition, State de-institutionalization and scholastic theology. According to Hulsman, these origins date back to the 13th century, under the influence of scholastic theology whose structure and absolutist spirit determined that of the State. Hulsman advocates the abolition of the system and the de-institutionalization of the State, supporting the system.*

*The essayist, who is on the whole in favour of abolition, is more cautious when it comes to destatalization, as the State, a generic body, manifests itself in different forms of government, some of which, namely social democracies, are good, while others, such as totalitarianisms, or*

*those excessively committed to liberalism, are bad. 4) The issue of the genealogy of abolitionism, which moves from the same experiences as Hulsman, from his contacts with well-known criminologists and humanists, from the thinkers of the New Social Defence doctrine and, possibly, from interactionism, from radical criminology and other schools of thought, moving step by step back to the first century, to Jesus Christ, the most famous of the abolitionists.*

## RÉSUMÉ

Cette étude aborde quatre thèmes traités par Hulsman dans son livre: 1) le caractère abstrait du système pénal qui ne se préoccupe que d'enquêter sur le rapport innocent-coupable, tout en laissant de côté la victime, la personnalité de l'auteur du crime et un certain nombre de facteurs tout aussi importants sinon plus importants. 2) Le sentiment de solidarité en tant que moyen pour comprendre et pour résoudre le problème de la criminalité. Il existe, selon Hulsman, quatre types de solidarité. La solidarité avec les condamnés qui purgent une peine, avec les victimes, avec les citoyens en général et même avec les fonctionnaires du système pénal. 3) Les origines du système pénal, son abolition, la dé-institutionnalisation de l'État et la théologie scolastique. D'après Hulsman, ces origines remontent au XIII<sup>ème</sup> siècle sous l'influence de la théologie scolastique dont la structure et l'esprit absolutiste ont fini par déterminer celle de l'État. Hulsman propose l'abolition du système et la dé-institutionnalisation de l'État sur lequel repose le système. L'Auteur de cette étude, solidaire de l'abolition, à quelques réserves près, est plus prudent quand il s'agit de la déstatalisation du fait que l'État, un organisme générique, se manifeste sous de différentes formes et espèces de gouvernements, certains bons comme les socio-démocratiques, d'autres mauvais comme les gouvernements totalitaires ou ceux qui exercent un libéralisme "sauvage". 4) La généalogie de l'abolitionnisme, qui part des mêmes expériences qu'Hulsman, de ses contacts avec des criminologues et des humanistes éminents, avec des grands maîtres à penser de la doctrine de la Défense Sociale Nouvelle et, pourquoi pas, de "l'interactionnisme", de la criminologie radicale et d'autres, jusqu'à en arriver, petit à petit, au I<sup>er</sup> siècle et voir apparaître Jésus Christ, le plus illustre des abolitionnistes.

## **Criminal Policy: New Challenges, Old Ways**

by

ANABELA MIRANDA RODRIGUEZ  
Professor, Faculty of Law, University of Coimbra, Portugal  
ISSD Regional Secretary-General for Europe

### I

The “link” between society and crime can be plainly seen in the globalized society of the present time.

Crime is one of the symptoms of the emergence of the global society which, at the same time, allows its evolution to be understood: not only from the point of view of the threats which lurk, with the infiltration of crime in the centres of political, economic and financial decisions, but also because crime adapts itself to the new forms of socialisation. In this “new” society, a “new” type of crime is developing.

It is important to bear in mind that political-criminal options are revealed in the counter-light of crime and of the society in which it manifests itself. The “same” society which “explains” – creates the crime, “explains” – legitimizes the reaction to the crime. This, in order to be understood in the concrete manifestations it assumes, must above all be appreciated – it is the most important – in the light of the ideology that impregnates it.

1. Penal law as an “instrument of liberty” is today confronted with a growing *quest for security*.

To speak of the fight against crime signifies the highlighting of a *finality* to the penal law, namely the sanction.

Only this teleological intentionality – whose point of reference is in the social reality and in the protection of judicial property – responds to the problems of the legitimacy of penal law. It is the onus of the sentence to optimize the results.

Without hindrance, if in this affirmation the functional content and the efficiency dynamic are intrinsic, it must be recognized that, in penal matters, the tendency for the maximization of results, logically linked to some *Folgenorientierung*, is not unlimited. The ideal paradigms of general and special preventive hyper-efficiency, which the literature describes as its suggestive force, in a short time showed that, in criminal policy, the optimization of the results should be limited by guarantees which become ontologically unreachable *ex ante* determined aspects of effectiveness.

Penal law is an expression of this evolution. And also in the ordinance of the State's (punitive) powers of penal prosecution in its search for the truth, what actually happens is that they are limited, except for the recognition of the rights of the people and, namely of the defendant, when they should be assured and realized. In the evident homage which the 19<sup>th</sup> century was able to pay to fundamental rights, projecting itself in the consecration of penal procedural laws like "laws of guarantee" which marked the direction of evolution in the 20<sup>th</sup> century, there is the case which Portuguese penal procedural law whose basically accusatory structure, integrated by an investigational principle, holds as paradigmatic.<sup>1</sup>

Today, however, the quest for security is growing.  
Crime and fear of crime mark contemporary society.

Globalization is its setting.<sup>2</sup>

The mobility of people and capital casts doubt on the territorial logic in which the world had been reposing. This background movement – retarded somewhat by the East-West confrontation – is now producing all of its effects. The large institutional constructions and the concentration of power are giving rise to the *decline of the States* and to a world where *networks* proliferate.

---

<sup>1</sup> On the conformation of the penal process and its structure, see FIGUEIREDO DIAS, (1988/1989), *Direito Processual Penal (Penal Procedural Law)*, 1988/1989, Section of Texts from the Law Faculty of Coimbra University (Lessons compiled by M. João Antunes), p. 41 and foll.

<sup>2</sup> On globalization, cf., among us, DE FARIA COSTA JOSÉ, "The phenomenon of globalization and penal economic law", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Studies in Homage to Prof. Doutor Rogério Soares)*, *Boletim da Faculdade de Direito (Law Faculty Bulletin)*, Universidade de Coimbra (Coimbra University), 61, p. 531 and foll. On what follows, cf. MIRANDA RODRIGUES ANABELA, "Organised crime – what criminal policy?", *Globalisation and Law, Studia Iuridica*, 73, *Boletim da Faculdade de Direito (Law Faculty Bulletin)*, Universidade de Coimbra, p. 192 and foll. and bibliography cited therein.

The “most paradoxical” aspect of globalization – which unifies the space of exchange and communications in all (or almost all) of the planet<sup>3</sup> –, “translates sociologically into an indefinite and uncontrollable dissemination of forms of socialization. These are characterized (...) by recesses of identities and communities (...)”, which stretch and multiply without concern for borders. *Faced with the retreat of the State, these are the counterparts of globalization.*<sup>4</sup>

In this context, the “public sphere” disappears and new spaces of “socialization” emerge.

The “public space”<sup>5</sup> – the space of liberty, equality and secularity guaranteed by the State – was the collective “social” space of modern societies, which invented, at the same time, the “private space”, the “intimacy”, which escaped the scrutiny of other members of the community and where differences should be confined. Those that could not integrate into this rule of collective functioning were returned to the margins of society. They were “outsiders” – they were called delinquents and crime was the residue of marginality.

The world was divided into “good” and “bad”. These were easily identified and the “good” did justice to their kindness by giving the “bad” the opportunity to become “good”.

In this way a precarious pacification and equilibrium was achieved.

Today, under the effects of globalization, there is a proliferation of collective spaces in which individuals who are different cannot belong. Globalization has not yet created a new social space. So far, it has only dealt with the “deconstruction of the existing social frameworks”.<sup>6</sup>

The social organization will therefore craft its own self, through the creation of networks (or communities) of individuals who identify with each other, regardless of any distinction between the legal and criminal network (or community). On the contrary, both are closely linked. Crime is no longer situated on the margin of society; it is to be found everywhere. A

---

<sup>3</sup> Globalization is characterised as a “compression of the world”: thus, ROBERTSON ROLAND, *Globalization: social theory and global culture*, 8 (1992), *apud* ROTMAN EDGARDO, (2000), “The globalization of criminal violence”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 10, Fall, No. 1, p.2.

<sup>4</sup> Also, DE MAILLARD JEAN, (2001), *Le marché fait sa loi. De l’usage du crime par la mondialisation*, Fayard, p.39 and foll. and 89 and foll.

<sup>5</sup> DE MAILLARD JEAN, (1997), *L’Avenir du crime*, Flammarion, p. 77 and foll.; *id.*, *Le marché fait sa loi, cit.*, p. 98 and foll.

<sup>6</sup> DE MAILLARD JEAN, *Le marché fait sa loi, cit.*, p. 93.



multiplicity of social groups is constituted and reconstituted, criminal or not, all functioning in the same way.

What is new and truly worrying<sup>7</sup> is that, from the structural point of view, *there is no difference* between the networks as regards their basic socialising function. A criminal network performs the same function as a non-criminal network. It is this “homology” which, according to some, allows us to speak of the “fractal society” because it is made up of a multiplicity of groups, all different in their content and all similar in their structure.

What defines present-day society is the ever-greater *porosity*<sup>8</sup> between the official society and the criminal society. Crime is at the same time *threatening* and *opaque*. Crime has a double opacity: on the one hand it is invisible, banal, “gaseous”. It is not a previously identifiable behaviour. It is no longer possible to talk, in relation to crime, of the three units of the classic stage: time, place, action. On the other hand, the immediate relationship of crime-social stigmatization has disappeared.

This criminality is the principal cause of a criminal policy which tends to be reduced to a “criminal policy of security”.

2. Never before have the possibilities been so great – of which Hassemer has been speaking for some years – of “dramatizing and politicizing violence”<sup>9</sup>. The return to a “delinquent-enemy”, in a “war on crime” logic<sup>10</sup> due to a *Realpolitik*, is not just the response to the alarming

---

<sup>7</sup> *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 100.

<sup>8</sup> Thus, DE MAILLARD JEAN, (1994), *Crimes e leis (Crimes and Laws)*, Biblioteca Básica de Ciência and Cultura (Library of Science and Culture), p. 91 and foll.

<sup>9</sup> HASSEMER W., (1990), “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’”, *Doctrina Penal* (The destiny of the rights of the citizen in “effective” penal law, *Penal Doctrine*), p. 193. In this line, the author also alerts that “the time has come for concepts such as “fight” “elimination” or “repression” to the detriment of others such as “collaboration” or “living with”.

<sup>10</sup> The treatment of terrorist attacks as “asymmetric wars” – that is, non-conventional wars – legitimizes the treatment of criminal organizations with a terrorist leaning and of international mafias dedicated to illegal trafficking as “enemies of the State” and therefore, agents susceptible to a “non-conventional” response outside the judicial framework, and even of international law. The establishment in this way of concentric circles between “asymmetric wars” and the “penal law of the enemy” (whose basis was established by JAKOBS G.: (1985), “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 97, p. 751 and foll.; see also, MENDOZA BUERGO B., (2001), *El derecho penal en la Sociedad del*

dimensions and the plague which is organized crime. This reverse is steeped in a “culture of security”, typical of the “society at risk” and the “society of well-being”. To the “new risks” and for the protection of the “new rights”<sup>11</sup>, the State, “having broken the vow” of solidarity in which the social pact was cemented and no longer obliged to carry out social policies, responds with that which immediately satisfies the “new security” demanded: penal law.<sup>12</sup> The “open society of communication”<sup>13</sup> reinforces the tendency of public powers to resort to a punitive *instrumentarium*, which is also utilized as a “symbolic” response to social conflict.

It can also be affirmed, without a great margin for error, that mass-crime is the melting pot for a *populist* criminal policy. Its tactics for the manipulation of the collective diffuse fear, used with the objective of obtaining means and instruments for combating it through restrictions of the liberty of the people are well known. “The continuous experiences and descriptions of mass-crime favour a generalised climate of fear of crime,

---

*Riesgo (Penal law in the society at risk)*, Civitas, p. 132 and foll.) imply the return to a time in which the “stranger”, the “deviant” is the delinquent-enemy and whoever is outside the social pact is someone who must be fought against”. On this, cf. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ LAURA, “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de ‘participación en organización criminal’ (International networks and crime: after the model of ‘participation in criminal organisations’)”, *El derecho penal ante la globalización (Penal law in the face of globalization)*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ LAURA, MÉNDEZ RODRÍGUEZ CRISTINA, DÍAZ-SANTOS M. ROSARIO DIEGO (Coord.), (2002), Colex, p. 53 and p. 54.

<sup>11</sup> The added expectations of citizens are converted into “rights”: the “inflation of rights” and the “explosion of rights” are spoken of. On this, cf. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ LAURA, (2001), *Política criminal (Criminal policy)*, Colex, p. 266 and foll. .

<sup>12</sup> On this, cf. below; also MIRANDA RODRIGUES ANABELA, (2002), *Novo olhar sobre a questão penitenciária (A new look at the penitential question). Estatuto jurídico do recluso and socialização (Judicial situation of prisoners and socialisation). Jurisdicionalização (Jurisdictionalism). Consensualismo and prisão (Consensualism and prison). Projecto de Proposta de Lei de Execução das Penas and Medidas Privativas de Liberdade (Law proposal project for the Implementation of Sentences and Deprivation of Liberty Measures, 2<sup>nd</sup> edition)*, Coimbra Editora, p. 148 and foll.

<sup>13</sup> On this, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ LAURA, *Política criminal (Criminal policy)*, cit., p. 269 and foll.

powerlessness of the State and promises that, with more repression, the situation will improve”.<sup>14</sup>

There is currently an extraordinarily large dramatization and politicization of violence. The “opportunities of understanding violence and its perpetration” are extraordinarily facilitated. “A society which on the one hand has powerful means of communication at its disposal and on the other hand is keenly interested, while valuing these means, in the communication of the phenomenon of violence, does not yet need to experience it in its midst to understand it in all its omnipresence. It is enough to contemplate the perpetration of violence in the world around it”.<sup>15</sup>

In parallel to this social perception of violence, of risk and of threat, the social attitude is changing; society no longer offers a penal law which is truly a guarantee of liberty. Society opposes the “*Magna Charta* of the delinquent” with the “*Magna Charta* of the citizen”, the call for an arsenal of effective means of fighting against crime and the repression of violence.

The public is in favour of a penal law which allies repressive instruments and criteria with innovative and modern instruments and criteria, giving rise to, alongside “a blue-collar” penal law repressing violence, a “white-collar” penal law, which is technocratic, and oriented by the ends”.<sup>16</sup>

This is marked, meanwhile, by forgetfulness or moving away from the principles which traditionally enriched the penal property, that of the (necessity and of the) subsidiary nature of punitive intervention and of the defence of the eminent dignity of the person.

It has been practically demonstrated that the theme of the “fight against crime” constitutes a subtle regulator of the public feeling of being under threat”.<sup>17</sup> These are powerful deep-rooted sentiments and are activated and awoken when the threat is at the same time intense and diffuse and the powerlessness of the State to control crime is well known.

Certain social groups show an “elevated sensibility to the risk” and an “obsession for security”.<sup>18</sup> Studies carried out show that there is no direct

---

<sup>14</sup> Also, HASSEMER W., (1995), *A segurança pública no Estado de Direito (Public Safety in the Rule of Law)* Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, (Academic Association, Lisbon Faculty of Law), p. 92.

<sup>15</sup> HASSEMER W., *Doctrina penal (Penal Doctrine)*, cit., p. 193.

<sup>16</sup> *Id.*, *ibidem*, p. 198 and foll.

<sup>17</sup> *Id.*, *A segurança pública (Public safety)*, cit., p.89.

<sup>18</sup> On this, SILVA SÁNCHEZ J. M., (2002), *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades postindustriais (The expansion of penal*

relationship between rates of incarceration and rates of delinquency. In fact, the relationship is between incarceration rates and the “moral-social climate” associated with a specific economic conjuncture.<sup>19</sup> It is the “humour of the time”, reveals a study by Zimring and Hawkins.<sup>20</sup> The same authors defend that it is not the law but the *application of the law* which decisively influences the rate of incarceration.

Which moves the question into the cultural context.<sup>21</sup> Demands for austerity and appeal for social order and greater stability show a public in favour of social discipline, which a more aggressive criminal policy could represent. When an economy is in crisis, social conflicts reach the paroxysm; society claims its rights and is not concerned about solidarity. Durkheim had already recognised this aspect when he maintained that society redefines the frontiers of morality debating the law publicly, mainly penal law. Mead proved it through his “scapegoat” theory. And Foucault, with his analysis of the transformation of the “subversive illegalities” in “delinquency” reinforced it.

In turn, the repression of organized crime and the support which this repression deserves, according to public opinion, guarantees, at the same time, much more widespread repression. The mixture of two types of criminality, organized and mass, loads the dice of criminal policy. The consensus obtained in the fight against serious crime allows for the justification of the blind and generalized harshening of punishment.<sup>22</sup>

---

*law. Aspects of criminal policy in post-industrial societies*), Editora Revista dos Tribunais, S. Paulo, p.32 and foll.

<sup>19</sup> Cf. MELOSSI M. D., (1994), “Effets des circonstances économiques sur le système pénal. Crime et économie”, *Actes - Rapports présentés au 11e Colloque Criminologique*, p.79 and foll.

<sup>20</sup> ZIMRING F. and HAWKINS G., (1991), “The growth of imprisonment in California”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), *The Scale of imprisonment*, p. 83 and foll.

<sup>21</sup> In this sense, and in the following, MELOSSI M. D., *Actes, cit.*, p.83 and foll.

<sup>22</sup> “The degree of legitimacy reached by the penal justice system, by the judicial machine and by the police mechanism has no precedents in Italian history” – wrote Pavarini, in 1994 (PAVARINI M., “The new penology and politics in crisis: the Italian case”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), p.59). The background was the Clean Hands Operation. But, the same author concluded: “For each *mafioso* sent to prison, one hundred convicted drug addicts are also sent to prison; for each corrupt politician placed behind bars, one hundred Negro immigrants are arrested”. Denouncing in the same line, BARATTA A. (1997), (“Prefazione”, MOCCIA SERGIO, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane,

On the one hand, the fact that we are facing very serious criminality, which causes severe damage and whose violence is well-known, invites the discourse on the curtailing of the rights, liberties and guarantees of the delinquent, due to the fact that the respect for fundamental rights is largely irreconcilable with the efficient pursuit of this type of criminality.

In a penetrating analysis of organized crime, Louise Shelley characterizes it as a “new authoritarianism” which threatens democracies, with an enormous disruptive potential for intrusion in its institutions.<sup>23</sup> It remains to be seen if the price of effectiveness in the fight against this threat to democracy is that of reaching the core of democracy itself, the fundamental rights of the person.

On the other hand, there is a close link between organized and global crime and local crime.<sup>24</sup>

Globalization excludes segments of societies and economies from the information networks available to dominant societies and economies. Unemployment, marginalization – creating what Castells calls “black holes” of information capitalism<sup>25</sup> – supply the ideal market for the recruitment of delinquents. “Foot soldiers of the global crime enterprises”, to use Rotman’s expression,<sup>26</sup> which recalls the case of delinquents who serve the global drug traffickers.

This is the melting pot in which “crime and punishment” become a dominant theme in politics. Crime tends to be obsessively over-represented in electoral campaigns and the attention of the *media* has made it “the preferred metaphor for all forms of social anxiety”.<sup>27</sup> In turn, the sentence is the metaphor which serves to point to the remedy. An authentic “obsession

---

p.XXIII): the “overpopulation of Italian prisons is not because they are full of mafiosos, drug dealers and the corrupt” – “approximately 50% of the population incarcerated are drug addicts and 25% belong to groups from the areas of marginal societies of most ‘risk’ ”.

<sup>23</sup> SHELLEY LOUISE, (1999), “Trans-national organized crime: the new authoritarianism”, *The illicit global economy and State power*, 25, p.32, FRIMAN H. RICHARD, ANDREAS PETER (eds.), *apud* ROTMAN EDGARDO, *Journal of Law, cit.*, p. 9 and foll.: organized crime benefits from the vacuum left by centralized State power.

<sup>24</sup> Cf. ROTMAN EDGARDO, *op. ult. cit.*, p.24 and foll.

<sup>25</sup> CASTELLS MANUEL, (1998), *End of millennium*, p.161, *apud* ROTMAN EDGARDO, *op. ult. cit.*, p.24.

<sup>26</sup> *Op. ult. cit.*

<sup>27</sup> ROTMAN EDGARDO, *op. cit.*, p.34, who refers to JONATHAN SIMON, “Governing through crime”, *The crime conundrum: essays on criminal justice*, FRIEDMAN L. M., FISCHER G.(Eds.), 1997, p.173.

for the sentence” dominates society – an obsession which will give rise to a veritable “industry for fighting crime”.<sup>28</sup> The priority for fighting crime in advanced industrialized countries, especially in the United States of America has triggered the phenomenon which Jonathan Simon calls “governing through crime”.<sup>29</sup> Which means that crime and punishment have become the preferred context of governing – that is, for orientating human behaviour in general. Penal intervention conceals a real effectiveness of *exclusion* and of *confinement*,<sup>30</sup> gaining, in this sense, a symbolic aspect.

In this framework, the appeal for a socializing intervention by the State on the delinquent or the invocation of his fundamental rights seems to be “anachronistic or ingenuous”.<sup>31</sup> Criminal policy tends (thus) to be reduced to a “policy of security”.

It is evident that the most relevant critical theses attack socialization based on the defence of the autonomy of the individual against the State. And that the neo-classical model which, namely in the United States of America, was intended to substitute the socializing model did not call into question, in itself, the limitation of sanctions through principles of proportionality or of guilt. It was a neo-guaranteeist model.

The truth, however, is that in trying to reduce the almost unlimited discretionary nature with which decisions were taken as to sentencing – whether as regards the determination of its measure or the release of the convict pursuant to a prison sentence –, especially when that concern is articulated with objectives of effectiveness and incapacitation, a “legalist” discourse on justice, obligatory, complete, closed, repressive and potentially dehumanising was generated in many countries.

For all of these reasons, it is no surprise that we are today witnessing the modification of State policies and a redesigning of the physiognomy of European societies, affected by a sort of “moral panic” imported from the United States of America.<sup>32</sup> “Its objective (...) is the delinquency of ‘young

---

<sup>28</sup> Thus, CHRISTIE NILS, (1968), *Crime control as industry*, London, (*apud* MELOSSI M. D., *Actes, cit.*, p.95).

<sup>29</sup> Cf. above, note 27.

<sup>30</sup> Thus, BARATTA A., *La perenne emergenza, cit.*, p.XXIII (who refers to Massimo Pavarini).

<sup>31</sup> Thus, LEE JOHN, *apud* BARATTA A., *op. ult. cit.*, p.XXI.

<sup>32</sup> Cf. FEELEY MALCOM M., (2000), “Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato””, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, p.417 and foll. (the expression “moral panic” which is today part of the sociological lexicon, was

people', 'urban violence', disorder of which 'sensitive neighbourhoods' would be the melting pot and the 'incivilities' of which their inhabitants would be the first to be found guilty."

Concealed in this movement,<sup>33</sup> there is a re-definition of the function of the State which "withdraws from the economic arena and affirms the necessity of reducing its socializing role and widening, harshening, penal intervention". The new "penal common sense" is "the translation and complement, in matters of justice, of the economic and social ideology based on individualism."

It is, after all, the policy of weakening of the providence-State.

The links between the decline of the social sector of the State and the development of its penal arm are evident. Simultaneously, with the request for "less State" in the economic and social ordinance, "more State" is demanded to conceal and contain the destructive social consequences where the deterioration of social protection is also evident. The individualist State must also be the punitive State. The increase in the quest for security makes the quest for liberty relative. Security – strictly defined in physical terms and not of risk to life (salarial, social, medical or educational) – emerges as a priority for public action.

In final analysis, to say that the investment in socialization is effective because, at least in the medium-term, it reduces social costs derived from the committing of crimes, is not compatible with the *policy of risk management* – one of the forms of governing through crime – which demands short-term (decisions and) measures.

## II

3. In the last two decades of the 20<sup>th</sup> century, there has been, especially in the United States of America and in the United Kingdom an "authoritarian development of criminal justice".<sup>34</sup> These two countries have "emblematically" in common, in this field, among other things, a very low age limit for the application of penal law (of adults) and the option for

---

coined by Stanley Cohen to designate the attitude which developed towards two juvenile movements – the mods and the rockers –, protagonists of disorder and violence in the 1960s and 1970s).

<sup>33</sup> Cf. MIRANDA RODRIGUES ANABELA, *Novo olhar (A New Look)*, cit., p.148 and foll. and bibliography cited therein.

<sup>34</sup> Thus, BARATTA A., *La perenne emergenza*, cit., p.XX.

*selective incapacitation* as a finality for the implementation of prison sentences.

*Dangerousness* and *security* are the key concepts of this “penology”, which is correct in qualifying itself as “new” – “new penology”<sup>35</sup> –, even though it comes from an already old desire to eradicate crime. Essentially, it was this concern that all of the doctrinal elaborations on the purposes of sentences tried to answer.<sup>36</sup> Even those that found a retributive *justification* for these did not reject the fact that there was a view to preventive objectives in the application of sentences. Kant and Hegel, in the past; Welzel, Maurach, Armin Kaufmann or Eduardo Correia, closer to us, illustrate what this means. And if the defence of society was not alien to the modernization and humanization of penal law initiated by Beccaria, it became part of history with Franz von Liszt’s Marburg Programme (1882), which conferred on criminal policy the statute of a “scientific” discipline separate from penal law.<sup>37</sup>

It is important to remember that in this political-criminal programme, crime was once considered as a reflection of the *dangerousness* of the delinquent and the belief that his treatment led to the constitution of “groups” of occasional delinquents, corrigible and incorrigible. Ideas

---

<sup>35</sup> On the “new penology”, cf. *Crime and Risk Society*, O’MALLEY PAT (Ed.), (1998), Dartmouth, “Introduction”, p. XI and foll. and SIMON JONATHAN, “The emergence of a risk society: insurance, law and the State”, *ibidem*, p.3 and foll. Cf. also SILVA SÁNCHEZ J. M., (2000), “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos (The return of judicial-penal reactions to violent sexual delinquents)”, *Estudios de derecho penal (Studies on Penal Law)*, Editora Jurídica Grijley, p.233 and foll. Among us, cf. the references of CAEIRO PEDRO, (2000), “Legality and opportunity: penal prosecution in the myth of “absolute justice” and the *fetish* of “efficient management” of the system”, *Revista do Ministério Público (Public Prosecutor’s Review)*, 84, p.44; also FIGUEIREDO DIAS, (2001), “Penal law in the ‘industrial society’ and the ‘risk society’”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor ROGÉRIO SOARES (Studies in Homage to Prof. Dr. Rogério Soares)*, *Boletim da Faculdade de Direito (Law Faculty Bulletin)*. *Universidade de Coimbra*, 61, p. 598 and p. 599.

<sup>36</sup> MIRANDA RODRIGUES ANABELA, (1995), *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)(The determination of the measure of the sentence of depriving liberty) (the criteria of guilt and of prevention)*, Coimbra Editora, p.152 and foll.

<sup>37</sup> On the statute of criminal policy, cf. FIGUEIREDO DIAS, (1983), “The new ways of criminal policy and Portuguese penal law of the future”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados (Bar Review)* 3, Lisboa, p.5 and foll.



which, being part of the “medical model” of punitive intervention, were not, however, as in this case, linked to the expansionist movement of penal law. This penal law was constantly invoked by von Liszt as the “impassable barrier of criminal policy.”<sup>38</sup>

In effect, a political-criminal programme orientated by *Zweckrationalität*, is based on the dangerousness and on the belief that the possibility of curative-therapeutic intervention requires; in coherency, “flexibility” – that is,<sup>39</sup> that it develops outside legality in accordance with the principles of *opportunity* of procedural promotion and the application of criminal reactions and the *individualization* of the sanctions to be applied. And if, at any time, it was believed that substituting the sentence for the security measure and the jurist for the doctor, it was a humanistic and progressive option. The truth is that the *authoritarian* logic of this “curative” intervention<sup>40</sup> encountered opposition and limits in democracies, while collecting principles like those of legality, of guilt or non-coercive socialization.

The concern about effectiveness, linked with security is returning now, as already said. And, linked to the risk, is once again centring itself on *dangerousness*.

Meanwhile, on enthroning that concept of security and reinterpreting that of dangerousness in the light of the typical economic rationality of a neo-liberal focus, the limits, which had been so painstakingly erected to the totalitarianism of the “final programmes”, were shaken.

---

<sup>38</sup> VON LISZT FRANZ, (1905), “Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, *Strafrechtliche Aussätze und Vorträge*, Berlin, p. 75 and foll. (p. 80). On Franz von Liszt’s political-criminal programme, cf., among us, CORREIA EDUARDO, (1971), *A influência de Franz von Liszt sobre a reforma penal portuguesa (The influence of Franz von Liszt on Portuguese Penal Reform)*, Coimbra, *passim*; see also, SILVA SÁNCHEZ J. M., “Reflexiones sobre las bases de la política criminal (Reflections on the bases of criminal policy)”, *Estudios, cit.*, p.185 and foll.

<sup>39</sup> Thus, FIGUEIREDO DIAS, (1993), *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime (Portuguese Penal Law. The judicial consequences of crime)*, Editorial Notícias, p. 59.

<sup>40</sup> Speaking of “curative penal law” HASSEMER W., “Bilder vom Strafrecht”, BOLLINGER /LAUTMANN (Hrsg.), (1993), *Vom Guten, dass noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, Frankfurt, p.69 and foll. (p. 75 and p. 76).

In effect, the new penology<sup>41</sup> does not fit in with the pondering of costs and economic benefits in the discussion on the ends of punishment. And, for this reason, it rehabilitates the idea of *incapacitation*, primarily *selective*,<sup>42</sup> as it presents significant economic advantages over indiscriminate incapacitation. Incapacitation, in other words, keeping in prison, for the maximum time possible, a number of delinquents chosen as a function of their dangerousness (responsibility for certain crimes and with the expectation that they will continue to commit them) can cause a radical reduction in criminality and, in this way, bring important benefits at a lower cost.

What is needed is to obtain the maximum number of social advantages at the minimum possible cost, in an entrepreneurial logic which dominates the State activity of the control of criminality.

The identification of dangerous individuals (risk offenders) is carried out by methods of an actuarial nature (actuarial justice),<sup>43</sup> the same probability and quantitative methods which, in the area of insurance, are used for the management of risks. This presupposes resorting to the statistical method, taking as the base *indicators* whose quantification is the starting point for making prognosis judgments on the dangerousness of certain groups or classes of individuals.

Therefore the prognosis method for the identification of individuals to be incapacitated was substantially altered. It was no longer based on the individual psychological and concrete analysis of dangerousness. It was no longer of concern to know the individual and what led him to commit a crime to “correct” him. The concern became his profile, the group, the population or statistic class to which he belonged, to incapacitate him and thus prevent him from committing crimes again. Substituting guilt for dangerousness, the State is asked to carry out *risk management* of re-

---

<sup>41</sup> Cf. *above*, note 35.

<sup>42</sup> On the debate on selective incapacitation, cf. J. BLACKMORE/J. WELSH, (1983), “Selective incapacitation: sentencing according to risk”, *Crime and Delinquency*, October, p. 504 and foll. (available in *Risk Society*, *cit.*, p. 273 and foll.) and CLEAR TODD R. / BARRY D. M., (1983), “Some conceptual issues in incapacitating offenders”, *Crime and Delinquency*, 29, p. 529 and foll. (also in *Risk Society*, *cit.*, p. 339 and foll.).

<sup>43</sup> On this, cf. FEELEY/SIMON, (1992), “The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications”, *Criminology*, Vol. 30, No. 4, p. 449 and foll.; *id.*, “Actuarial justice: the emerging new criminal law”, NELKEN (ed.), (1994), *The Futures of Criminology*, London, p. 173 and foll. (available in *Risk Society*, *cit.*, p. 231 and foll. and 375 and foll.).

incidence, in the presupposition that society will renounce any support of any percentage of this risk.

The “efficiency” of the fight against crime demands this, sanctifying the security value: now a concept which is exclusively “linked” to the “defence against crime” and losing the social dimension, but – paradoxically, or perhaps not – is cut off from the protection of judicial property and is metonymically identified as the “sanctity of public places”, indispensable to the urban “standard of living.”<sup>44</sup> When guilt defines the absolute frontier of the distribution of risks between the individual and society, the risk of reincidence of the guilty party, who served the sentence he was given for the crime committed, falls on society. It is in the efficientist risk management that the new form of approach to the fight against crime presupposes that all of the risk falls on the individual, submitting him to a security intervention of maximum intensity.<sup>45</sup>

In the light of this penal *securitaria* logic<sup>46</sup> the idea is promoted that “prison works” and the anti-institutional strategy previously outlined in criminal policy is inverted.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> The approach to crime through the logic of “risk management” is reflected in an increase in the number of (preventive) rules for the regulation of public spaces. New crime prevention strategies for making people safer or making them believe they are safer are the substitutes for the previous socialization approach. Cf., below, note 46.

<sup>45</sup> Thus, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios de derecho penal (Studies on penal law)*, cit., p. 243 and foll. speaks of *cognitive security* as opposed to *contra-factual security*.

<sup>46</sup> The “*securitaria* culture” presents various characteristic features apart from those indicated in the text. This refers to the “privatization of security”, with recourse to “private security companies”, as a purely economic movement, given the costs that security represents to the State. Acting in the environment, security techniques “socialize” the costs of control, without the necessity of direct intervention by the State (Cf. REICHMAN NANCY, (1986), “Managing crime risks: toward an insurance based model of social control”, *Research in Law, Deviance and Social Control*, 8, p. 151 and foll. (available in *Crime and Risk Society*, cit, p. 49 and foll.); showing how the privatization of security violates the principle of equality of citizens in the eyes of the law, BOLLE P.H , (2001), “La sécurité intérieure en Suisse: un concept multiforme et protéiforme”, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, Genève/Suisse, No. 4, p. 392 and p. 393). In this context, a new preventive proposal is spoken of – the “new prevention” –, which moves the preventive perspective outside the penal system, situating it in a moment prior to the crime. On this, cf. ROTMAN EDGARDO, (1998), “The concept of crime prevention”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Portuguese Criminal*

Simultaneously, the possibilities for the application of certain measures of flexibility in the prison sentence, such as parole, are restricted or their reformation is rehearsed in a perspective of the “prolonged control of the individual” or of the “success of its application” when the conditions of its application are violated and the individual has to return to prison. This current also finds expression in the consecration of the “double via” system in the penal process, which, in the ambit of small and medium crime, signifies the consecration of a paradigm of opportunity in the conduct of the Public Prosecutor,<sup>48</sup> opening the door to forms of negotiated justice in

---

*Science Review*), 8, p. 319 and foll. and ZACKSESKI CRISTINA, (2000), “From penal prevention to the ‘new prevention’”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais (Brazilian Criminal Science Review)*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Brazilian Institute of Criminal Science), 29, p. 176 and foll., with precise indications on the Anglo-Saxon, Scandinavian and French models. Another characteristic of the “*securitaria* culture” of our times is the insecurity which it creates in itself. The State has lost its function of “total integration of the population”, according to the reflection of Jürgen Habermas, also as regards security, which for this reason undergoes a process of exclusion (ghettoisation is spoken of). There is not “one security”, but “various securities” or “various *securitaria* spaces”, closed and juxtapositioned, impervious to each other, even incompatible, which, because they were formed in reciprocal ignorance of each other social group, generate insecurity (On this, cf. BOLLE P.-H., *cit.*, p. 391, for reference to SACK F. ). Note, however, that the aforementioned privatisation of security accelerates this process of “social disintegration”. In the language of sociology, “total insecurity” is the result of the sum of “total securities”.

<sup>47</sup> Studies have been carried out to fundament the conclusions that “the trebling of the prison population in the United States of America between 1975 and 1989 would have, solely for the ‘incapacitating’ effect, prevented 390 thousand murders, rapes and violent attacks during 1990 alone” and that “expenses with penitentiaries are a pondered and profitable investment for society” (on this, cf. MIRANDA RODRIGUES ANABELA , *Novo olhar (A New look)*, *cit.*, p. 150 and bibliography cited therein). In the United States of America, in the seventies, only 10% of convictions carried a sentence of over one year in prison – the remainder were either less than one year, suspended with conditions or the conviction was subject to the regime of *probation*; in the eighties, that number quadrupled; between 1980 and 1992, in all of the United States, the incarcerated population trebled (Cf. FEELEY MALCOM , *Rivista italiana*, *cit.*, p. 419).

<sup>48</sup> On the significance of this “opportunity” which does not serve interests intrinsic to the administration of penal justice and thus, those of minimum intervention, not stigmatization of the agent, procedural consensus and economy, which should be prosecuted but the *raison d’Etat* or the convenience

which the possibility of penal benefit is at stake. As to more serious crime, the path is open to solutions which, at times, can call into question, in an intolerable manner, the defendant's right to defence. As a merely exemplifying case, think of, in certain hypotheses, the utilization of undercover agents or the taking advantage of the potential of new means of technology for obtaining certain means of protection of witnesses (their identity, for example).<sup>49</sup>

### III

In an open and complex world, "the criminal phenomenon has given us a paradoxical challenge: getting used to living with crime as an inherent part of the actual functioning of society and conceiving, however, models which will prevent it from submerging us."<sup>50</sup>

What can be done to control "chaos"? – if we wish to utilize a scientific language. What strategy for the new millennium? – if we wish to utilize a political language.

There are two challenges which can be put forward apodictically: finding fundamental forms of a common criminal policy and not giving cover to a "securitaria criminal policy" in detriment to a "liberty-based criminal policy".

4. A problematic level results from the fact that criminal policy is in the process of being "denationalized" or "destatified". And this is not only in the sense already highlighted when talking of consensualism, of making the State back down on coercive intervention and calling society to participate in the fight against crime. In other words, in the sense that the criminal policy loses its simply "state" character and takes on a social "twist".

---

of the service, cf. CAEIRO PEDRO , *Revista do Ministério Público (Public Prosecutor's Review)*, *cit.*, p. 38 and foll.; also, MIRANDA RODRIGUES ANABELA, "Speed and efficiency – a political criminal option", in publication, *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Ribeiro Faria (Book in Homage to Prof. Dr. Jorge Ribeiro)*.

<sup>49</sup> On this, cf., MIRANDA RODRIGUES ANABELA, (2002), "The right to defence: a constitutional guarantee at risk in this 'brave new world'?", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Portuguese Criminal Science Review)*, 12 , p. 553 and foll.

<sup>50</sup> Thus, DE MAILLARD JEAN , *Crimes and leis*, *cit.*, p. 91.

At the moment, criminal policy has become widespread – “it has become communitarized”, whatever “cooperation” and “harmonization” mean. There is a process of “political-criminal regionalization” in progress, apart from, initially, the Council of Europe, Benelux and the Nordic Union, and later the Schengen space and now the European Union.

It has become evident that the penal systems, considered individually, are unable to respond to the challenge of new criminality.

This criminality utilizes the logics and the potential of globalization for its organization, allowing homogeneous criminal groups to “exploit the advantage offered by the new world space, with the creation of areas of free trade in some parts of the world, in which there is an economic permeability of national frontiers and controls are reduced.”<sup>51</sup> In this “gigantic market” for which a world economy evolved, there is a demand for prohibited goods which, for this reason, convert it for use in the proliferation of criminal organizations. To satisfy this, a market of illegal goods and services has emerged, co-existing with the legal market. Crime has acquired an enormous capacity for diversification, organizing itself structurally and economically to exploit fields as diverse as gambling, procuring or prostitution, trafficking in arms, drugs and people.

The phenomenon of “economic regionalization” of the world (international) market is well known. Blocs of countries which began by configuring economic integration and then proceeded to economic integration followed by constituting a political union, caused the decision centres of the “sovereign States” to move to the “community of States”. A series of *common* policies demanded by (economic) integration were put into place.

Criminal networks benefit from the possibilities offered to them by the free market networks, taking advantage of the technological advances to make a qualitative leap in their activities. This is criminality with high powers for corruption-contamination of legal economic relationships, well “organized” from the structural point of view. The criminal organization

---

<sup>51</sup> Thus, CORDERO I. BLANCO and GARCIA DE PAZ I. FF., “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y de la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio (Principal international instruments (of the United Nations and the European Union) relative to organized crime: the definition of participation in a criminal organization and the problems of application of penal law in that space)”, *Revista Penal (Penal Review)*, Universidad de Castilla-La Mancha, No. 6, p. 4.

must be seen as an essential force in the globalized market economy.<sup>52</sup> Like the “company” in the way it conducts its activity and restructures according to changes in the world market, giving it the capacity to move agilely in the world economy. While the criminal company in its traditional (classic) form is characterized by the hierarchy, the more modern and flexible one expands or contracts according to opportunities or risks. Apart from this, it adopts as a reference the entrepreneurial and business model; rationalization of personnel and material, the vocation for obtaining benefits of a predominantly economic nature, the expansion of the activity in diverse geographic areas, the inter-relationship with other organizations or the tendency to invest a part of the profits.

To fight against this criminality based on the new “union” which feeds it and makes it expand, it was inevitable that criminal policy would be separated from its internal State references. Independently of being more or less optimistic<sup>53</sup> as to the possibility of and necessity for a “Europeanization” of penal law, Europe has been taking steps towards the construction of a common penal space; the creation of a “space of liberty, security and justice” was written, in the Treaty of Amsterdam, as a clearly identified objective of the European Union.

The vicissitudes of European penal construction lead us to ask ourselves about this “creation” which “flees from the will of its creator”.

---

<sup>52</sup> Thus, and in the following, cf. ROTMAN EDGARDO, *Journal of Law, cit.*, p. 5 and foll.

<sup>53</sup> Optimism or pessimism relative to the European construction has to do with, among other aspects, the creation of a European penal space with more guarantees or more repressive or *securitaria*. Merely to exemplify, among the first TIEDEMANN KLAUS, (1998), *Festschrift für Lenckner*, p. 433 and foll.; *id.*, *GA*, p. 107 and foll.; SIEBER ULRICH, (1997), *Juristenzeitung*, p. 369 and foll.; VERVAELE JOHN A. E., “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Iuris 2000 y de la Fiscalía Europea (The European Union and its judicial space: the challenges of the Corpus Iuris 2000 and the Fiscalía Europea model)”, *Revista Penal (Penal Review)*, Universidad de Castilla-La Mancha, No. 9, p. 1345.; or DELMAS-MARTY MIREILLE, (1997), “Vers un droit pénal européen commun?”, *Archives de Politique Criminelle*, No. 19, p. 95 can be cited; among the second, WEIGEND, (2001), *Festschrift für Roxin*, p. 1375 and foll. (p. 1398 and foll.); WEYEMBERGH ANNE, (2002), “Le rapprochement des législations pénales au sein de l’Union européenne”, *L’espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Editions de l’Université de Bruxelles, p. 127 and foll. or CESONI MARIA LUISA, “Droit pénal européen: une harmonisation périlleuse”, *op. ult. cit.*, p. 153 and foll.

What is being said is that the most recent developments in matters of legislative initiatives at a European level have overtaken the “narrow vision” of national sovereignty and demonstrate that we are facing the emergence of a common criminal policy.<sup>54</sup> Missing, however, is a “thought” on the penal. Missing, in other words, the framework for a European criminal policy.

Which is disturbing, as, in this way, the various initiatives are appearing in isolation, without a framework in any model of rationally conceived European penal justice.

The *space* of liberty, security and justice is now, following the Treaty of Amsterdam, a “common space”. Which, meanwhile, feeds the tension which is very much alive between approaches *by objectives* (isolated approach) and a *global* approach, priority having been given, up to now, to *cooperation* to the detriment of a (more) integrated criminal policy.

What is to be highlighted is that, through harmonization – and also mutual recognition –, the signal was given of a political willingness to eliminate national frontiers in penal matters; and thus, perhaps a qualitative “leap”, from inter-State cooperation to supra-State integration. Either of the aforementioned systems can be inserted in an attempt to put into practice a “single” European space, namely the principle of *single territory*.

This process of construction of a European penal space is developing, however, on the basis of a consensus presumed in the absence of a public and democratic debate on values and on adequate means to protect them, as well as competencies and decision practices. The pieces of a puzzle are laid out and tend to form a system. There is thus a great risk of this resulting in a penal system which was not chosen consciously and deliberately. And in relation to that which may be feared for its *securitaria* character.

The “mainly repressive” character has been denounced in the European Union project in the domain of penal justice. This character gives “priority to the security objective over that of liberty”. Precisely because an “idea” is missing which would give coherence to the diverse initiatives, articulated

---

<sup>54</sup> Referring to the example of the decision framework relative to the mandate of European detention and the processes of transfers between the Member States, of 13 June 2002 (JOCE, No. L. 190, 18 July 2002, p.1). On the mandate for European detention, from this perspective, cf. MIRANDA RODRIGUES ANABELA, “The mandate of European detention: a step or a leap?”, in publication, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Portuguese Criminal Science Review)*, and bibliography cited therein.



on the realization of the principle of mutual recognition and in the perspective of harmonization.

In this “movement” – because it is only a “movement” –, political power and civil society have had their backs turned. “Gulf” and “absence of dialogue” – it is certainly provocative to speak in these terms which perhaps express an overly severe view.

But is this “divorce” responsible for the fear of a “European police State” or the discourse on the “twilight of liberties”? Clear signs should be given that the European Union is not on its way to becoming a “European fortress”. It is up to a European criminal policy to respond, urgently, to questions on the “necessity, sense and ambit” of penal law.

4. Another question asked is that of knowing if the harshening of penal repression at national level is justified in the “fight against crime”.

What appears to be observed is that the search for reinforced punitive effectiveness offers more and more severe penal intervention.

It is true that the recent transformations in the world and of life in society should translate into important modifications in criminal policy. Penal laws must be prepared to respond to pressing questions and not hide behind “false purisms.”<sup>55</sup>

Today, as before, effectiveness is asked for in penal justice.

Meanwhile, public safety having being raised to a fundamental right of the citizen, whose satisfaction can be demanded of the State, fundamental rights and freedoms are sacrificed on the altar of the fight against crime.

In responding to crime, it is necessary to break the spiral of violence – from which there appears to be only one way out: recourse to penal law and the intensifying of punitive recourses – and experiment “pacification”.

Undoubtedly, penal “legality” constitutes/constituted a conquest of the “individual” in the sense of delimiting the punitive power of the State (and of equality). “Pacification” came as a “submission” to the law of reaction to crime; it is affirmed at material and procedural levels.

But the “law” cannot justify the harshening of the penal response nor serve purely *securitaria* or repressive responses, nor obstruct the path of flexible solutions in the carrying out of justice. Any of these ways prevents “equal” treatment of citizens, which the law itself was originally meant to establish.

---

<sup>55</sup> Thus, HASSEMER W., (1993), “La ciencia juridico-penal en la República Federal Alemana (Judicial-penal science in the Federal Republic of Germany)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Penal Law and Penal Science Annual)*, Vol. XLVI, Vol. I, p. 35 and foll. (p. 79).

The challenge is clear. Significant factors – the massification of criminality and a new criminality – have been opening the way to *reforms*, which are carried out to the backdrop of two “contradictory” forces: on the one hand, more emphasis on individual guarantees, associated with democratic political models, on the other, the need for more effectiveness in the fight against crime.

It is for this reason that it is now necessary to re-equate the equilibrium of the Rule of Law. Laboriously encountered – between, on the one hand, demands for the defence of society and effective administration of justice and, on the other, the protection of people’s basic human rights, in search always of the best possible realisation,<sup>56</sup> – have shown themselves to be precarious.

Given the new and great risks of post-modernism, of which organized crime is (only) one paradigmatic example, what is asked from penal law is not to be an “ordinance of liberty”, that is, a right limited by the punitive interventions of the State, because this would be the best way to protect the rights of people. It is asked that it be “also” an “ordinance of security”, that is, a right limited by the rights of people. This satisfies “paradoxically” two ambitions which limit the powers of the State, in the name of the protection of the rights of people, and increases the powers of the State, also in the name of the rights of people.

Effectiveness and protection of the fundamental rights continue to be the opposing poles of a tension which feeds the (different forms of) implementation of penal justice. But the protection of these fundamental rights (obtained) in the light of security values obliges the (re)encountering of new equilibria for that polarisation:

Everything is continuing to synthesize the guarantee-effectiveness of the conflict within the framework of the Rule of Law.

The “secret” lies in reverting to the “paradigmatic formula” which Figueiredo Dias has long been advocating, and which translates as attributing to penal law “the exclusive function of subsidiary protection of judicial property.”<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> From the beginning, on the path of “practical agreement on the finalities in conflict” in penal procedure, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal (Penal Procedural Law)*, *cit.*, p. 28.

<sup>57</sup> Cf. the statement of the political-criminal proposition presented in 1983 by FIGUEIREDO DIAS (*Os novos rumos (The new ways)*, *cit.*, p. 11): “A criminal policy that will be valid for the present and the near future and for a material Rule of Law, of a social and democratic nature, should demand that penal law intervene only with its own instruments of actuation, where intolerable damage

This is a question of assuming political-criminal principles of “minimum intervention” and the “*ultima ratio*” which update a “rational criminal policy”. And taking from it all of the consequences.

If penal law is not “the” answer to social problems – as Figueiredo Dias wrote, “if it is not an instrument for governing society”<sup>58</sup> –, the truth is that it should not be permitted to intervene in the new forms of criminality,<sup>59</sup> under the risk of introducing in the implementation of penal justice a selectivity which could bring it closer to a “class” justice – a penal law for the “new” dangers.<sup>60</sup>

---

has been done to the essential community conditions for free fulfilment and development of the personality of each man”. See, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Studies in Homage to Prof. Dr. Rogério Soares)*, cit., p. 586: “The function of penal law is exclusively the subsidiary protection of judicial property”.

<sup>58</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, (1999), “*Criminal behaviour and its definition: the material concept of crime*”, *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas (Fundamental Questions of Penal Law revisited)*, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 74; similarly, cf., finally, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Studies in Homage to Prof. Dr. Rogério Soares)*, cit. p. 597 and p. 598.

<sup>59</sup> On a “minimum penal law” of protection of social judicial property, trans-individual or collective, Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Studies in Homage to Prof. Dr. Rogério Soares)*, cit., p. 602 and foll. (see also, p. 587 and foll.). See also, similarly, MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, (1999), “Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, p. 802 and foll. (especially, p. 819 and foll.).

<sup>60</sup> The conceptions of a “minimum penal law” are set aside in the versions of HASSEMER W. (“Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, SCHOLLER-PHILIPPS (hrsg), (1989), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, p. 88 and foll. and p. 93 and foll.), BARATTA A., (1989), (“Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limite della legge penale”, *Dei delitti e della via del garantismo penale*, Bari, p. 417; “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 and foll. and p. 466) and FERRAJOLI, (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, p. 417; “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 493 and foll.). On this, cf. MARINUCCI G., DOLCINI E., *op. ult. cit.*, p. 813 and foll. Of these versions of minimum penal law, the authors say that it would have connotations with “the ‘old penal law of eight hundred’ which, as Klaus Lüderssen wrote, ‘was above all a law of class (...); it never acted against the ‘big fish’, nor in the economic or political plane’” (p. 816); see also, p. 820. Also, similarly, FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao*

The solution lies, we believe, in a pragmatic and differentiated criminal policy, with well-defined contours. The illusion of “justice for all and now” which democracy brought with it should yield, in the domain of penal justice, to justice which, if we want to attain it and not run the risk of being selective “in the result” of the intervention, must be selective “in the principle” of intervention.

Thus, the punitive system,<sup>61</sup> continuing to refuse the harshening of punishment which death penalties and life sentences represent, should rest on the basic conception that sentences depriving of liberty are the *ultima ratio* of criminal policy and should therefore be reserved for more serious crimes. With the consequences that arise from these, the attribution to imprisonment of a socializing and non-coercive sense, and, in the area of small and medium crime, the limitation of the concrete application of this sentence, through its substitution with non-institutional sentences.

At the level of penal action in turn, its meaning is unequivocal; the option for a “differentiated” procedural regime – “differentiated” solutions, rapid and consensual, on the one hand, formal and ritualized, on the other, for “differentiated” criminal phenomena, respectively, mass-crime and more serious crime, known as organized crime.

---

*Prof. Doutor Rogério Soares (Studies in Homage to Prof. Dr. Rogério Soares), cit., p. 594 and foll. Cf. also, the version of “minimum penal law” by SILVA SÁNCHEZ, A expansão do direito penal (The expansion of penal law), cit., p. 136 and foll. (on this, cf. FIGUEIREDO DIAS, op. ult. cit., p. 601; also, MIRANDA RODRIGUES ANABELA, Globalização e direito (Globalisation and Law), cit., note 32 and p. 206; cf., also, below). While Silva Sánchez wants a penal law “at the ‘middle point’ of dual configuration” (p. 145) which basically wants to identify in function of the “fact” practised and its judicial consequences and not in function of the “agent”. Without discussing this distinction, what is affirmed is that what is not understood, from here, establishes “as a principle” that, for a certain (economic) criminality, sentences depriving liberty should not be provided for (cf. below) and also that, these not being applied, the rules for application of other sentences, for example pecuniary ones, may be made more flexible (p. 147): which would finally amount to a de-dignification of its category of real sentences, which, are “not lesser sentences” because they do not deprive of liberty”. As has been written (op. cit., loc. cit.), it is paradoxical to attempt to squander the fundamental rights and liberties of people, precisely when there is a serious accusation at stake and an eventual application of a severe sentence, even if this does not deprive liberty.*

<sup>61</sup> The considerations we weave in the abstract can be tested in the light of our punitive system.

At any level of penal intervention, however, the solution lies in the affirmation of fundamental rights. This is something which we are painfully re-learning these days.

At the punitive system level, the socializing sense of the sentence depriving liberty is faithful to the fundamental rights and respects the will of the convicted person. In the implementation of the sanction the authoritarian concept disappears, not allowing for treatment with a view to socialization against the will of the prisoner. The application of substitution sentences, in some cases, is only possible with the consent of the convicted person (this is the case in semi-detention and carrying out community service).

The evolution of the socializing philosophy<sup>62</sup> in relation to prisoners may be explained in various ways: because the results of the policy of “just punishment” are not satisfactory or because the accumulation of experiences allows for the conception of more precise programmes and the assessments are carried out in the most adequate and differentiated manner. But, in the final analysis, the “re-legitimation” of socialization should be sought in the “transaction, participation and consent culture” in which we now search for “re-legitimation” of the penal).

It is a new conception which is emerging.

Traditionally monolithic and authoritarian, it finds any kind of concertation, transaction or compromise strange. Justice “imposed, unilaterally and vertically, which finds legitimation in transcendence and in the “mystic” authority which Montaigne spoke of, yields to a negotiated, interactive and horizontal justice which seeks the composition of interests utilizing a dialectic rationality.”

The consensualist tendency in penal justice is not outside the movement of expansion of fundamental rights, but it obeys a logic of rationalisation and effectiveness.

In truth, in present-day societies, complex and plural, the individual has reinforced his legitimacy to the detriment of the State, making himself the root, project and limit. Somewhat contradictory, as it has been said – given the quest for security! –, in this revindication of the “self”. But the truth is that the State no longer identifies the individual by the place he occupies or the roles he plays. The ties of reciprocity which linked him to the State have been attenuated, with the appearance due to this as such, by the simple fact of being.

---

<sup>62</sup> On this, MIRANDA RODRIGUES ANABELA, *Novo Olhar (A New Look)*, cit., p. 41 and foll. and 143 and foll. and bibliography cited therein.

This revalorisation of fundamental rights which distances, all in all, the coercive sense of the socializing mission of the State, also involves its dimension of “solidarity”. It is this understanding of rights – rights which “result from a certain conception of life in community” and “can only be fulfilled by the conjugation of the efforts of all who participate in social life”<sup>63</sup> – which imposes the “duty to aid” the prisoner. The isolated man has been substituted by the man-person “in relation to inter-dependence and solidarity with everyone.”<sup>64</sup> It is a “new ethic in social relations”, different from the classic anthropocentric ethic,<sup>65</sup> as a result of the “taking of collective conscience of the dysfunctionalities of our society and the powerlessness of the providence-State in the face of the development of poverty.”<sup>66</sup> Applied in relation to prisoners, it develops, in relation to them, the concept of “belonging to the community”.

At the level of penal action, differentiation is also not carried out at the cost of the protection of the fundamental rights of the person, namely the defendant. Whether in the “flexible” answers or in the “conflictual” ones, the concern is always present to guarantee these rights in the procedure, trying to safeguard from each one its “maximum content possible” in equilibrium with the other procedural finalities.<sup>67</sup>

This means,<sup>68</sup> very concretely, in small and medium crime, given its massification, opening the way for consensual procedure, faster and more

---

<sup>63</sup> On this topic, Karel Vasak spoke of “third generation rights”, illuminated by the value of solidarity (“Le droit international des droits de l’homme”, 1972, p. 45 *apud* PUREZA JOSÉ MANUEL (direction) and PUREZA JOSÉ MANUEL, FRADE CATARINA and SILVA DIAS CRISTINA (investigating team), (1996), *Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal (Courts, nature and society)*, Centro de Estudos Sociais (Centre of Social Studies), p. 13).

<sup>64</sup> Cf. previous note.

<sup>65</sup> On the fundamentation of this new ethic – the “ethic of responsibility” – at the level of human action and of metaphysics, the work by HANS JONAS (1998), is essential, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, p. 15 and foll., p. 35 and foll. and p. 63 and foll.

<sup>66</sup> Thus, at a sociological level, PAUGAM S., (1993), *La société française et ses pauvres*, Paris, PUF, p. 112.

<sup>67</sup> Cf. above, note 56.

<sup>68</sup> On the following, cf. MIRANDA RODRIGUES ANABELA, (1996), “The summary and very summary procedures or speed and consensus in the Penal Procedure Code”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Portuguese Criminal Science Review)*, 6, p. 527 and foll.; *id.*, “Speediness in penal procedure. A vision of comparable law”, *ibidem*, 8 (1998), p. 223 and foll.; *id.*, *Estudos em*

simplified, not only to avoid the blocking or paralysis of the system, but at the same time as a pledge to the actual implementation of “justice”.

The phenomenon of over-criminalization revealed a problem in the capacity of the penal justice system: demand grew, but the supply diminished. Tulkens called attention to this at the end of the eighties. As a consequence, justice becomes arbitrary and partial (selective). It moves away from the citizens.

Whether negotiated or speedy justice, the first very often serving the interests of the second, they do not obey just “one logic of productivity”, but they also serve a “logic of justice”.

Negotiated justice – with limits preventing it from becoming a “negotiation on the sentence”, in which the equality of the parts lies in a “fiction” – appears to be the most adequate, in a less stratified and more complex society, which, at the same time, rejects the colonization of daily life by law, in the well known formulation of Habermas. In this model, what is new is the emergence of the private and the individual. The State steps back, restricts its domain, to increase that which is reserved for the free determination of the individual.

In speedy justice, it is the fulfilment of the finalities of punishment which stands out. The commandment of speed is inherently linked to obtaining the effect of positive general prevention or of integration with the application of penal sanctions. Apart from this, the greater probability of the justness of decisions pronounced by the Court and the interest of the defendant, who may undergo illegal restrictions to his rights because of delays in the procedure, emptying it of sense and removing useful content from the principle of the presumption of innocence, should be highlighted.

At the conflictual justice level,<sup>69</sup> respect for the fundamental rights of the defendant imposes, undeniably, limits to the carrying out of the administration of justice which are consecrated in penal procedural laws as “laws of guarantee”. But, here also, the understanding of fundamental rights as rights of solidarity and not as egoistic rights prevents its utilization from paralysing the system. The question is not what “can” be done but what “should” be done. It is not the liberty-security opposition, reducing the conflict to a binary structure, which determines the utilization of fundamental rights. What stands out is the complexity and inter-

---

*Homenagem ao Prof. Doutor Ribeiro de Faria (Studies in Homage to Prof. Dr. Ribeiro de Faria) cit.*, (cf. bibliography cited therein).

<sup>69</sup> On the following, cf. MIRANDA RODRIGUES ANABELA, (2002), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Portuguese Criminal Science Review)*, 12, *cit.*, p. 550 and foll.

dependence of social relationships, which, if expressed, namely in the multiplicity of rights at stake and which compromise the man – each man – in the fulfilment of a project at the same time individual and collective.<sup>70</sup> It is implied here that the rights which the defendant may use for his own protection should not be instrumentalized. Which means that, with a view to the effective carrying out of justice, new balances must be found, faced with the protection of the rights of the defendant (for example, advancing in the direction of witness protection will be permitted in the light of the new challenges placed by the carrying out of justice for new forms of crime, namely organised crime).

In accordance with the (re)viewed proposal, the improvement of the system is demanded, in accordance with the evolutive line. From the beginning, encouraging, in practice, the differentiated political-criminal programme instituted in legal terms. As an example, it is necessary to considerably elevate the levels of application of the generality of substitution sentences; to potentiate the application of parole with the imposition of rules of conduct or obligations with the *effective* support and vigilance of competent services, to invest in socialization programmes, to increase the application of the relatively undetermined sentence, to apply to the procedural mechanisms of diversion, namely, filing and provisional suspension of processes, and to utilize, as far as possible, special forms of procedure.

To go further than this is to admit, for the domain of the new criminality of globalization, the sectorialized flexibilisation of political-criminal principles, substantive and procedural – a “two-speed penal law”,<sup>71</sup> – signifies a political-criminal rupture which represents grave dangers for the values and institutions of the Rule of Law.

Let us refer to two points, to exemplify.

As regards the punitive system, advocating the non-utilization of the prison sentence for the new criminality – serious crime, which we have already had occasion to look at – would signify an *inversion* of the principle of utilization of that sentence as an *ultima ratio*, removing its application precisely from socially more serious conduct. There would be nothing to oppose the application of pecuniary sentences or others (depriving of rights, reparations, sentences given to corporate bodies), when these sentences satisfy the demands of guilt of the agent and of

---

<sup>70</sup> Cf. DE BIOLLEY SERGE, “Liberté et sécurité dans la constitution de l’espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous présidence belge”, *L’espace pénal*, *cit.*, p. 174 and foll..

<sup>71</sup> Cf. above, note 60.



prevention in the actual case. But it will not justify its application for seeming to be a “less serious” sentence than a prison sentence, which would permit the flexibilization of the political-criminal rules of its application.<sup>72</sup> Thus justified the application of pecuniary sentences for serious crimes, will be calling into question the political-criminal premise that the most serious sentence – imprisonment – should, when necessary (as with *ultima ratio*), be applied exactly to more serious crimes.

As regards penal action,<sup>73</sup> if the legality-opportunity conflicts and the search for the material-consensus truth tend to resolve themselves in the sense of the second term of binomials – that is, opportunity and consensus, – the truth is that, neither the opportunity should serve interests which go further than interests intrinsic to the penal justice system, nor can consensus be transformed into a negotiation on the sentence. And thus, in both cases, they should not be guided by economicist criteria in the name of efficientism.

It is not denied that the penal discussion cannot persist in the economic irrationality which distances it, in the name of principles, from an ever more demanding social reality in terms of security and effectiveness. The present (future?) time is the time to “return the conflict to the people” and the time for the opening up of innovations and progress capable of making justice more effective and less costly.

The area of small and medium crime is undoubtedly the area where more can be done, “reinventing” punishment, through reparation – which Roxin already pointed to, in 1987, as the third degree of penal law,

---

<sup>72</sup> Cf. the considerations advanced in the above proposal, note 60. In addition, the character of the “sentence” comes from the “suffering” which this implies and which today, as it is generally accepted. The “suffering” is not linked only to “the person in the physical sense” (which was implicit in the sentence depriving of liberty), but to the “person and his rights”, which signified the creation of “new sentences”, of which the pecuniary sentence is the paradigmatic example. Which leads us to defend that it is not because it has changed the “face” of the sentence that it is “a lesser sentence” or it can support less guarantees in its application. The demand of “penal guarantees” comes from “penal dignity” of the conduct that the agent is “accused” of having had: material and procedural guarantees; and not of the “nature” of the “sentence” which may eventually be applied. None of this invalidates, in our minds, the “differentiated” solution at punitive and procedural levels, which is pointed to in text.

<sup>73</sup> Cf., in what follows, MIRANDA RODRIGUES ANABELA, *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Ribeiro de Faria (Book in Homage to Prof. Dr. Ribeiro de Faria)*, cit., Also, CAEIRO PEDRO, *Revista do Ministério Público (Public Prosecutor’s Review)*, cit., p. 43 and foll.

alongside sentences and security measures<sup>74</sup> – and in the renovation of solutions of diversion, making flexible the principle of legality and exploring the virtualities, namely of mediation. But also in serious crimes, in the more complex processes and of greater conflict, the new approaches mark “a change of era”; think only of the utilization of technological means for witness protection.<sup>75</sup>

It is necessary, as has already been said, to find new equilibria in the carrying out of penal justice.

Accepting the challenges of contemporaneity, criminal policy cannot move away from the rules of the Rule of Law. It is this that is in question when control mechanisms are put into operation which presuppose the negation of its informative principles.

It is therefore the “re-adaptation” of security to the demands of the Rule of Law which is imposed.

In the context of a society of solidarity, security is no longer seen as an individual right which can oppose the State for the protection of “certain” rights – in this sense, it loses autonomy and becomes more complex in the fulfilment of the generality of fundamental rights and liberties. In this way, security becomes “the security of the protection of all of the rights of all of the people”. At the same time, it prevents the “absolutization” or “expansion” of its value. In security, the inevitable tension between the need to protect the rights of the person and the temptation to intensify this protection to reduce insecurity is crystallized.

---

<sup>74</sup> Cf. ROXIN KLAUS, (1987), *Die Wiedergutmachung*, HEINZ SCHÖCH, *Wiedergutmachung und Strafrecht*.

<sup>75</sup> The polemics are installed between the defenders of the revision of the traditional rules for penal investigation (thus, SCHÜNMANN B., (1996), “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana “Critical considerations on the spiritual situation of German penal-judicial science”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Penal Law and Penal Science Annual)*, 49, p. 202 and foll.) Thus, those who refuse the technological modernization of penal procedure are criticized – to convert it, they say, into a mechanism for State security police (the so-called tendency of *Verpolizeichung* of penal procedure – On this, cf. PAEFFGEN, (1995), “‘Verpolizeichung’ des Strafprozess – Chimäre oder Gefahr?”, *Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi* (Wolter, ed.), p. 13 and foll.) –, alerting to the non-viability of effective penal pursuit of the new forms of criminality.

The acceptance of the irreducibility of “insecurity” is the condition for the survival of the democratic Rule of Law itself, which brought to its centre “the image of Man.”<sup>76</sup>

This is its contradiction. This is the challenge now for criminal policy.

Caught in a circular movement in the quest for effectiveness and the demand for respect for the person, it responded with the technico-instrumental reason or the calculated instrumental reason.

It is up to us to overcome its “devastating imperialism”<sup>77</sup> and take on, in an innovative way, the unrenouncable legacy of fundamental rights.

The “new” penal justice should take on the “face” of Humanity.

“The new ways of criminal policy” – to refer to the writings of Figueiredo Dias, in 1983 – is the homage I pay to my Professor. Invoked today before the new challenges of criminality, they enclose the wisdom of being “old ways of criminal policy”.

The principles that the future asks to bear fruit are part of this memory. Lest we forget, I invoke them today – and in them, let “the (re)newed ways of criminal policy “ be complied with.

## RÉSUMÉ

*À l'heure actuelle, le droit pénal se voit confronté à une demande de plus en plus pressante de sécurité, à la peur de la criminalité – une peur de plus en plus diffuse et palpable – et au fait que le crime est de plus en plus sur-représenté. De plus, tous ces phénomènes ont lieu dans un monde où la criminalité – et surtout la criminalité organisée – utilise les logiques et les potentialités de la mondialisation à ses propres fins. Il s'ensuit que l'appel en faveur des droits de celui qui commet un crime et des approches resocialisantes apparaissent de plus en plus anachroniques, alors que les demandes de neutralisation gagnent de plus en plus de terrain. D'où des questions qui se posent. Que faire pour maîtriser le chaos? L'idée d'un droit pénal européen est-elle une solution? Mais quelles sont les options politico-criminelles vraiment qui pourraient vraiment s'avérer utiles? Et*

---

<sup>76</sup> This formulation is by FIGUEIREDO DIAS, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Studies in Homage to Prof. Doctor Rogério Soares)*, cit. p. 593.

<sup>77</sup> An essay on the “excess” of the dogma on this reason, also known as the “actuarial instrumental reason”, can be seen in FIGUEIREDO DIAS, *op. ult. cit.*, p. 591 and foll..

*comment est-il possible d'équilibrer les pétitions de solidarité, de respect de la dignité individuelle et de sécurité?*

## RESUMEN

El derecho penal debe encarar cada día más una demanda creciente de *seguridad*, el temor a acciones criminales cada vez más difusas y tangibles, el hecho que el crimen esté cada vez más sobrerrepresentado. Además, todos estos fenómenos se inscriben en un mundo en el que el crimen, y sobre todo el crimen organizado, utiliza la lógica y el potencial de la globalización para aventajarse.

La consecuencia es que los llamamientos a favor de los derechos de quienes cometen un delito y de la aplicación de medidas de reinserción social parecen nacrónicos, y se hace sentir cada vez más una correspondiente demanda de neutralización. Surgen de ello una serie de interrogantes: ¿qué hacer para controlar el caos? ¿La idea de un derecho penal europeo representa realmente una solución definitiva? ¿Cuales son las opciones de política criminal realmente aplicables? y ¿cómo es posible compaginar la solidaridad, el respeto de la dignidad individual y la seguridad?



## Sécurité urbaine et immigration: illusions et réalité de la répression pénale

par

FRANCESCO PALAZZO

Titulaire de la chaire de droit pénal de l'Université de Florence, Italie

1. Comme l'a observé Louk Hulsman dans un essai récemment publié en Italie<sup>1</sup>, la notion *légale* de criminalité regroupe une multiplicité de comportements qui possèdent – “dans la réalité” – des caractéristiques fort diverses et aucun dénominateur commun. Violence au sein de la famille, violence de rue dans un contexte anonyme, trafic illégal de marchandises, pollution de l'environnement, instrumentalisation criminelle d'activités politiques, etc. etc., “tout ce que ces faits ont en commun est que le système de la justice criminelle est autorisé à intervenir contre eux”.

La notion légale de crime, d'infraction pénale, rend en effet homogène ce qui d'un point de vue criminologique et de phénoménologie sociale peut être très différent et “incommunicable”. Et ce résultat d’“homogénéisation” des faits sociaux à travers leur qualification en termes criminels s'effectue à deux niveaux différents. En premier lieu, les faits criminels sont réduits à l'unité en raison de leur valeur négative “artificielle” qui réside dans le fait qu'ils constituent une *violation de la loi pénale* ou qu'ils forment des épisodes de vie sociale jugés en opposition avec les intérêts et les buts fondamentaux de la société sur la base des évaluations exprimées par les organes politiques dont c'est le rôle. En second lieu, et surtout, l'homogénéité “légale” des faits criminels dérive du type de “remède”, de “réaction” institutionnelle qu'on estime devoir adopter à leur égard : la peine criminelle avec tout son appareil répressif. Et c'est précisément la lourde physionomie structurelle et fonctionnelle de la peine qui non

---

<sup>1</sup> HULSMAN LOUK, (2002), “Alternative alla giustizia criminale”, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, sous la direction de U. CURI et G. PALOMBARINI, Roma, p. 310.

seulement semblerait supposer une correspondante homogénéité significative des faits criminels, mais qui conditionne pareillement tout le système de la justice criminelle: organes, procédures, institutions.

Les “utopies” abolitionnistes radicales naissent indéniablement lorsqu’on met en doute les bases mêmes de légitimation de la peine. Mais, même sans parvenir à ces positions extrêmes, il est absolument naturel de douter qu’une “réponse” aussi monolithiquement unitaire que la peine puisse être *socialement adéquate* par rapport à des faits si différents et hétérogènes comme ceux qui sont énumérés dans le catalogue des délits.

En outre, il faut également souligner que, face à l’hétérogénéité socio-criminologique des faits légalement criminels, il existe par contre une relative homogénéité qui – toujours sur le plan socio-criminologique – lie des manifestations et des comportements criminels déterminés à d’autres facteurs et à d’autres segments de la vie sociale. L’œuvre de “distillation législative” qui isole, abstrait, sélectionne du monde social le fait criminel “type” ne peut nier la réalité qui est faite d’intersections, de rapports et de liens existant entre les différents segments de la vie sociale. La peine réunit donc des réalités humaines socialement diverses et hétérogènes et néglige par contre tout ce qui co-existe étiologiquement ou de façon significative avec le fait criminel dans un rapport d’homogénéité sociologique.

Laissons les utopies abolitionnistes à ceux qui sont en mesure de projeter leur regard au-delà de la peine. Mais disons au moins que la peine ne peut être le seul filtre pour homologuer la déviance sociale en l’isolant dans le système de la justice pénale. Une politique du contrôle social qui sache s’affranchir de la métaphysique de la punition doit nécessairement: *a*) différencier ses instruments en fonction des différences “ontologiques” des phénomènes sociaux à contrôler; *b*) tenir compte de l’homogénéité de l’aire sociale où interagissent les facteurs à l’origine de la déviance qu’on entend contrôler ou en rapport avec elle.

Ces considérations semblent naturellement posséder une validité générale, mais leur rappel peut s’avérer particulièrement utile par rapport à un phénomène criminel qui attire de plus en plus l’attention des responsables de la politique criminelle, des *mass-media* et de la collectivité sociale. Nous voulons nous référer à ce qu’on appelle la criminalité courante entendue plus précisément comme *street crimes* ou *street criminality*.

Les *street crimes* définissent une série de comportements (criminels) sociaux caractérisés, d’un côté, par une hétérogénéité relative du point de vue normatif, étant inclus dans le champ des faits qui, en tant qu’expression d’instincts prédateurs ou destructeurs portent atteinte au patrimoine, et des faits qui, étant l’expression d’instincts agressifs, portent atteinte aux biens

personnels comme la vie et l'intégrité physique, de même que des faits qui portent à la fois atteinte aux deux types de "biens juridiques". D'un autre côté, les *street crimes* définissent une aire marquée phénoméniquement par au moins deux autres facteurs d'une importance absolue pour l'identification de l'impact social de ces comportements: "en amont", la connexion existant entre *street crimes* et flux migratoires; "en aval", l'incontestable répercussion négative des *street crimes* sur le sentiment de sécurité des citoyens, sur ce qu'on appelle la "sécurité urbaine".

2. Le rapport existant entre grands flux migrants et *street crimes* pourrait faire penser que les manifestations de criminalité courante constituent une composante inéluctable de phénomènes macro-sociaux. En substance, les faits criminels liés aux courants migratoires de ces dernières années se situent sur la même "grande échelle" qui caractérise l'immigration planétaire, de sorte que ces manifestations criminelles s'avèrent être à une distance énorme de la "petite échelle" caractéristique du droit pénal. Le système pénal identifie en effet le délit comme résultante d'une décision comportementale individuelle qui trouve et épuise sa signification axiologique dans la volonté d'un homme conçu dans une solitude abstraite et irréaliste. À l'opposé, les *street crimes* – tout en étant des faits en soi socialement indésirables – seraient des composantes de transformations sociales destinées à changer le visage actuel des sociétés: il ne serait donc pas possible de formuler des jugements axiologiquement définitifs sur des manifestations qui, en l'état actuel, pourraient encore révéler leur ambivalence de fond. Les délits des immigrés pourraient en effet être aussi bien le symptôme de "primordialisme ethnique" visant à revendiquer instinctivement une suprématie sur le vieil "occident", que les scories d'un processus évolutif vers un multiculturalisme de pacification interne et internationale.

Dans une perspective tout à fait inverse, les conséquences des *street crimes* sur la sécurité des citoyens peuvent facilement pousser la communauté et les forces politiques à une attitude "intolérante" à l'égard de ces manifestations criminelles et surtout envers cette catégorie de sujets – les immigrés principalement – à qui on attribue la "responsabilité" de l'insécurité généralisée. Dans cette perspective, la forte poussée émotionnelle à se libérer au plus vite des facteurs d'insécurité conduit à les identifier avec l'individu criminel, par rapport auquel il est au moins apparemment et abstraitement aisé d'envisager l'usage du droit pénal sur un mode de neutralisation: c'est la logique bien connue de la "tolérance zéro".

Vu leur extrémisme, ces orientations idéologico-culturelles semblent inadaptées à orienter la politique vers la *street criminality* dans nos sociétés



actuelles. La vision toute sociologique de la criminalité comme composante de l'immigration planétaire finit par impliquer une sorte de résignation ou d'acquiescement à la *street criminality*: cette dernière en vient en effet à être considérée comme une donnée structurellement inéluctable de phénomènes macro-sociaux où le (fragile) mécanisme de la responsabilité individuelle se désintègre: problème non criminel mais social, on pourrait donc "traiter" les *street crimes* avec des instruments sociaux plutôt qu'avec la sanction criminelle. Il est bien vrai que les caractéristiques criminologiques de la *street criminality*, et surtout son rapport avec les flux migratoires, sont décidément favorables à l'énonciation d'une politique sociale cohérente avec une conception abolitionniste générale du droit pénal. Il serait cependant tout à fait illogique et irréaliste de penser que le "rêve" abolitionniste puisse entreprendre aujourd'hui le long chemin de sa réalisation historique en commençant précisément par la *street criminality*, par rapport à laquelle – au contraire – les inclinations sociales et politiques semblent plutôt aller dans le sens d'une involution répressive.

3. La politique d'une "tolérance zéro" à l'égard de la criminalité de rue productrice d'insécurité urbaine est cependant tout aussi irréaliste. Une telle option implique la ferme conviction que le droit pénal est un instrument efficace, capable de dissuasion et d'incapacitation à travers la ségrégation carcérale. Comme on le sait, en ce qui concerne la dissuasion, le mécanisme d'intimidation de la sanction pénale renvoie à une conception anthropologique selon laquelle l'homme peut être non seulement conditionné par la menace pénale mais "mérite" aussi un châtement dans le cas où il ne se laisserait pas conditionner par elle. Même si l'on admet la plausibilité au niveau abstrait de cet anthropologisme entièrement modelé sur la peine, concrètement il s'adapte mal à la réalité de l'immigration actuelle où le désespoir rend même acceptable de risquer sa propre vie, où la menace de la peine est tout à fait inconsistante et où il est moralement problématique de parler de châtement.

Quant à l'incapacitation par la ségrégation, elle suppose la possibilité d'une dilatation supplémentaire de la prison, au moins pendant la période nécessaire à réaliser la "normalisation" promise par la politique de la tolérance zéro. Il faudrait donc un intense programme – coûteux également en termes financiers – de construction de prisons. Si les taux d'incarcération actuels devaient se maintenir, l'expansion des constructions de prisons s'imposerait, ne serait-ce que pour éviter l'aggravation de conditions de vie carcérale inhumaines. Toutefois, la dilatation supplémentaire des charges pénitentiaires serait insoutenable si elles étaient destinées à la ségrégation pure et simple, c'est-à-dire sans un effort

contextuel pour éviter non seulement que la population criminellement active soit constamment et progressivement renouvelée, mais aussi que les sujets retournent à la criminalité après leur détention.

Les statistiques pénitentiaires montrent une tendance constante à l'augmentation de la présence d'étrangers non européens dans les prisons italiennes: pour l'année 2002 les sujets étrangers qui sont entrés en prison ont représenté 37% du total. Cette donnée objective revêt désormais une importance extrêmement significative: celle-ci indique en effet un pourcentage si élevé de sujets fortement homogènes ne laissant guère de doutes sur le fait qu'il existe une crimino-genèse liée justement aux conditions sociales de migrants de ces sujets. Il n'y a pas d'alternative à cette conclusion puisqu'il n'est évidemment pas possible d'accepter l'idée irrationnellement raciste que cette masse criminelle ait pour caractéristique commune le simple fait d'être "différente" et que leur "différence" soit à l'origine de leur comportement criminel.

Sans s'inspirer de l'idéologie de la "tolérance zéro", une récente mesure législative italienne a cependant privilégié la répression punitive pour répondre à la criminalité généralisée, cause d'une insécurité urbaine accrue. En 2001, le législateur s'est attaché à définir comme délits autonomes le cambriolage et le vol à l'arraché, en élevant en même temps la peine par rapport à celle du passé. Il s'agissait donc d'une tentative de fournir une définition législative des principales formes de *street criminality*, pour souligner davantage la nature et la valeur négative de leur *illégalisme*. Mais l'impossibilité d'accepter cette dilatation continue de la dimension carcérale liée à l'option politico-criminelle de la "tolérance zéro" est démontrée par une mesure législative successive et très récente (août 2003) qui a permis – à certaines conditions – des remises de peine de deux années. Eh bien, si l'on considère la composition de la population carcérale, constituée en pourcentages élevés par des sujets non européens et par des auteurs de délits contre le patrimoine et contre la personne, il n'est pas difficile de prévoir que les auteurs de *street crimes* seront nombreux parmi les bénéficiaires de cette mesure, c'est-à-dire les sujets auxquels s'adressait le "tour de vis" de 2001.

La proposition de repousser les migrants au moment de leur entrée sur le territoire national représente l'expression la plus radicale et extrême de l'idéologie de la "tolérance zéro"; et donc, en ce qui concerne l'Italie, au moment de – ou immédiatement avant – leur débarquement sur les côtes méridionales du Pays. Même si elle ne manque pas d'une certaine plausibilité dans son abstraction, l'idée se heurte cependant à d'insurmontables difficultés pratiques. En effet, que signifie, "repousser" les immigrants à leur arrivée sur nos côtes? Vu les conditions dans lesquelles

ces masses désespérées arrivent, cela signifie en pratique les rejeter à la mer ou bien – comme certains hommes politiques l’ont même envisagé – “les recevoir à coups de canon” avant leur débarquement. Il s’agirait donc d’un usage de la violence physique extrême: et au nom de la sauvegarde de quel intérêt supérieur devrait-on *justifier* (juridiquement et moralement) le sacrifice de malheureux qui ont – à ce moment-là – la seule faute de fuir l’enfer de leur Pays?

On doit par conséquent conclure que l’option de la “tolérance zéro” représente davantage un slogan qu’une stratégie politico-criminelle rationnelle et praticable envers la criminalité courante. Mais c’est un slogan politiquement incorrect pour deux raisons au moins. Il est avant tout politiquement incorrect parce que la crimino-genèse sociale des *street crimes*, qui sont liés aux grands flux migratoires, fait de la “tolérance zéro” un programme qui ne peut rien tenir de ce qu’il semble promettre. En second lieu, parce que la “tolérance zéro” peut s’avérer un expédient qui, en gonflant à la fois le phénomène et le remède de la criminalité de rue généralisée, sollicite et répond à des peurs émotives de la collectivité tout en distrayant son attention des autres formes de criminalité plus sournoises et non moins systémiques, des affaires, environnementale, politique, mafieuse.

4. La criminalité de rue conditionne très négativement la sécurité urbaine des citoyens. Et, à son tour, le sentiment d’insécurité influe fortement sur la qualité de vie des individus de nos sociétés. Il est vrai que le sentiment d’insécurité qui tenaille parfois les habitants des métropoles est justement une sensation ou un sentiment, c’est-à-dire une donnée qui a une nature psychique, mais il est aussi indéniable qu’il s’agit toujours d’un état capable de provoquer de lourds dommages existentiels. Ce n’est donc pas un hasard si d’importantes institutions sanitaires signalent l’incidence négative provoquée par le sentiment d’insécurité sur la santé publique et que les statistiques indiquent le “problème sécurité” parmi les préoccupations les plus fortement ressenties par les citoyens. Il est donc du devoir des institutions publiques et des forces politiques d’entreprendre une vaste action stratégique pour réduire le sentiment d’insécurité généralisé. Il ne s’agit nullement de nier que la *street criminality* (ou mieux sa perception) ait une influence décisive dans la production du sentiment d’insécurité, mais l’on doit répliquer avec force que la portée sociale du phénomène impose qu’on l’affronte de façon responsable. Ce qui signifie éviter, d’un côté, de tomber dans la (commode) “illusion pénale”, c’est-à-dire dans la fausse croyance que les *street crimes* puissent s’éliminer par l’instrument répressif et que la criminalité de rue soit l’unique facteur

causal d'un sentiment d'insécurité qui a au contraire des causes multiples. Et, de l'autre, cela signifie articuler une réponse qui, même quand elle se concentre sur l'action d'opposition à la criminalité de rue, agit cependant selon une stratégie préventive complète distribuée sur plusieurs fronts réciproquement complémentaires.

En schématisant, on pourrait dire que l'action préventive intervient essentiellement sur trois fronts: la prévention *de police*, la prévention *sociale ou environnementale* et la prévention *internationale*.

Pour ce qui est de la prévention *de police*, il est clair que son objectif de référence est constitué par les faits criminels tels que le droit pénal les définit: les instruments de police servent toujours le système répressif de la justice pénale, puisqu'ils visent à accroître les occasions et les possibilités de repérer les épisodes criminels et leurs auteurs pour les soumettre au procès et à la peine. Il n'empêche que l'activité de police – précisément parce qu'elle est préventive – doit nécessairement influencer aussi sur les segments et sur les conditions de vie sociale qui “entourent” pour ainsi dire la réalisation des épisodes criminels et qui constituent le lien étiologique avec les phénomènes macro-sociaux.

Plus précisément, l'activité de prévention peut être effectuée tant par la police de sécurité que par la police de proximité. La récente loi française du 18 mars 2003 n. 239, par exemple, vise à consolider la police de sécurité. Le législateur français a fortement renforcé une série de mécanismes juridiquement formalisés, à la fois sur le fond et sur la procédure, visant à empêcher la réalisation des crimes de rue ou à en faciliter la répression. Pour répondre au premier objectif, on trouve habituellement les normes incriminatrices d'actes préparatoires et de faits propédeutiques à la réalisation des traditionnels délits contre la personne ou le patrimoine: ainsi, par exemple, la prévision de contraventions concerne l'occupation abusive du sol public ou privé, ou bien les menaces et dommages dans les copropriétés, etc. Pour répondre au deuxième objectif, on trouve habituellement les normes de procédure facilitant l'acquisition d'éléments probatoires ou l'exercice d'un contrôle sur les personnes et les activités: ainsi, par exemple, les normes et même en matière de perquisition de véhicules ou sur le relevé d'empreintes génétiques, etc. Cette tendance au renforcement de la police de sécurité est plutôt généralisée dans différents Pays, européens et non européens. Il existe une importante contre-indication à cette tendance, à savoir le danger de son involution vers l'État de police où certains droits fondamentaux, comme le droit à la vie privée et à la liberté de circulation, pourraient courir le risque de fortes limitations.

La tendance à un renforcement de la police de proximité est tout aussi répandue aujourd'hui: en Italie, par exemple, on a institué cette année dans

certaines villes ce qu'on appelle le "policier de quartier" et l'expérience semble destinée à être étendue prochainement. Le rôle de la police de proximité est important et diversifié. En premier lieu, la présence de policiers opérant de façon stable, en contact étroit avec les habitants du quartier, a sûrement un effet direct sur la population en atténuant son sentiment d'insécurité. Mais, en second lieu, la présence continue et surtout "visible" dans les rues des villes a certainement un effet dissuasif sur les délinquants potentiels. Enfin, mais surtout, le policier peut être appelé *de proximité* ou *de quartier* dans la mesure où il réussit, en effectuant son service toujours dans les mêmes rues, à tisser des relations et des connaissances personnelles avec les habitants, de façon à obtenir une source d'informations précieuses sur la vie du quartier. Ce patrimoine de connaissances, directement à la disposition de l'autorité de police, devrait, pour l'aspect préventif, substituer le contrôle 'micro-social' affaibli suite à l'urbanisation, et décourager ainsi la commission des délits; et pour l'aspect répressif, il devrait faciliter le déroulement des enquêtes éventuelles une fois que le délit a été commis.

L'organisation d'un service de police de proximité efficace rencontre quelques difficultés plus ou moins consistantes, mais toutes sûrement surmontables. Ainsi, il est clair qu'une activité de police de proximité efficace suppose une connaissance approfondie de la réalité urbaine et une collaboration étroite et loyale avec les autorités locales. Quant à la connaissance de la réalité urbaine, son acquisition de la part du policier de proximité n'est possible que s'il reste en service de façon durable dans le même quartier; d'autre part, cependant, il est clair que l'enracinement dans le quartier et le réseau de relations personnelles avec ses habitants implique le risque de favoritismes sinon de corruptions proprement dites.

En outre, la difficulté de concilier les besoins de "visibilité" du policier de proximité et les besoins de confidentialité n'est pas négligeable. La visibilité est nécessaire pour inspirer un sentiment de sécurité aux habitants et dissuader les malintentionnés, tandis que la confidentialité est indispensable pour obtenir des informations de sujets qui pourraient hésiter par crainte de rétorsions et de représailles.

Par ailleurs, la formation professionnelle du policier de proximité devra naturellement avoir une spécificité qui reflète la diversité des profils des policiers de proximité et de sécurité. Et, sur ce plan, la difficulté – du moins initiale – de délinéer avec précision le profil professionnel de ce nouveau policier n'est sûrement pas négligeable: compte tenu aussi d'une certaine viscosité caractéristique de la culture professionnelle de ces corps de l'État, il s'avérera probablement nécessaire de réaliser une oeuvre préliminaire et savante de transformation et d'enrichissement des stéréotypes

professionnels pour éviter que se répande le sentiment d'une indétermination, voire d'une perte de l'identité professionnelle du nouveau policier.

Il existe enfin une forte tendance, que l'on peut constater en France et en Italie par exemple, à renforcer quantitativement et qualitativement la police privée et ses fonctions. Il s'agit d'une option qui ne peut se heurter à des critiques préjudiciables: Avant tout, un plus large emploi de la police privée aurait l'avantage évident de libérer le personnel de la police d'État pour le destiner à des tâches – comme le contrôle du territoire par exemple – qui impliquent un nombre très élevé de forces publiques de police. En second lieu, la plus large utilisation de police privée pourrait contribuer à contenir la dangereuse tendance à l'armement des citoyens pour leur légitime défense: on peut en effet supposer que la circulation des armes chez des personnes pas toujours aptes et préparées à les utiliser correctement constitue un facteur crimino-génétique général et qu'il soit encore préférable de confier la défense privée de biens et de personnes à des sujets tiers entraînés professionnellement plutôt qu'aux intéressés eux-mêmes.

Cela dit, on doit également souligner que le renforcement de la police privée ne peut être la solution miraculeuse pour le problème de la sécurité urbaine. Malgré les efforts du législateur pour garantir un niveau de préparation professionnelle élevé et surtout de correction et d'intégrité des policiers privés, n'oublions pas que la dilatation du nombre des agences et du personnel employé risque d'aller de pair avec une certaine décadence de la correction professionnelle pouvant arriver à des épisodes de prévarication et de contiguïté avec les milieux criminels. Mais, surtout, on ne peut rester indifférents au fait que déléguer de façon générale et indifférenciée de nombreuses tâches de la police d'État à la police privée signifierait "monétiser" la sécurité des citoyens, en accentuant encore la fracture entre les franges de population faible, qui seraient encore plus exposées au sentiment d'insécurité, et les franges de population forte, qui acquerraient ainsi un sentiment d'invulnérabilité sinon de toute-puissance. Il est par contre tout à fait opportun d'adopter une politique qui incite les sujets économiquement forts – comme les banques, par exemple – à se munir de systèmes privés de sécurité afin de libérer des ressources publiques destinées à sauvegarder la sécurité des sujets économiquement plus faibles et plus exposés à l'insécurité.

5. La prévention *sociale ou environnementale* implique des programmes vastes et à long terme et nécessite des ressources importantes. Il n'est guère facile d'imaginer que les forces politiques s'engagent dans des programmes de ce genre, au moment où elles sont absorbées par des objectifs

contingents et immédiats et où elles sont toujours assaillies par des restrictions financières. Pour qu'on puisse envisager un changement de cap consistant et généralisé de la politique sociale et environnementale allant dans le sens des besoins de sécurité, il faudrait une "conversion" préliminaire des orientations culturelles de la collectivité qui donne vraiment priorité aux objectifs de l'assainissement social et environnemental.

Les villes qui sont nées historiquement comme lieux de défense et de sécurité des citoyens, sont devenues – surtout si elles sont grandes – les lieux typiques de l'insécurité, dite "urbaine". Cela dérive en outre du fait que la ville tend de plus en plus à être non espace commun de vie, mais espace de déplacements anonymes. Avant la grande modernisation les espaces citoyens, et notamment les quartiers, constituaient les lieux où se "superposaient" les segments de vie les plus variés: un même lieu était autrefois lieu d'habitation, de travail, de loisirs, de commerce. Cela créait un esprit et des liens "communautaires" qui fonctionnaient comme un réseau de contrôle social et générait en même temps un sentiment de sécurité. Par contre, dans les grandes villes modernes d'aujourd'hui, il y a des lieux séparés et distincts pour les habitations, les loisirs, le travail, les achats, etc., de sorte que la trame communautaire s'est désintégrée pour être substituée par une trame de déplacements urbains: quel peut être le sentiment et le lien communautaire d'un quartier dortoir ou d'un centre commercial? Il semble malheureusement que même les villes de petite et moyenne dimensions, qui constituent la caractéristique et la richesse de l'urbanisation d'un pays comme l'Italie, soient prises par le tourbillon du développement urbanistique par "pôles", de sorte que la séparation des segments de vie de leurs habitants devient inéluctable.

On peut supposer qu'une autre cause importante de ce processus d'appauvrissement de la trame spontanée de contrôle social soit la perte de toute une série de figures et métiers qui contribuaient presque par vocation naturelle à assurer une fonction indirecte de contrôle social. Il s'agit en particulier de ces figures, comme les concierges, les chefs de gare, les pompistes, etc., qui avaient une "position" privilégiée pour observer la régularité de la tranche de vie qui se déroulait devant leurs yeux et pour en saisir immédiatement les "déviations" socialement ou juridiquement significatives. Les besoins économiques toujours prédominants ont conduit à l'élimination progressive de ces figures ou du moins de l'étendue de leur présence sur le territoire: mais il serait intéressant de pouvoir calculer ce que cette économie nous coûte en termes de perte de sécurité.

Enfin, il est désormais notoire que la dégradation urbaine, faite de saleté, délabrement, d'état d'abandon de bâtiments, rues, gares, et à plus

forte raison l'acquiescement de ce qu'on nomme les *incivilités*, faites de dommages, barbouillages, d'incorrections, voire d'agressions, constituent un important facteur d'insécurité sur un double versant. Vu que la dégradation urbaine et les incivilités donnent le sentiment d'un abandon général de la ville à elle-même, il est évident que les citoyens peuvent aisément passer de cette sensation à celle d'insécurité et donc de peur. D'autre part, le sentiment d'une ville ou d'un quartier abandonné génère chez des sujets qui n'ont pas suffisamment intériorisé les normes de comportement la conviction que l'inobservance de ces règles est quelque chose d'accepté et de "naturel" puisque cohérente avec le scénario qui se présente à leurs yeux.

Ces trois fronts importants pourraient donc prévenir l'insécurité sur le plan social et environnemental: mais il ne faut pas se faire trop d'illusions à ce sujet puisque la myopie de l'idéologie régnante du capitalisme extrême empêche d'en calculer les énormes dommages existentiels.

6. La prévention *internationale* se base sur des interventions visant à influencer de différentes façons les flux migratoires pour tenter de les réduire. Les politiques de prévention internationale peuvent privilégier des interventions "au départ", c'est-à-dire dans les Pays de provenance, ou bien les interventions "à l'arrivée", c'est-à-dire dans les Pays de destination. Il est évident que les premiers sont probablement dotés d'une efficacité supérieure, mais leur mise en oeuvre est beaucoup plus difficile tant pour des raisons économiques que de politique internationale. Ainsi, il serait certainement souhaitable que la réduction des flux migratoires puisse être poursuivie en agissant pour améliorer dans les Pays d'origine les conditions économiques, sociales et politiques qui incitent à l'émigration: un effort en ce sens de la part des Pays riches de l'Occident répondrait non seulement à un principe éthique de solidarité internationale, mais aussi à leur propre intérêt utilitariste de réduction de la pression migratoire. Mais il ne semble pas facile de réaliser ce type d'intervention, qui impliquerait non seulement des moyens financiers vraiment exorbitants, mais surtout un rapport d'interférence et de collaboration si étroite avec les Pays d'origine qu'il se révèle souvent politiquement inacceptable. Nous croyons malgré tout que cette difficile ligne de prévention internationale ne peut être abandonnée et qu'elle doit être poursuivie dans les limites du possible par une politique internationale prévoyante.

C'est sur un plan complètement différent, non de solidarité internationale, mais de simple collaboration en termes quasi d'ordre public international, que se situent les interventions dans les Pays de provenance, consistant à agir *in loco* afin de contraster les départs des migrants pour



s'efforcer de les contenir dans les limites des flux soutenables pour le Pays de destination. En théorie, il s'agit d'une perspective d'un certain intérêt, surtout parce qu'elle devrait être en mesure d'atténuer ces difficultés dramatiques – déjà évoquées – que les Pays de destination rencontrent pour repousser les masses des migrants au moment de leur entrée aux frontières. Il semble toutefois vraiment irréaliste de se fier à ce type d'intervention de prévention internationale: la présence sur le territoire des Pays de provenance de forces de police des Pays de destination se heurte non seulement à des difficultés pratiques pour réaliser cette intense forme de collaboration internationale de police, mais de plus il n'est pas du tout dit qu'elle corresponde aux intérêts des gouvernements des Pays de provenance.

Il ne reste donc que les interventions de prévention internationale visant à opérer “à l'arrivée” dans les Pays de destination. Il s'agit, plus précisément, de la politique de régulation des flux migratoires, dont l'objectif est de rendre la présence non européenne dans le Pays “soutenable” pour ses structures sociales. Puisque ce sont les capacités d'absorption de la main d'œuvre non européenne, c'est-à-dire les besoins des entreprises, qui permettent de juger si l'émigration est ou non soutenable, il se pose ici un problème angoissant. D'un côté, les flux migratoires sont générés par les conditions de sous-développement, de misère et de désespoir où vivent les populations dans leur Pays d'origine; de l'autre, la mesure de leur accueil de la part des Pays de destination est donnée par des critères économiques s'identifiant en substance avec les intérêts du monde des entreprises. Il est probable que cette angoissante contradiction soit inéluctable puisque l'abandon de ce critère économiste supposerait une impensable transformation de tout le système économique-social suite à laquelle le revenu national global serait redistribué à un nombre plus élevé d'individus comprenant aussi la part supplémentaire des sujets non européens incapables de produire un revenu. Cependant, même si l'on donne pour certaine l'inactualité de cette transformation extraordinaire, nul doute que la politique des flux implique nécessairement une ample marge d'élasticité pour quantifier ce qui est soutenable, et l'orientation des autorités gouvernementales, selon une logique d'entreprise ou bien selon une logique de solidarité sociale, se révèle décisive.

Le droit pénal occupe un rôle “servant” par rapport à la politique des flux migratoires, dans le sens où le respect des limites quantitatives de l'immigration soutenable est confié au système de la justice criminelle. Plus précisément, la législation italienne opère à ce sujet une distinction radicale entre les sujets qui favorisent l'immigration clandestine et les sujets immigrés clandestinement. Alors que le législateur a opté pour une

sévère répression par rapport aux premiers, il a privilégié pour les seconds l'option de l'expulsion du territoire de l'État.

En ce qui concerne la répression de ceux qui facilitent l'immigration clandestine, on peut dire, semble-t-il, que ces délits sont en réalité dépourvus d'une "valeur ontologique négative" précisément parce que l'infraction du fait se réduit dans le fond à la violation du nombre des entrées permises programmé et par conséquent des procédures administratives complexes établies pour limiter l'immigration aux quotas prévus. Il ne faut cependant pas oublier que ces délits, même s'ils ne présentent pas nécessairement les mêmes caractéristiques que la traite des êtres humains, exploitent quand même les conditions d'infériorité matérielle et psychologique des immigrés clandestins et les exposent aussi à de graves dangers pour leur vie et leur sécurité, de sorte que la sévérité de la répression pénale ne peut être considérée injustifiée.

Quant à la position des immigrés clandestins, le législateur italien a renoncé à leur attribuer une infraction pénale pour le seul fait de l'entrée et de la présence sur le territoire de l'État. Il a par contre préféré prévoir leur expulsion dans le but de réaliser directement la limitation du nombre d'immigrés selon les quotas programmés. Cela n'empêche pas le droit pénal d'intervenir – pour ainsi dire en second appel – afin de renforcer ou de faciliter l'expulsion. On a ainsi prévu des délits de gravité variée pour l'immigré clandestin qui viole la mesure d'expulsion, soit en entrant de nouveau dans l'État après avoir été expulsé soit en y restant malgré l'expulsion. D'autre part, le système de la justice pénale ne manque cependant pas de favoriser l'expulsion même lorsque sont réalisées les conditions pour l'application de la sanction criminelle. En effet, à certaines conditions, le législateur a prévu pour l'expulsion un rôle substitutif, remplaçant la peine: on peut donc dire que le droit pénal des immigrés clandestins tend aujourd'hui à se développer dans une troisième direction, différente de la ségrégation punitive et de la rééducation. Il s'agit donc de la perspective de l'"exclusion" du déviant, entendue comme éloignement et expulsion du clandestin de l'État.

Il semble apparaître un paradoxe interne à la politique des flux en ce qui concerne spécifiquement le rapport entre immigration et sécurité. La politique des flux, avec son bras armé constitué par le droit pénal, semble être difficilement en mesure d'endiguer l'irrésistible pression migratoire due à des facteurs causaux psychologiquement irrésistibles, planétaires et extraordinaires. Et les limites intrinsèques de la politique des flux, qui s'oriente par nature vers l'objectif purement négatif du "contingement" et de l'"exclusion", deviennent encore plus évidentes quand celle-ci s'inspire des critères d'entreprise. Par conséquent, plus la politique des flux

sera restrictive plus elle créera d'immigrés sans-papiers. Or, tous les relevés statistiques disponibles montrent que les comportements déviants ou criminels des immigrés se concentrent de façon presque exclusive dans la frange des sans-papiers (91% des étrangers arrêtés), alors que les étrangers en règle – à parité de sexe et d'âge– présentent des taux de criminalité inférieurs à ceux des citoyens italiens (6 dénonciations sur 100 contre 9 sur 100).<sup>2</sup> Cela signifie donc qu'une politique des flux rigoureuse est destinée à alimenter l'insécurité: et le droit pénal est lui aussi impliqué dans ce résultat paradoxal et pervers, avec quelques circonstances aggravantes. Car, en ce qui concerne le phénomène de l'immigration clandestine, les réponses pénales répressives et "expulsives" pourraient ajouter au risque général de l'effet crimino-génétique de la ségrégation carcérale en aggravant la marginalité et la déviance liées à la position initiale de "sans-papiers".

Serait-ce encore une autre illusion, éclatante, du droit pénal?

#### SUMMARY

*Criminality associated with mass-migratory flows is an extraordinary test-bench to assess the effectiveness of punitive instruments. Not all deviations from standard behaviour can be successfully treated with the same instruments nor is it possible to ignore their connections with the specific social phenomena having an influence on them. More specifically, migratory phenomena are to be viewed as one of the macro-social causes of street crimes, which generate a strong feeling of insecurity in society at large. However, it is clearly unrealistic to adopt a totally 'sociologically-oriented' criminal policy and 'accept' street crimes as unavoidable side effects of universal phenomena; still, it would be just as unrealistic to adopt a repressive policy based on 'zero tolerance', on the grounds of a widespread social need for law and order. Above all, the 'zero tolerance' option, which is based on the deterring effect of punitive measures, fails to take into account the state of utter psychological despair which makes the subjects who should be punished unlikely to be deterred by the punishment itself. Moreover, the large percentages of immigrants among prison inmates give ample reason to believe there is a prevalence of social causes linked to the immigrants' status as such.*

---

<sup>2</sup> PEPINO L., (2001), "Sicurezza, microcriminalità ed immigrazione", in *Questione giustizia*, p. 1).

*Though bearing in mind that street crimes are but one of the elements causing a widespread sense of insecurity, there is clearly a need for an integrated multi-faceted prevention policy. Police prevention should see the development of neighbourhood police systems next to the traditional law-enforcing police systems. The development of private policing systems is also to be accepted without any bias, though making sure this does not go to aggravate economic and social differences between weak and strong subjects. Social and environmental prevention implies the adoption of far-reaching programmes, leading to a thorough re-visitation of existing town-planning approaches and greater attention to urban lifestyles. International prevention, finally, consists of difficult interventions on the immigrant's territories of origin and of more realistic interventions in the countries they move to through the so-called policy of migratory flows. This has a two-fold aspect: on the one hand there is an economic principle, linked to the need for labour of national enterprises, on the other a principle of solidarity, which would call for a redistribution of national income. Penal law has a 'sub-servient' function in relation to the policy of flows, sanctioning any breach of existing regulations. As far as the facilitating of illegal immigration is concerned, penal interventions may be justified on the grounds of the exploitation, often bordering on slavery, of immigrants. As for the illegal immigrants themselves, it is more difficult to see in their illegal status a true and proper non-value deserving penal sanctioning.*

## RESUMEN

El crimen vinculado con las grandes migraciones masivas es un extraordinario banco de prueba para medir los límites de la eficacia del instrumento punitivo. No todos los comportamientos desviados pueden ser afrontados con buenos resultados utilizando el mismo instrumento, ni tampoco es posible ignorar sus conexiones con los fenómenos sociales específicos que los condicionan. En particular los fenómenos migratorios son una de las causas macrosociales de los *street crimes* que causan un fuerte sentimiento de inseguridad en la colectividad. Sin embargo no parece aceptable pensar en una política criminal de inspiración puramente "sociológica", que se limite a una actitud "resignada" frente a los *street crimes* considerados como inevitables efectos colaterales de fenómenos planetarios, ni tampoco en una política represiva de "tolerancia cero" justificada con la necesidad social de seguridad. La opción "tolerancia cero", en particular, se basa en el efecto de cohibición de la pena, y no tiene

en cuenta la situación psicológica de desesperación real que hace que la misma no alcance a motivar a los sujetos destinatarios de su aplicación. Además, el alto porcentaje de inmigrantes que aparecen en las estadísticas penitenciarias fundamentan la importancia de las causas sociales vinculadas precisamente con esa condición.

Si aceptamos como premisa el hecho que los *street crimes* son tan solo uno de los factores que producen inseguridad, es necesario pensar en una política de prevención integrada que se aplique desde varios frentes. La prevención *policial* debería desarrollar una policía de cercanía que se acompañe a la tradicional policía de seguridad. Es necesario además aceptar sin prejuicios el fortalecimiento de la policía privada, pero cuidando que no se acentúen las diferencias entre sujetos débiles y sujetos fuertes. La prevención *social y ambiental* requiere la adopción de programas de amplio alcance, que lleven a reconsiderar en toda su complejidad los conceptos urbanísticos dominantes y presten mayor atención a los estilos de vida en las áreas urbanas. La prevención *internacional*, por fin, precisa afrontar difíciles problemas en los mismos países de origen de los migrantes, y realizar intervenciones más realistas en los países de destino, por medio de la llamada política de los flujos migratorios. Esta política se compone de un principio económico, vinculado con la necesidad de mano de obra de las empresas nacionales, y un principio de solidaridad, que debería imponer una redistribución parcial del ingreso nacional. El derecho penal tiene una función de servicio respecto a la política de los flujos, sancionando la violación de las normas. En los casos de facilitación de la inmigración clandestina, la intervención penal puede basarse en la explotación, con características de esclavitud, de los migrantes. Respecto a éstos, es más difícil identificar en su condición de clandestinos un auténtico valor negativo que merezca una sanción penal.

## **‘Economía del exceso’ y castigos excesivos**

por  
MASSIMO PAVARINI  
Universidad de Bologna, Italia

Un dato al cual se presta poca atención, es que la cárcel – en su historia bicentenaria – ha estado principalmente hegemonizada por retóricas elitistas, en el sentido de que la legitimación de esta modalidad de penar – por razones de prevención, sea general o especial – ha resultado esencialmente amparada por movimientos culturales y políticos minoritarios, habitualmente compuestos sólo por profesionales, a menudo animados por intenciones progresistas, que han expresado sobre la pena y sobre la cárcel un punto de vista parcial. Por ser parcial y minoritario en sus orígenes, este punto de vista se ha impuesto históricamente en las políticas penales y penitenciarias: en alguna realidad – pienso en los Estados Unidos de América – ello fue determinado también a través de procesos de amplia contribución democrática; en otras – pienso en Italia –, lo propio se ha concretado frecuentemente por astucia jacobina.

Pero esto vale para el pasado. En el presente, las cosas parecen estar cambiando (cfr. James y Raine, 1998; Rayan, 1999). El tópico discurso penitenciario vive hoy en día la singular aventura de ser diversamente apreciado y explicado. Por lo menos, dos diferentes retóricas subrayan su presencia (Johnstone, 2000). La primera – hoy en crisis – es aquélla precisamente elitista, de carácter prevalecientemente progresista; la segunda – hoy en fuerte aumento – es, en cambio, más cercana al modo de entender de la mayoría, aparentemente más democrática, ciertamente más populista.

La primera lectura – ya lo he dicho – hoy está fuertemente en crisis, también porque no se arriesga a salir de un estado de depresión profunda (Bayer, 1981). Ella se expresa primordialmente a través de las revistas científicas, en el lenguaje de la jurisprudencia, en las voces de quienes tienen responsabilidad institucional. Esta narrativa penológica sobrevive

hoy recontando su propia neurosis: el lamento frente a la pena que en los hechos no es como debería haber sido. De allí el evidente embarazo frente a cualquier cosa que aparece – siempre más – escandalosa. No sólo – y quizás no tanto – porque la cárcel “no funciona” (Martinson, 1974), sino más que nada porque la pena de cárcel se ha impuesto históricamente tras la ilusión de sus incontestables y evidentes virtudes. Y por la fe puesta en éstas, se ha edificado el completo sistema de la justicia criminal y su legitimación. Es difícil imaginar que el que está fuera vea la cárcel como una idea distinta de justicia penal. La invención penitenciaria, en efecto, se celebra en su presunta capacidad de dar plena satisfacción a la necesidad de un sistema moderno de justicia penal, es decir a una justicia igualitaria, moderada y útil. Constatar que, frente a estos fines ideales de la pena, las funciones materiales de la cárcel son – en cambio – aquéllas determinadas por la producción y reproducción de la desigualdad social, a través de la irrogación de una violencia marcada por elementos irreducibles de crueldad y con efectos de elevada nocividad social, induce al pesimismo penológico, exasperado ulteriormente por la constatación de no poseer alguna estrategia válida para una efectiva contención o abolición de esta modalidad de infligir la pena, siempre que se convenga sobre la necesidad y/o oportunidad, presente y futura, de un sistema legal de penalidad.

El segundo discurso penológico – hoy en fuerte aumento – no muestra óbice alguno frente a la cárcel. Ello es cierto respecto de la utilidad de la pena de detención, aunque se invocan nuevas modalidades en su aplicación. Esta “nueva” idea de penalidad aparece a menudo burda en sus simplificaciones extremas y, por lo tanto, no suele celebrarse en las disertaciones académicas (Zimring, 1996). Ella se desarrolla en los discursos de la gente (Hough, 1996). Se habla directamente a la gente con las palabras de los políticos (Lord Windlesham, 1998) y preferentemente a través de los medios de comunicación de masas (Sparks, 1992); pero se difunde y termina por articularse en tópicos que encuentran – o buscan encontrar – inclusive una legitimación científica propia. Y obviamente, no falta quien se aventure científicamente en la empresa. Se está difundiendo hoy una cultura populista de la pena, que introduce, quizás por primera vez, la cuestión de una penalidad socialmente compartida “desde abajo”.

Creo que, por un complejo de razones atendibles pero difícilmente justificables, la cultura científica de Italia presta poca atención a esta nueva cultura de la penalidad legitimada “desde abajo”, de la cual es imprudente decir que sea siempre “de derecha” (la política penal del gobierno demócrata en los Estados Unidos de América, del laborista de Inglaterra, y algunos intentos que emergen de los “paquetes de justicia” de los dos

últimos gobiernos de centroizquierda de Italia, permiten sospechar que el “nuevo realismo de izquierda” bien poco tendría que envidiar a los gobiernos conservadores en tal sentido).

En las pocas páginas que siguen querría considerar seriamente algunas afirmaciones de la cultura posmoderna de la pena y de la cárcel, con el objeto de exponer la crítica evidencia de lo siguiente: toda vez que esta penología “de abajo” declara querer evadirse de todo compromiso con los horizontes justificativos de naturaleza ideológica para privilegiar aproximaciones tecnocráticas, termina por aproximarse definitivamente a concepciones premodernas de la penalidad.

La cárcel puede “funcionar” contra la criminalidad. En ciertas condiciones, la pena de cárcel puede ser útil en el producto de menor criminalidad y menor reincidencia. Ciertamente, no porque a través de la ejecución de la pena de prisión se puedan resocializar los criminales, o porque la pena de cárcel intente intimidar a los potenciales desviados. La cárcel puede ser útil en el gobierno de la criminalidad y de la reincidencia si es – y en cuanto sea – puesta en condiciones de operar con finalidad de “neutralización selectiva” (cfr. Blumstein, Cohen y Nagin, 1978; Zimring y Hawring, 1995; Auerhahn, 1999).

El objetivo de la “neutralización selectiva” se origina dentro de una cultura tecnocrática y administrativa de la penalidad: ella interpreta la justicia penal como un sistema que persigue objetivos de eficiencia, tales como, por ejemplo, diferenciar la respuesta por niveles de peligrosidad e implementar estrategias de control sobre los grupos sociales (Reichman, 1986). La retórica que emerge es la del cálculo probabilístico y de la distribución estadística, aplicados en la confrontación con los grupos de población que crean problemas sociales (Simon, 1987).

No muy diferente de las técnicas asegurativas, el lenguaje de la utilidad social y del gobierno de los riesgos sociales toma progresivamente el lugar del de la responsabilidad individual y de la prevención especial en las políticas penales. El lenguaje de la penología tecnocrática es, por tanto, caracterizado por una énfasis sobre la racionalidad sistémica y formal.

El gobierno administrativo del control penal tiende a construirse en torno a objetivos sistémicos que radicalmente se alejan del uso simbólico de la penalidad. La gestión administrativa de la penalidad responde sólo a su lógica interna, desvinculada de su finalidad extrasistémica.

Una tal administración de las penas da por tierra, de esa suerte, con los paradigmas mismos del uso ideológico de la inflicción legal del sufrimiento. Mientras el recurso simbólico del sistema de la justicia penal utiliza un vocabulario en el cual los términos más utilizados son



imputación, responsabilidad personal, mérito del castigo, ejemplaridad de la pena, etc., en suma, las varias expresiones que definen la reducción individual de la dimensión social de los problemas, la gestión administrativa de las penas habla en otra lengua: no más la de penar a los individuos, sino la de gestionar grupos sociales en razón del riesgo criminal; no más aquella correccionalista, sino la burocrática de cómo optimizar los recursos escasos, para la cual la eficacia de la acción punitiva ya no está en razón de los *telos* externos al sistema (educar e intimidar), sino en razón de la exigencia intrasistémica (neutralizar y reducir los riesgos).

Todo el arsenal correccionalista sufre un radical vuelco de funciones y de sentido: el tratamiento y la terapia, como la ayuda, pierden toda referencia de cara a los fines preventivos especiales. El tratamiento, la terapia y la ayuda se vuelven recursos útiles para garantizar el gobierno de la cuestión criminal en los niveles de compatibilidad del sistema de la justicia penal. Recursos útiles para diferenciar las poblaciones desviadas en razón del riesgo criminal, para incapacitar selectivamente al más peligroso, para articular el espectro custodial, para economizar recursos (Feely y Simon, 1992 y 1994).

El uso impropio de la cultura y de la praxis del tratamiento por parte de la nueva penología es tan incontenible cuanto irresistible. Sólo algunos ejemplos entre los más detonantes.

Por el largo período de hegemonía de la cultura y práctica correccionalistas, la recaída en el delito era el papel de tornasol del fracaso del objetivo educativo de la cárcel. La reincidencia marcaba el error. En la instancia de la medida alternativa, su revocación definía como ilusoria la esperanza de la reintegración social. Hoy, fuera de toda filosofía preventiva especial, los parámetros que marcan el fracaso son en cambio interpretados como útiles indicadores de la eficiencia del sistema penal en su complejidad. Los índices de reincidencia muestran que el sistema penal ha seleccionado eficazmente desde el inicio su propia clientela, o bien que sobre la base de la exposición a la recaída en el delito interpretada por los grupos sociales, es posible definir predictivamente las categorías de riesgo y diversificar consecuentemente las respuestas punitivas.

Lo mismo cabe decir en punto a la revocación de las medidas alternativas: su distribución diferenciada en los distintos grupos sociales se convierte en un criterio decisivo de corrección de las políticas penitenciarias y judiciales, en el sentido de sugerir a la administración y a las jurisdicciones nuevos criterios estadísticos sobre los cuales activar la discrecionalidad.

Una discrecionalidad, por lo tanto, que ya no se ilusiona con fundarse sobre la observación científica de la personalidad, sino que anda progresivamente su propia decisión en un cálculo estadístico de los riesgos por poblaciones criminales y grupos sociales desviados, en lugar de confiarse al riesgo de “apostar al hombre” a través de una valoración personalizada de la peligrosidad.

El mismo proceso de diferenciación de tratamientos en la cárcel no responde más a la necesidad de individualización de la ejecución por finalidad preventivo-especial, sino que se explica crecientemente por la necesidad de usar también a la cárcel como variable dependiente, en razón de una distinta distribución del riesgo. Así, el instrumento de la cárcel de máxima seguridad no se orienta a una lógica de incapacitación individual, por la que aquél es la respuesta extrema para los culpables de delitos particularmente graves o para los detenidos “subjetivamente” peligrosos, sino que se transforma en el contenedor para todos aquellos que aparecen, según una lógica de incapacitación selectiva, como pertenecientes a grupos sociales de elevado riesgo criminal.

Esta aproximación sistémica al gobierno de los criminales refleja un nuevo discurso sobre el crimen mismo y sobre el rol del sistema penal. Los desviados no son más, o son cada vez menos, el referente organizativo del saber criminológico, porque la criminología está convirtiéndose progresivamente en capítulo marginal de un análisis general de *public policy*. La cuestión en juego no es más aquélla tan pretenciosa como ingenua de derrotar el crimen, sino, simplemente, la de racionalizar la operatividad del sistema que consiente en “gestionar” la criminalidad sobre la base de valoraciones de tipo actuarial.

Son numerosas las cuestiones centrales originadas por la penología “administrativa”: ¿con qué grado de validez empíricamente verificable es posible incapacitar selectivamente? ¿existen límites – económicos y funcionales – que definan estructuralmente a la penalidad como recurso limitado? ¿es posible medir los efectos positivos del gobierno de la criminalidad atribuibles a las estrategias de incapacitación selectiva?

Interrogantes simples pero que conllevan respuestas complejas.

Los delitos predatorios, vale decir, aquellos oportunistas contra la propiedad – hurtos, arrebatos, raterías, pequeños robos, etc.– son actualmente los masivos. Pero tal carácter no siempre se traslada a quienes los cometen. Se ha calculado (Wolfgang, Figlio y Sellin, 1972; Shannon, 1991; Chaiken y Chaiken, 1984) que entre el 15 y el 22 % de quienes han sido condenados por alguno de estos delitos resultaban responsables de más del 50% de todos los delitos predatorios consumados en el mismó territorio

en el último año, incluyendo también aquéllos cubiertos por la “cifra oscura”. Medianamente – ateniéndonos a las declaraciones ofrecidas por esta minoría de “criminales en carrera” –, estando en libertad infringían la ley penal más de doscientas veces al año.

De aquí la obvia tentación: si se pudiese individualizar con precisión esta minoría de criminales al inicio de su *criminal career*, antes de que se transformen en *career criminals* (Blumstein, Cohen, Roth y Visher, 1986), bastaría colocar a estos “pocos” en imposibilidad de delinquir para obtener “grandes” resultados en la reducción de la criminalidad.

La cuestión es, por lo tanto, ésta – bien conocida de la ciencia penal y criminológica – del juicio de peligrosidad social o criminal; es decir, en última instancia, de los criterios de predecibilidad de la acción desviada (Farrington y Tarling, 1995; Don Gottfredson y Don Gottfredson, 1994; Morris y Miller, 1987). Una vez que éstos sean individualizados y que respecto de los mismos se confíe en la capacidad técnica de seleccionar los futuros *high-rate offenders*, la respuesta sancionatoria no será por razón de valoración de culpabilidad, sino de peligrosidad: los futuros “criminales en carrera” deberían verse impedidos de convertirse en tales, a través de la irrogación de *no-fixed* o *life sentences*, es decir en nuestra cultura y tradición jurídica, a través de la medida de seguridad institucionalizada para imputables. Y, obviamente, sin que se deba poner en juego el rito de las valoraciones criminológicas personalizadas, tan costosas como inútiles.

En las “líneas guía” que se dictan para disciplinar el poder discrecional en el *sentencing*, completar cuatro o más *handicap* entre los siete indicados, significa ser considerado de elevado riesgo, prescindiendo del delito que se le imputa, y por lo tanto selectivamente incapacitado.

En la realidad estadounidense, las investigaciones nos enseñan que los condenados que serían, según estos criterios de predecibilidad, selectivamente definidos como de elevado riesgo de reincidencia, están comprendidos entre un cuarto y un tercio de la población condenada penalmente. De aquí la esperanza de reducir la población detenida y, al mismo tiempo, de aumentar los niveles de seguridad, segregando en cárceles de máxima seguridad, de por vida, a no más de un 30 % de la actual población detenida, reservando para los restantes condenados penalidades *soft* y poco costosas, como por ejemplo aquéllas ofrecidas por la nueva tecnología de control electrónico (Jones, 2000).

Los modelos de predecibilidad de la reincidencia ofrecidos por la criminología actuarial en este último decenio son múltiples y frecuentes, aunque también bastante complejos. O, al menos, han resultado demasiado complejos cuando se ha procurado ponerlos en práctica. Ahora, para

simplificar todo, en la legislación y en las prácticas estadounidenses se ha puesto en práctica progresivamente la vieja y conocida regla del *baseball*: “Three strikes and you’re out”, es decir, cárcel de por vida, o bien penas de detención no inferiores a treinta años, por la reincidencia reiterada agravada, aun por delitos no particularmente graves, como venta de drogas ligeras o arrebatos (Austin, Clark, Hardyman y Henry, 1999).

El exceso de los Estados Unidos es sólo aparente. Consideraciones fundadas sobre valoraciones presuntivas de peligrosidad no muy distintas funcionan ya en Inglaterra (Hough y Roberts, 1999) y en otras democracias occidentales, en cuanto concierne a la concesión de recorridos de alternatidad a la pena de detención. Y entonces pienso que es importante dar cuenta de que – al querérselo sustraer de toda otra valoración ética y/o política – el sistema de la incapacitación selectiva, “muy a mi pesar”, no funciona: la población detenida aumenta y los delitos no disminuyen.

El cálculo del riesgo criminal parece funcionar relativamente “en abstracto” para el pasado, pero nunca “en concreto” para el futuro. Puedo demostrar científicamente que, si en el pasado se hubiese neutralizado al 30 % de los condenados que resultaban “peligrosos” según determinados criterios, hoy se podría gozar de una significativa reducción de la criminalidad, pero apenas se pone en funcionamiento la misma valoración de predecibilidad para el futuro, las cuentas no cierran.

Mucho e interesante ha sido, a este propósito, lo demostrado por la ciencia criminológica en estos años. Numerosas han sido, por ejemplo, las críticas a los errores de la política de incapacitación selectiva.

Prestando atención a la estadística de la penalidad del pasado, se debe tener en cuenta que si la estrategia de neutralización hubiese sido aplicada según los diversos criterios de predecibilidad hoy expresados por la *New Penology* sobre las valoraciones de riesgo por pertenencia a categorías, la tasa de fracaso habría sido de cualquier modo elevadísima, superior al 50 % en los dos sentidos: la mitad de los que hubieran sido definidos peligrosos no habrían reincidido una vez descontada la pena, y la mitad de los que hubieran sido definidos como no peligrosos, habrían continuado delinquiendo (Von Hirsch y Don Gottfredson, 1994; Cohen, 1983; Copas, 1983; Visher, 1986). Aun cuando no sea experto en estadísticas, cualquiera advierte que un error de tales proporciones en la selección predictiva equivale a convenir que estadísticamente se podría llegar al mismo resultado eligiendo al azar a un condenado de cada tres. “Bien o mal – como expresaran recientemente Hess y Scheerer (1999, p. 32) – debemos renunciar a la vieja obsesión de que un día el ilícito podrá ser prevenido simplemente buscando en los *Kindergarten*, a la caza de futuros

criminales”. De aquí el surgimiento de la tentación de incurrir en el exceso predictivo (Petersilia, 1983): si se quiere elevar las probabilidades de neutralizar a los sujetos que efectivamente continuarán delinquir, se necesita pagar el precio que importa incapacitar incluso a aquellos que, en definitiva, no habrían resultado peligrosos (los así llamados “falsos positivos”).

Pero aun cuando se conviniese en excederse hasta el límite hipotético de incapacitar a todos aquellos que de cualquier modo se enfrentan con el sistema de la justicia penal, ni siquiera en ese caso podría garantizarse *a priori* el resultado de contener o reducir la criminalidad. En efecto, la criminalidad oportunista y predatoria encuentra una convincente explicación etiológica a la luz del modelo “situacional” o “de la oportunidad” (Birkbeck y Lafree, 1993; Lea, 1992). Lo que equivale a decir que la cantidad de ilegalidad está determinada preferentemente por la oferta de ocasiones para delinquir que una determinada organización social ofrece. Y aquella oferta será satisfecha siempre con una adecuada demanda. Por más que se provea a neutralizar preventivamente algunos accesos a situaciones que facilitan la entrada al mercado ilegal, “por sustitución”, otros encontrarán conveniente entrar.

Más de lo mismo: frente a un modelo explicativo de la criminalidad masiva tendencialmente orientado a dar un peso decisivo a la oportunidad, los criterios de predecibilidad de la peligrosidad criminal se construyen sobre la ilusión de una predisposición a delinquir por razones de déficit social, racial, cultural y económico. Paradójicamente, ellos, alcanzan niveles satisfactorios de predecibilidad “en abstracto” en la proximidad de una definición de la peligrosidad que coincide con la de problematicidad social. Es como decir que todos aquellos que pertenecen a grupos sociales desaventajados son – precisamente – potencialmente peligrosos. *Ergo*, para obtener efectos apreciables se debería neutralizar a toda la marginalidad social.

Se objetará que es una empresa imposible, mas en esta senda se han producido muchos avances. Nuevamente los Estados Unidos nos dan un ejemplo elocuente con dos millones de detenidos presentes diariamente en las instituciones carcelarias, y por los menos otros cuatro penalmente controlados, de los cuales alrededor del 70 % está compuesto por jóvenes varones negros o de origen hispanoamericano. La cuenta se hace rápido: entre los varones pertenecientes a la categoría *underdog class*, uno de cada dos cuenta al menos con una experiencia de detención en su vida, es decir, existen hoy más *blacks* en las cárceles americanas que inscriptos en las escuelas medias superiores. En consecuencia, cabría esperar que estas

elevadas tasas de encarcelamiento – la población detenida ha aumentado cinco veces en los últimos veinte años – recibieran el premio de una contención o reducción de la criminalidad. En lugar de ello, las cosas se presentan de manera diferente.

En efecto, las elevadísimas tasas de encarcelamiento parecen haber tenido algún efecto sobre la marcha de la criminalidad, pero no en el sentido auspiciado. La criminalidad de masas en los Estados Unidos, por ejemplo, no ha aumentado significativamente en el tiempo, mostrando inclusive, en los últimos años, un leve repliegue. Por otro lado, esto no debe extrañarnos, desde el momento que los Estados Unidos no han conocido, ni siquiera en el pasado, índices de criminalidad predatoria más elevados de los que se podían registrar medianamente en algunos países de Europa occidental, y sobre todo porque también en Europa, en los últimos años, ha sido posible registrar una leve flexión de los delitos contra la propiedad. Lo que muestra, en cambio, que Estados Unidos es absolutamente incomparable con el resto del mundo occidental, es que siempre ha tenido tasas elevadísimas de homicidios con arma de fuego, como consecuencia o en ocasión de acciones criminales contra la propiedad. Y estos graves delitos, por supuesto, han crecido en el tiempo (Zimring y Hawring, 1997). Ciertamente, esta peculiaridad americana debe ser puesta en relación a factores culturales bastante arraigados, tales como, puntualmente, una elevada violencia en las relaciones intersubjetivas, unida a la difusión de las armas de fuego. De todos modos, es posible sospechar una posible concausa en las políticas de incapacitación selectiva, o bien un elemento de amplificación del fenómeno del aumento de las víctimas de homicidio. En efecto, a través de las políticas de neutralización se ha terminado por anular, si no inclusive a invertir, la diferenciación sancionatoria originariamente proporcionada a la gravedad del delito cometido (Schichor, 1977). Si para muchos *omnibus fellons* (aquellos que están dispuestos a cometer cualquier delito que el ambiente en el cual viven ofrece como oportunidad) también un arrebato puede comportar el riesgo de una *life sentence*, ¿por qué habrán de abstenerse de asesinar a la víctima que se resiste a su pequeño robo?

La filosofía de la penalidad moderna se ha fundado sobre una “economía de la parsimonia”. Un ejercicio del castigo vinculado a criterios tanto de autolimitación sistémica (aquellos garantizados por la “pena mínima”) como de limitaciones extrasistémicas (aquellos finalísticos de la “pena útil”). Vale decir que también la penitencia legal moderna debe sujetarse a la lógica del ahorro y de la inversión. Y en esto quizás se recoge el elemento más radical de contraposición con la pena premoderna, la que –

como nos enseña Foucault – está marcada precisamente por la cualidad antieconómica de la magnificencia, la ostentación y la disipación.

Podemos interrogarnos si la penalidad en la posmodernidad – no obstante la énfasis puesta sobre los valores de la racionalidad burocrática, de la eficiencia y del cálculo – no terminará por verse obligada a un compromiso con la “economía del exceso” de los castigos (Hallsworth, 2000), en definitiva, a una penalidad exquisitamente expresiva. La hipótesis es sugestiva y merece que se reflexione sobre ella.

En efecto, lo único que hoy parece poder recogerse como elemento nuevo es la pérdida progresiva de peso de las elites intelectuales a favor de aquellas políticas sobre la cultura de la penalidad (Lewis, 1997; Pillsbury, 1995). Y en los sistemas democráticos, quizás por primera vez la penalidad deviene objeto significativo (en algunos, prácticamente el principal) del intercambio político entre electores y elegidos, entre opinión pública y sistema de la política. Y en esto quizás es posible hallar un perfil de democratización de la política criminal, aunque sólo sea en el nuevo sentido ofrecido por la “democracia de opinión”.

Garapon y Salas (1996), por ejemplo, sugieren una aproximación convincente al fenómeno de la inflación de la penalidad – sea en abstracto o en concreto – como signo de la crisis de la democracia representativa y del surgimiento prepotente de una democracia de opinión. En la democracia de opinión es exaltada la percepción emocional del sujeto reducido a sus emociones más elementales: miedo y rencor. Y el nuevo discurso político tiende a articularse progresivamente sobre estas emociones, de las cuales el sistema de justicia penal está en singulares condiciones de otorgar una expresión coherente, en la función de producción simbólica del sentido a través del proceso de imputación de responsabilidad.

No es tanto la crisis de la política *tout court* la que determina el efecto de la expansión de lo penal como respuesta a la demanda social de penalidad; al contrario: se trata de una recalificación de la política, de la voluntad de instaurar “contrapoderes” allí donde antes no se encontraban, de reencontrar la soberanía ahí donde ésta había sido concedida, o bien expropiada, a los de los sistemas burocráticos de representación. Es decir que la construcción social que produce la expansión de la demanda del remedio penal es sólo el síntoma más vistoso de una transformación y aumento de la democracia como la función de la representación fuerte del Estado de derecho.

Pero aquello sobre lo cual no se ha reflexionado suficientemente son las precondiciones materiales que han hecho posible este proceso de

emergencia de una demanda de penalidad “así como la quiere la opinión pública”, a la que, de alguna manera, el sistema de la política está hoy constreñido a dar una respuesta.

Concuerdo plenamente con Garland (2000) sobre un aspecto decisivo. Los ciudadanos de la democracia occidental deben confrontarse con una experiencia nueva – sobre todo si consideramos los niveles de seguridad de la criminalidad en la segunda parte del siglo xx – que se puede considerar estructural a los nuevos procesos de globalización: el riesgo de criminalidad se está difundiendo (en el sentido de “desparramar”) y expone de ahora en más a la mayoría de los ciudadanos, y reiteradamente, a la experiencia victimológica. Nuestras sociedades son y siempre serán más *high crime societies*, en las que el riesgo criminal por atentados a la propiedad ya no estará restringido a pocos – sustancialmente, como en el pasado, a los miembros de la *upperclass*–, sino extendido a la mayoría de los conciudadanos.

Las políticas de “ley y orden” y “tolerancia cero” (cfr. Norman, 1997; De Giorgi, 2000) se inscriben por lo tanto en el marco de un horizonte miope de repropósitos de viejas recetas a nuevos problemas. En ausencia de una cultura adecuada para una sociedad de elevado riesgo criminal, se termina por responder a los difusos riesgos criminales con el instrumento de la penalidad difusa. Pero el atajo represivo pronto se muestra ilusorio, por cuanto se podrán elevar las tasas de encarcelamiento y penalidad, mas éstas se mostrarán siempre inadecuadas y por defecto frente a las de la criminalidad masiva, como hemos podido comprender en el análisis crítico de las estrategias de la incapacitación selectiva. De aquí el riesgo de que la penalidad evada progresivamente todo finalismo utilitarista y todo criterio racional, para celebrarse únicamente en una dimensión expresiva. Y convertirse, por lo tanto, en inmoderada. Un exceso de penalidad, en un primer momento, frente a un exceso de criminalidad; una penalidad simbólica (como la pena de muerte, o bien penas detentivas draconianas en cárceles de máxima seguridad), en una segunda fase, frente a la amarga constatación de que más penalidad no produce más seguridad frente a la criminalidad.

Es interesante notar cómo la derivación obligada hacia una penalidad excesiva acaba por liberar de todo anclaje sólido a rigurosas valoraciones tecnocráticas, a la misma justificación de la pena; ésta termina resultando atraída una vez más hacia un océano de justificaciones ideológicas.

Piéñese, por ejemplo, en la reiteración de las teorías neoretribucionistas; en términos verdaderamente un tanto simplistas, se reclama el viejo arsenal justificativo del merecimiento de la pena (Singer,



1979; Dershowitz, 1976) que, con referencia explícita al común sentir de la gente, afirma la existencia de un referente seguro – en tanto histórica y culturalmente determinada – sobre cuya base es posible determinar la pena en concreto como aquella socialmente merecida. Pero la referencia a un concepto de merecimiento no ha sido aplicada tanto en la perspectiva de poner límites al poder discrecional en la conmesuración de la pena, cuanto en la de vincular a esta última con el *public panic*.

Tentativas aparentemente más seductoras, pero sustancialmente idénticas en las consecuencias, son aquellas hoy particularmente apreciadas en la doctrina penal de formación alemana, que teorizan – en homenaje a la teoría luhmanniana – acerca de una función de “pedagogía social” de la pena (Jakobs, 1983; Amelung, 1972; Otto, 1982). Estas aproximaciones utilizan, en lo específico de la justificación de la pena, la concepción del derecho como instrumento de estabilización del sistema social, de orientación de la acción y de institucionalización de las expectativas. En el centro de la atención está en particular el concepto de la confianza institucional, entendida como forma de integración social que, en los sistemas complejos, sustituye las formas espontáneas de compromiso recíproco de los individuos en las comunidades primitivas. La reacción punitiva a la violación de la norma tendrá, en esta teoría, la única función de restablecer la confianza y de prevenir los efectos negativos que la violación de normas produce para la integración social. Esto consigue que se penalice, no para retribuir un mal con otro mal equivalente, ni tampoco para disuadir a los potenciales violadores de la ley penal a no delinquir; se pena porque, a través de la pena se ejercita la función primaria que es la de consolidar la fidelidad deseada, sea frente al derecho, sea en la confrontación con la organización social por parte de la mayoría.

La justificación del derecho de penar retorna así a su primitivo origen, a aquella fase que precede a la fractura impuesta por la modernidad, esto es, a una penalidad liberada en sus contenidos y en sus formas de todo vínculo racional. Una suerte de regreso, por lo tanto, a una “penología fundamentalista”.

#### *Bibliografía*

AMELUNG K., (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Atheneum.

AUERHAHN K., (1999), “Selective Incapacitation and the Problem of Prediction”, *Criminology*, 34 (4), pp. 703-734.

- AUSTIN J., CLARK J. H., DYIN P. y HENRY D. A., (1999), "The Impact of 'Three Strikes and You're Out'", *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 1 (2), pp. 131-162.
- BAYER R., (1981), "Crime, Punishment, and the Decline of Liberal Optimism", *Crime and Delinquency*, pp. 169-190.
- BIRKBECK C. y LAFREE G., (1993), "The Situational Analysis of Crime and Deviance", en BLAKE J. y HAGEN J. (eds.), *Annual Review of Sociology*, pp. 113-137.
- BUNSTEIN A., COHEN J., NAGIN D., (eds.), (1978), *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington, National Academy of Sciences.
- CHAIKEN J. R., y CHAIKEN MR., (1984), "Offenders Types and Public Policy", *Crime and Delinquency*, 30, pp. 195-226.
- COHEN J., (1983), "Incapacitation as Strategy for Criminal Control: Possibilities and Pitfalls", en TONRY M. y MORRIS N., (eds.), *Crime and Justice: an Annual Review of Research*, Vol. 2, Chicago, University of Chicago Press.
- COPAS J., (1983), "Some Statistical Questions in the Prediction of Dangerous Offending", en HINTON J. W., *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction*, Londres, Allen & Unwin.
- DE GIORGI A., (2000), *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, Derive Approdi.
- DERSHOWITZ A., (1976), *Fair and Certain Punishment*, Nueva York, McGraw Hill.
- DON GOTTFREDSON S. y DON GOTTFREDSON M., (1994), "Behavioral Prediction and the Problem of Incapacitation", *Criminology*, 32, pp. 441-474.
- FARRINGTON D. P. y TARLING R., (eds.), (1995), *Criminological Prediction. An Introduction*, Nueva York, Suny Press.
- FEELY M. M. y SIMON J., (1992), "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Applications", *Criminology*, 4, pp. 449-474.
- (1994), "Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law", en NELKEN D. (ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, Londres, pp. 173-201.
- GARAPON A. y SALAS D., (1996), *La République pénalisée*, Paris, Hachette Livres.
- GARLAND D., (2000), "The Culture of High Crime Societies. Some Preconditions of Recent 'Law and Order' Policies", *British Journal of Criminology*, 40, pp. 347-375.
- HALLSWORTH S., (2000), "Rethinking Punitive Turn. Economies of Excess and the Criminology of the Other", *Punishment and Society. The International Review of Penology*, 2 (2), pp. 145-160.
- HESS H. y SCHEERER S., (1999), "Criminalità come provincia di senso. Proposte per una teoria generale", en *Dei delitti e delle pene*, n° 1/2, pp. 5-67.
- HOUGH M., (1996), "People Talking about Punishment", *Howard Journal of Criminal Justice*, 35 (3), pp. 191-214.
- y ROBERTS J. V., (1999), "Sentencing Trends in Britain: Public Knowledge and Public Opinion", *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 1 (1), pp. 11-26.

- JAKOBS G., (1983), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und Zurechnungslehre*, Berlín, De Gruyter.
- JAMES A. y RAINE J., (1998), *The New Politics of Criminal Justice*, Londres, Longman,
- JOHNSTONE O., (2000), "Penal Policy Making. Elitist, Populist or Participatory?", *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 2 (2), pp. 161-180.
- JONES R., (2000), "Digital Rule: Punishment, Control and Technology", *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 2 (1), pp. 5-22.
- LEA J., (1992), "The Analysis of Crime", en YOUNG J. y MATTHEWS R., (eds.), *Rethinking Criminology: the Realist Debate*, Sage, Londres, pp. 69-94.
- LEWIS D., (1997), *Hidden Agendas: Politics, Law and Disorder*, Londres, Hamish Hamilton.
- LORD WINDLESHAM, (1998), *Politics, Punishment and Populism*, Oxford, University Press.
- MARTINSON R., (1974), "What Works? Questions and Answers about Prison Reform", *The Public Interest*, 35, pp. 22-54.
- MORRIS N. y MILLER M., (1987), *Predictions and Dangerousness in the Criminal Law*, Washington, National Institute of Justice.
- NORMAN D., (1997), *Zero Tolerance. Policing a Free Society*, Londres, Institute for Economic Affairs.
- OTTO H., (1982), *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlín, De Gruyter.
- PETERSILIA J., (1983), "Criminal Career Research: a Review of Recent Evidence", en TONRY M. y MORRIS N. (eds.), *Crime and Justice: an Annual Review of Research*, Vol. 2, Chicago, University of Chicago Press.
- PILLSBURY S., (1995), "Why Are We Ignored? The Peculiar Place of Experts in the Current Debate about Crime and Justice", *Criminal Law Bulletin*, 4.
- RAYAN M., (1999), "Penal Policy Making Toward the Millennium: Elites and Populists: New Labor and the New Criminology", *International Journal of the Sociology of Law*, 27 (1), pp. 1-22.
- REICHMAN N., (1986), "Managing Crime Risks: Toward an Insurance-Based Model of Social Control", *Research in Law, Deviance and Social Control*, 8, pp. 151-172.
- SCHICHOR D., (1977), "Three Strikes as Public Policy: The Convergence of the New Penology and the Mcdonalization of Punishment", *Crime and Delinquency*, 43, pp. 470-492.
- SHANNON L.W., (1991), "Changing Patterns of Delinquency and Crime: a Longitudinal Study", *Rctcine, Boulder, Colo.*, Westview Press.
- SIMON J., (1987), "The Emergence of Risk Society", *Insurance Law and State*, 95, pp. 61-86.
- SINGER R., (1979), *Just Desert: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, Ballinger.

- SPARKS R. F., (1992), *Television and the Drama of Crime*, Open University Press, Milton Keynes.
- VISHER C. A., (1986), "The Rand Inmate Survey: a Reanalysis", en BUNSTEIN A. COHEN J., ROTH A. y VISHER C. A., (eds.), *Criminal Careers and "Career Criminals"*, Washington, National Academy Press.
- VON HIRSCH A. y DON GOTTFREDSON M., (1994), "Selective Incapacitation: Some Queries on Research Design and Equity", *Review of Law and Social Change*, 12, pp. 11-51.
- WOLFGANG M.E., FIGLIO R.E. y SELLIN T., (1972), *Delinquency in Birth Court*, Chicago, University of Chicago Press.
- ZIMRING F., (1996), "Populism, Democratic Government and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on 'Three Strikes' in California", *Pacific Law Journal*, 28, pp. 243-256.
- ZIMRING F. y HAWRING G., (1995), *Incapacitation: Penal Confinement and the Restrain of Crime*, Nueva York, Oxford University Press.
- ZIMRING F., (1997), *Crime is not the Problem: Lethal Violence in America*, Nueva York, Oxford University Press.

#### SUMMARY

*The "law and order" and "zero tolerance" policies are part of a short-sighted approach foreseeing old solutions to new problems. There failing to be an adequate culture, in a society like ours characterized by high crime rates and widespread risks, one ends up by having insistent recourse to penal law. And it is not the crisis of politics as such that brings about this growing recourse to penal law as an answer to the social demand for penalties. As a matter of fact, we are now witnessing a re-qualification of politics, of the desire to create counter-powers where none used to be found.*

#### RÉSUMÉ

Selon l'Auteur les politiques de "loi et ordre" et de "tolérance zéro" s'inscrivent dans un cadre myope où l'on repropose les vieux remèdes à des problèmes nouveaux. En l'absence d'une culture adéquate, dans une société où la criminalité atteint des proportions importantes, et où les risques augmentent on finit par répondre par le recours excessif au droit pénal. Et ce n'est pas tellement la crise de la politique tout court qui détermine l'effet de l'expansion de la sphère pénale en tant que réponse à la demande sociale de peines. Bien au contraire. Nous nous trouvons face à

un reclassement de la politique et à la volonté d'instaurer des contre-pouvoirs là où, auparavant, il n'en existait aucun.

## **Victor Hugo and Octave Mirbeau A Sociological Analysis of Imprisonment in Fiction**

by

VINCENZO RUGGIERO

Professor of Sociology at Middlesex University in London, UK

Prisons are scandalous, but they make people dream. This paradox encapsulates the ways in which imprisonment is dealt with in classical literature, where notions of punishment appear so frequently that their collection in a text would make a wonderful volume, putting dry socio-legal volumes to shame (Brombert, 1975). Prisons are not in nature, but “man never ceases to pervert his own nature through the tragic pride of condemning his brother” (Hugo, 1969; p. 1718). The history of society, according to Chekov (1966) is the history of how we incarcerate our fellow creatures. However, the prison cell is also the space of dream and poetry, of meditation and religious fervour. Calderon de la Barca (1967) has his hero secluded in a castle, where he learns that dreaming surpasses living, while Pirandello’s (1922) “Henri IV”, after a brief excursion outside, rather than face the ruthlessness of those surrounding him, returns to the reassuring, maddening, tower where he has buried himself.

Students of prison and literature may argue that much of our cultural tradition took shape under conditions of incarceration or involuntary exile. Davies (1990, p. 3), for example, argues that it is perhaps impossible to understand Western thought “without recognizing the central significance of prison and banishment in its theoretical and literary composition”. This paper avoids assessing the veracity of such general claims. It confines itself, first, to a brief overview of how prisons are presented in some influential literary classics and how authors relate to the debates within the sociology of punishment and the prevailing philosophies of incarceration. Second, the paper repeats a similar exercise while focusing on two authors, namely Victor Hugo and Octave Mirbeau. In a brief conclusion it is

remarked that fiction can provide the sociological imagination that many sociologists and criminologists find, sadly, wanting.

### **Suffering and ascesis**

Benvenuto Cellini, a pupil of Michelangelo, an admired goldsmith and sculptor, is incarcerated in Rome, and in his (fictional?) autobiography there is no concession to theories of rehabilitation or individual deterrence. The guards receive the instruction to just do their “duty and see that he doesn’t escape” (Cellini, 1956, p. 189). He is unable to see a connection between his conduct and the punishment imposed upon him, nor does he seem to endorse the consequentialist argument whereby the harm he is suffering is meant to prevent the greater harm he would otherwise produce through his crimes (Duff and Garland, 1994). As soon as he is arrested he begins to plan how to make an escape. A soldier, who never enters his cell without insulting him, inspects the hinges of the door as if Cellini had made up his mind to flee from the outset. The prisoner is reluctant to accept that the guards should be the agents of his re-education, but rather sees in them an arbitrary, unwritten power inflicting a discretionary supplement of pain to the pain of imprisonment itself. For example, he does not tolerate that they touch his bed, and deems this a vexing, motiveless intrusion performed for the pure pleasure of humiliating him. The guards, in his view, are not worthy to touch the bed of a man of his sort, to dirt and spoil it. All prison does, in his circumstances, is to ignite his sense of rebellion:

“You filthy cowards! I’ll grab one of your swords and give you a wack that you won’t forget in a hurry ... I don’t mind risking my life, since I’ll have yours first” (Cellini, 1956, p. 201).

He asks to be left alone with his suffering and misery, and intimates that no more burdens should be added to the ones he is already bearing, or else he will show them what a desperate man can be driven to.

Imprisonment is experienced as unjustified infliction of pain and escaping such pain recurs in Stendhal, as well as in Alexandre Dumas and Victor Hugo, who warns that there are numerous Cellinis in jail, all engaged in refining the incredible art of climbing. The physical destruction of prison buildings is a counterpoint to such incredible art, and is seen as legitimate when symbolizing the collapse of a decrepit social and institutional order. Dumas (1926, p. 236) describes the Bastille as a dark tomb, which detains not only bodies but also thoughts: “the explosion of thoughts made the Bastille explode”. Destroying this archetypical prison

establishment is an act of faith: Bastille and tyranny are synonyms all over the world. Michelet (1981) argues that in revolutionary France there were many other prisons, but that only the Bastille was the symbol of arbitrariness, despotism, “bureaucratic and ecclesiastic inquisition”, and that it was the prison of ideas, the residence of free spirits.

Dostoevsky, who serves a sentence in a labour camp, laments that all prisoners smell like pigs, and that they cannot avoid behaving like pigs, performing some dirty tricks, in order to feel that they are alive. Experienced as sheer retribution, imprisonment does not generate propositions, once freedom is regained, to lead a virtuous life, but to merely live a life. From the outset, as Dostoevsky notes, prisoners count the time they have left: this is their preferred occupation. Instinctively, they refuse to regard theirs as a definitive, concrete condition, and prison as part of their existence. They feel as if they were “visiting” the establishment holding them, and are convinced that once released, at the age of fifty, they will be the same as when incarcerated, say, at thirty: “I’ll still have time to enjoy myself.” Even those serving a life sentence believe that sooner or later an order from Saint Petersburg will allow them out, while “elderly men with white hair keep thinking that, once their sentence is over, then...” (Dostoevsky, 1977, p. 36).

In distancing themselves from their condition, prisoners can hardly engage in a communicative process inducing their reconciliation with society: they just withdraw from that process in order to retreat into their own self, oblivious to the acts and social interactions which brought them there. In Dostoevsky’s (1985) “House of the Dead”, however, prisoners work hard, as if punishment consisted of a form of retaliation for their having escaped, in the free world, from the duties of a productive life. According to a materialistic analysis of the “House of the Dead”, it could be argued that prisoners are kept in the labour camp because they constitute a redundant population that is not employable outside (Rusche and Kirchheimer, 1968). On the other hand, as redundant population, convicts are not simply held with the prospect of being eventually received back in the labour market, they are also trained to work under humiliating rules, and simultaneously, forced to perform, under those rules, their productive capacity.

Training prisoners to lower their social expectations requires physical and mental pain, but also the participation of prisoners themselves in the punishment inflicted on them. The inmates must be caught in a power situation of which they themselves are the bearers (Foucault, 1977). A two-ways current is set up between dominators and dominated, an interaction between the two poles of the disciplinary universe, without which the



mechanism of punishment could not function. This situation is well described by Camus (1947) in a crude metaphor: those about to be executed are highly concerned about the proper functioning of the guillotine; accidental faults may necessitate the operation being repeated over and over again. This metaphor also finds literary expression in Kafka's (1957, p. 69) penal colony, where "the sentencee looked so beastly resigned that he could be left free to run about on the hills, a simple whistle being sufficient for him to return, on time for the execution".

Prisoners' participation in the infliction of suffering implicitly demonstrates that they are non-persons who bow to any form of humiliation, even to self-destruction (Levi, 1986). Humiliation may be inflicted through the incessant, sinister noise characteristic of some prisons (Cervantes, 1943), or the maddening silence that leads Casanova (1825) to the "illness of solitude". An unforgettable character in *Les mystères de Paris* brutalizes himself, seemingly for the unconscious necessity of exculpating his guilt. In actual fact he does it because his physical and mental state performs a message to his tortures: stop vexing me, I have given up my physicality, and thus my rebellion. His humiliation is complete, he is a wreck, a sign of accomplished reconciliation, via the degradation of the self, with law and order (Sue, 1949).

Physical and mental suffering find a sublime synthesis in Piranesi's etchings, in which vastness and segregation, emptiness and constriction, co-exist and blend. Spiral staircases, bottomless pits, unreachable ceilings, vertiginous overhangs, vast precipices, added to asymmetrical buildings and optical illusions, confer the very concreteness of restriction, of its nightmare, but also of its opposite: infinity (Gallo and Ruggiero, 1991). The space of suffering is no longer enclosure, it is rather an unbearable dilatation, and anguishing multiplication of levels, a labyrinthine succession of flarings and piercings of a circular, infinite perspective. Yourcenar (1978, p. 84) captures the image of temporal infinity that is exactly the Piranesian prison, where time, like air, is motionless, and at the same time she conjures up its sense of empty space. "This world is enclosed within itself, it is mathematically infinite."

Literary classics, however, oscillate between condemnation of prisons, for their inability to achieve their presumed functions in society, and their appreciation, for their ability to generate positive, spiritual effects on individuals. Dostoevsky (1979, p. 473), after his descriptions of the inhumanity of incarceration, and despite treating crime as tragedy and justice as parody, forces Raskolnikov to kneel down "in the middle of the square", bow to the earth, and kiss "that filthy earth with bliss and rapture", because he has sinned against it too. In *Crime and Punishment*, it is not

“the horrors of prison life, not the hard labour, the bad food, the shaven head, or the patched clothes” that torment the murderer, but the difficulties he finds in feeling repentance, that “burning repentance that would have torn his heart and robbed him of sleep, the repentance, the awful agony of which brings visions of hanging and drowning” (*ibid*, p. 487). Tears and agony would at least make him alive again. Initially unaware, he is soon to become conscious of the fundamental falsity in himself and his beliefs, and a crisis will prepare a new life and his future resurrection. If at the beginning his fellow prisoners appear total strangers to him, and after the initial refusal to look around at the “loathsome and unbearable” environment in which they all live, Raskolnikov starts talking to the other inmates, who even answer in a friendly way, while the New Testament under his pillow renders the cell less unbearable. It is the beginning of a new story, “the story of the gradual renewal of a man, the story of his gradual regeneration, of his passing from one world into another, of his initiation into a new unknown life” (*ibid*, p. 493).

This notion of incarceration includes a variety of differing notions. On the one hand, while publicly declaring that he is a murderer, Raskolnikov seems to claim his “right” to be punished. As the German idealistic philosophy would posit, with punishment he is honoured as a rational being (Kant, 1953). He is entitled to retribution and his individual responsibility provides the moral basis for legitimate punishment (Norrie, 2000). On the other hand, the idea of regeneration through custody, that we find in Dostoevsky is in debt with the notion of the Platonic cave, which holds men in chains and where only a dim light filters, so that prisoners are only able to see shades of reality, blinded as they are by their spiritual inadequateness. It is the part of the mythological image of individuals being imprisoned by their own senses and of their struggle to see the light, an image constantly feeding the Christian imagination and its views on custodial punishment. Pascal (1966) offers a particular, sublime rendition of these views, and despite, or perhaps because, he abhors prisons and chains, he warns that life itself resembles a ghastly dungeon in which humans err, ignoring that only divine light can rescue from loss and bewilderment. “Prison is the metaphor of the world and also of the act of striving for salvation” (Davies, 1990, p. 27).

Stendhal (1932) remarks that the protagonist of the *Chartreuse* is reluctant to escape from prison, and when he does he misses his happy solitude. Clelia and Fabrice, in a convent and a cell respectively, discover how they can grow indifferent to the tribulations of life, and that there are intimate regions of the self where spirituality can develop through renouncement. Only the vulgar noise of the guards’ laughter, ugly and

eerie, may distract prisoners from their spiritual exercise, a noise perhaps inflicted with the deliberate intent of annulling the beneficial effect of incarceration. In Stendhal, all forms of extreme happiness are connatural to shady and quiet environments, including prisons (Brombert, 1975).

Foucault (1977, p. 237) terms such environments “complete and austere institutions”, where the convict can reflect in solitude, and when “he has profoundly repented and made amends without the least dissimulation, solitude will no longer weigh upon him”. In the cell prisoners are confronted with their own conscience: it is the Philadelphia system of custody established in 1836, where absolute isolation is deemed to enlighten convicts from within. Prisoners, like Pascalian men and women, are handed to themselves, and in the silence of their cells, they experience the awakening of moral feelings “that never entirely perish in anybody”. Prisons, therefore, do not perform a vindictive, but rather an educational function; they are not the response of power to crime in the form of a pre-determined quantum of suffering, but a mechanism fostering a response from prisoners themselves, who in custody start communicating with that power, and end up internalising it. Prison “provides an intimate exchange between the convict and the power that is exercised over him” (*ibid*, p. 237).

Suffering and asceticism are intertwined in classical literature, and supporters of the beneficial effects of imprisonment are as persuasive as radical critics of it. The novels of Victor Hugo and Octave Mirbeau that I will now examine, on the contrary, are unambiguously critical of prison institutions, and their analysis may uncover a rich repertoire of sociological notions of incarceration.

## **Fear and escape**

Hugo’s prisoners conjure up humanity in pain: livid faces, flaming eyes, fists stretched out through the bars, pointing to the sky in anguishing challenge. The effects of punishment are visible in the bodies and the frantic gestures of those who suffer it, while prison is a sonorous experience, with its rattling of chains, shrill laughter and screeching voices, a cacophony akin to a witches’ Sabbath. Prisoners are not heroes, they are frightened beings, victimized by this cacophony, by invisible devils laughing. Hugo seems to hear the ghastly yell of the thief under the branding iron, a spectacle he says he witnessed personally, and which determined his vocation to fight legal injustice. With Beccaria, whom he

mentions in more than one novel, he exposes judicial murder, the cold vendetta performed without irascibility.

Time is intolerable, because exclusively experienced as present, with no relation with the past and the future. Prison does not impose itself as place, but as “idea”, chaining the inmates like a prison. Imprisonment, through time as pure present, becomes internalised, a psychological condition, an obsessive thought exuding from the surrounding walls. In *Le dernier jour d'un condamné*, Hugo (1991) shows how “the obsession of prison turns into the prison of obsession”, how the cell is a thought, and how prisoners hold the prison inside rather than being held by it.

A poetics of escape is elaborated, in which prisoners are equated to inspired artists striving for freedom, dazzling over the walls. Escaping is a physical effort, but also symbolizes a spiritual ascent; it is like the healing of a wound, the recovery from degradation. Hugo’s prisoners turn fear into rage, and like in Beethoven’s *Fidelio*, to them breaking the fetters is tantamount to emerging from darkness to light.

### **Rejecting the ejectors**

In *Les Misérables*, we are told that freedom is not fully appreciated until we see a guillotine with our own eyes. The name of this “ultimate expression of law” is vengeance and like law it is not neutral, nor does it allow us to remain neutral. It is not merely a framework, a machine, a lifeless mechanism made of wood, iron, and rope. It is a being with its own dark purpose; that arrangement of wood, iron and rope expresses a will, namely to solve all social questions by means of a blade. Hugo’s invective against legal suffering, however, is not confined to death penalty, but embraces all forms of custodial punishment, behind which he sees the perpetuation, and aggravation, of social injustice. The story of Jean Valjean is, in this sense, emblematic.

A convict on parole, after nineteen years in prison, Jean is looking for a place to sleep: not even the prison would take him back. When he finally knocks on the bishop’s door, he is addressed as “monsieur”, a courtesy which is “like fresh water to a shipwrecked man”. Ignominy thirsts for respect, says Hugo, even after nineteen years of “the red smock, the ball-and-chain, a plank to sleep on, heat, cold and hard labour, the galleys and the lash. The double chain for a trifle, solitary for a single word. Chained even when you are sick in bed” (*ibid.* p. 96). Valjean was tried for housebreaking and robbery, and the prison sentence made him “like a tree

sawed down at the root". Hunger, claims Hugo, is the direct cause of four robberies out of five.

In prison, Jean withdraws into his own conscience and reflects. He reaches the conclusion that he is not the only one at fault, and that the punishment is more ferocious than the offence. In prison, he feels that he is the weak victim of a strong assailant:

"Was it not a serious matter that a man willing to work should have been without work and without food? [...] Had not the scales of justice been over-weighted on the side of expiation? And did not this weighting of the scales, far from effacing the crime, produce a quite different result, namely, a reversal of the situation, substituting for the original crime the crime of oppression, making the criminal a victim and the law his debtor, transferring justice to the side of him who had offended against it?" (*ibid.* p. 97).

In the study conducted by Sykes (1958, p. 67), now a classic of the sociology of imprisonment, the loss of civil rights is pinpointed as the crucial aspect of custody, along with the loss of that more diffuse status which defines individuals as trustworthy and morally acceptable. Prisoners suffer this loss, and while the walls seal them off as contaminated persons, their self-conception is constantly threatened, as if they were daily reminded that they must be kept apart from "decent" men and women. This degradation or rejection, Sykes suggests, is somehow warded off, turned aside, rendered harmless by prisoners, who, in order to endure psychologically, must find a device for "rejecting their rejectors". Let us see how this device takes shape in *Les Misérables*.

In prison Jean lives as though in darkness, fumbling like a blind man. Only occasionally is he overtaken by a burst of furious rage, rising within him or provoked from without. Rage is the outcome of an overflow of suffering, a swift, searing flame illuminating all his soul and "shedding its ugly light on everything that lay behind him and ahead" (Hugo, 1976, p. 99). After these sudden flashes, darkness closes in again, and the "pitiless", brutalizing punishment to which he is subjected, gradually, erodes his mind. Prison "turns a man into an animal, sometimes a ferocious one", and like a caged wolf, Jean dashes madly for the door whenever he finds it open. Instinct prompts him to run where reason would have bidden him stay: in the face of that overwhelming impulse, reason vanishes.

"There are prisoners, obsessed with the thought of escape, eternally envious of the birds and the flies, who make a positive cult of the physical sciences, daily performing a mysterious ritual of exercises. The climbing of a sheer surface, where scarcely any hand or foothold was to be discerned, was to Valjean a pastime" (*ibid.* p. 100).

Jean speaks seldom and never smiles. When shattered by extreme emotion, perhaps once or twice a year, he emits the “sour convict-chuckle that is like the laughter of demons”. The sight of him suggests that he is continually absorbed in the contemplation of something terrible. When he looks upward, beyond the pallid light in which he is crouched, he sees, with mingled terror and rage, an endless structure rising above him, “a dreadful piling-up of things, laws, prejudices, men and facts, whose shape he could not discern and whose mass appalled him, and which was nothing else than the huge pyramid that we call civilization” (*ibid.* p. 100).

Jean is an “outcast of the law”, and feels upon his neck the whole weight of society. He finds his condition inconceivable, the world around him grotesque. He says to himself: this is a dream, and stares at the warder standing a few feet away as though he were seeing a ghost – until suddenly the ghost deals him a blow. As prison shapes him, he becomes capable of two kinds of ill-deeds: “first the heedless, unpremeditated act executed in a blind fury, as some sort of a reprisal for the wrongs he had suffered; and secondly, the deliberate and considered crime, justified in his mind by the thoughts inspired by those wrongs”. Thus, Jean starts “rejecting his rejectors”; his impulses are governed by resentment, bitterness and a profound sense of injury. These translate into hatred for society as a whole, rage against all humans, all created things, into “a savage and obsessive desire to inflict harm on no matter what or whom” (*ibid.* p. 101).

### **Prisons as incubators of crime**

Victor Hugo denounces how the system grinds the poor between the milestones of need and excess – need of work and excess of punishment – finding it monstrous that society should treat in this fashion precisely those least favoured in the distribution of wealth. Similarly, Jean passes judgement on society, and condemns it to his hatred. Hatred is his only weapon, and he resolves to sharpen it in prison and carry it with him when he leaves. The description of the chain gang conjures up an implicit justification of this hatred.

There is a sound like the rattle of chains, and as the procession draws nearer, with sounds and outlines growing more distinct, something approaches as if in a dream. As the details become clearer, darkly silhouetted heads appear, bathed in the pallid glow of the rising sun, resembling the heads of corpses. Each convict has his own collar, but the chain is shared by all of them, so that they have to move in concert “like a

body with a single backbone, a sort of centipede". The procession is escorted on both side by a line of troops of infamous aspect, with "dirty and bedraggled pensioners" tunics, tattered trousers, something between grey and blue', armed with axes, muskets, and clubs. "Mercenary soldiers bearing themselves with the abjectness of beggars and the truculence of prison-guards". A crowd of spectators springs up in an instant, and gathers on either side of the road to stand and stare. Men call their mates to come and look, and the clatter of clogs is heard, all rushing to see that "variegated picture of misery, a harlequinade in tatters", those men with tattoos, sores and blotches of disease, their eyes expressionless, apathetic or gleaming with an evil light, some darting venomous looks to the jeering children.

The chain gang displays every aspect of misery, "every animal face". All convicts bear the stamp of ignominy, that dreadful leveller. "Dante might have seen in them the seven circles of Hell on the move" (*ibid.* p. 785). Urchins swarm around the procession like flies around an open wound.

Hugo does not limit his condemnation to the officially stated functions of imprisonment, such as rehabilitation and re-education; he argues that prisons are dysfunctional modes of dealing with social problems, truculent ways of encouraging criminal careers. Like penal reductionists or abolitionists, he expresses this view in a section of *Les Misérables* tellingly titled "The hatching of crimes in the incubator of prison" (*ibid.* p. 743). Here he remarks that "criminals do not cease their activities because they have fallen into the hands of the law; they are not to be deterred by trifles". In prison many learn new skills, sharpen their ability to avoid apprehension, and plan their future exploits. Prisoners are like artists who hang their latest painting on the wall while keeping busy in the studio, working at new paintings. In the last page of the novel, Hugo appears to endorse a conflictual notion of prison, and for that matter of crime, when he suggests that delinquency and custodial punishment are the reflection of social differences and interests, of the "sombre confrontation of egoists and outcasts" (*ibid.* p. 1232). On the one hand we have the egoists, with their prejudices, their rich education, their appetite that grows with intoxication, their complacency and prosperity which blunt their feelings, with their fear of suffering which translates into hatred for all sufferers. On the other hand, we have the outcasts, with their resentment, fatalism, their hearts filled with misery and needs, "the turmoil of the human animal in search of personal fulfilment".

## Pages of murder and blood

Octave Mirbeau is guided by a similar desire to expose prison systems as fundamentally barbaric and dysfunctional. He dedicates his *Torture Garden*, those pages of murder and blood to “the priests, the soldiers, the judges, to those people who educate, instruct and govern men”. Like Anatole France, the author abandons his conservative heritage to embrace a fierce radicalism: he becomes a devout Anarchist (Stableford, 1995). His purpose is to expose the hypocrisies of the establishment and society at large, by showing how much of the institutions and practices which are commonly taken for granted, and even regarded as pillars of civilization, are in fact cruel and repelling. In other novels Mirbeau draws on his own experience of the Franco-Prussian war to describe the ferocious stupidity of soldiers and national States supporting them. *Torture Garden* is homiletic in tone, though the division of the novel into two sections allows for a differentiation of styles, whereby satire is followed by disturbing, allegorical denouncement. Similarities with the work of the Marquis de Sade are reduced to detailed descriptions of sophisticated methods of inflicting pain, and to the use of “butchery of human flesh” as a way of approaching issues around human morality. If there is no God, like de Sade implies, it does not necessarily follow that moral boundaries are drawn by individual choice and arbitrary aesthetic preference, but rather that the morality determining the death of God should be exposed and a new, alternative one tentatively prefigured. Mirbeau strips away all the lies hiding the real nature of punishment, and the perversity of “civilized” institutions: “Where Sade had set out slyly to create moral unease, Mirbeau set out forthrightly to call forth moral outrage” (Stableford, 1995, p. 13).

Indigestible though the novel may be, the *incipit* contains sarcastic conversations and ironic allusions that are as crude in their content as unbearably light in their formulation. At a gathering of “famous authors”, after feasting bountifully, what can be discussed if not murder? A pompous Darwinian classifies murder among the very foundations of social institutions, the most imperious necessity of civilized life, something to cultivate with intelligence and perseverance: “And I don’t know a better means of cultivation than laws” (TG, p. 19).<sup>1</sup> Our innate need for murder may be curbed, and violence may be attenuated by giving it a legal outlet, for example through colonial trade, hunting, racism, war, because it would be dangerous to abandon oneself to violence immoderately, outside the law.

---

<sup>1</sup> With TG I refer, throughout this paper, to the 1995 edition of Mirbeau O., *Torture Garden*, Sawtry, Cambs Dedalus.



So goes the conversation of cultivated minds and refined natures, who list among their favourite pleasures “fencing, duelling, violent sports, abominable pigeon shooting, bullfights, varied manifestations of patriotism, hunting” (TG, p. 24). One of them, after calling for fresh cigars and drinks, tells the story of a period of his life, that for a long time he has been reluctant to make public.

### **Politicians and traders**

The journey of the narrator to the Torture Garden in China could not have originated from more apposite source. His friend and mentor, a corrupt politician who is temporarily unable to offer him a position, suggests that going abroad would take him away from the political scene for a while and prepare the grounds for his return in a changed political situation. The journey, therefore, is a pretext, officially aimed at studying foreign penal systems and assessing if they might be applied at home. The politician is the epitome of “our current age”, where “ostentatious dishonesty assumes the place of finer qualities”, and “the more infamous a man is, the more disposed we are to credit him with intellectual force and moral value” (*ibid.* p. 39). “I’ve stolen, I’ve stolen”, he proclaims in the streets and on public squares, and similar proud claims he publishes in his political manifestoes, election posters and confidential circulars.

The narrator describes his father as a rough, vulgar dealer of grain, a man with a sharp business sense and a reputation for deviousness which consists of “getting people where you want them”. His principles are to mislead people about the quality and weight of his merchandise, charge two francs for what cost him two *sous* and, whenever possible, if it does not entail too much of a row, make them pay twice over for the same thing. The moral atmosphere in which the protagonist is brought up is exemplified by arguments of the following nature: “If you take something from someone and keep it for yourself, that’s theft. But if you take something from someone and pass it on to someone else for as much as you can get, that’s business”. After such an upbringing, our hero mixes with politicians, that “pack of starving carnivores”, who take a sensual delight “in the stench of human decay” (*ibid.* p. 49).

The companion he meets in his journey, Clara, is the daughter of an opium trader, and lives in China, where she convinces the protagonist to join her. While cruising, murder recurs as a central point of conversation. The use of infallible arms is advocated, so that, in war, incalculable savings

could be made by abolishing surgeons, nurses, ambulances, and military hospitals.

### **Meat for the prisoners**

Clara loves going to feed the convicts, an odd, amusing pastime, and the only original, elegant distraction for the inhabitants of that lost corner of China.

When I see the convicts, I go all dizzy and my whole body quivers in the same way as it does in love. It seems to me, you see [...] it seems to me that I am descending into the depths of my flesh, right to the dark depths of my flesh (TG, p. 106).

All they need for this elegant distraction is a meat basket woven by the best Chinese artisan, and a pitchfork with teeth of platinum incrustated with gold and a handle of green jade. Every Wednesday, amid a considerable crowd of elegant people, the Convict-Meat-Market is held. Vendors shout: Here! Here! Come on by! Look and choose! You'll not find anything better anywhere ... No one has anything more rotten!" (*ibid.* p.112). Clara inhales decay with delight, as though it was perfume. "But it's not a bad smell, my love. It smells of death, that's all" (*ibid.* p. 114).

The crowd at the prison entrance is restless, and no sooner the door is open than tumult starts: Clara throws herself in the "mêlée of chattering, cries, sounds of suffocation, rustling of fabrics and clatter of parasols and fans" (*ibid.* p. 122). And behind those doors, the clamour of the crowd is covered by the cries, the "muffled wailing, the clanking of chains, the panting of breaths, like bellows, the strange and prolonged groaning of beasts" (*ibid.* p. 124). The prisoners have their necks gripped in iron collars, and are squatting in their own filth, hands and feet in chains, they can neither lie down nor rest. "The slightest movement displaced the iron collar, causing shooting-pains in their throats and their bleeding necks, and causing them to shriek in such suffering and to utter violent insults against us mingled with supplications to the Gods" (*ibid.* p. 125).

Delicately, accompanying her shivers with exquisite gestures, Clara rummages in the basket with her fork, then lifts out some scraps of meat that she graciously flings through the bars into the cage. Ten heads begin swinging simultaneously, and twenty bulging eyeballs cast flushed looks on the meat – looks of terror and hunger. The prisoners cannot eat, explains Clara, they cannot reach the meat, theirs is the torture of Tantalus. People passing by the cages laugh and "abandon themselves to impassioned mimicry". A blonde woman with a blank, cold look, holds a revolting

greenish fragment of meat with the end of her parasol, which she alternatively offers and withdraws. The convicts draw back their lips, baring their teeth like mad dogs, with famished expressions, no longer human, and try to snatch the food which always evades their mouths, “sticky as they were with dribble”.

### **Prisons are not for prisoners**

But what crimes have these prisoners committed to deserve such torment? No idea, is the reply. Perhaps none at all, or probably something trivial. “Petty theft, I expect. They are vagrants from the harbour, vagabonds, paupers” (*ibid.* p. 126). At first sight, crime and punishment seem to have lost, here, any relationship: the latter not only finds no justification in terms of its “beneficial” effects, but also shows no commensurability in respect of the type of crime it addresses. Punishment is non-consequentialist, on the one hand, and is a way of disposing of the social residue, the unemployable vagrants and paupers, on the other. There is, however, something more in the *Torture Garden*, namely a Durkheimian sense that prisoners are tormented for the sake of spectators, who are assumed to be law-abiding individuals, and that through the spectacle of suffering they re-enforce their feelings of solidarity and set of values. Prisons, therefore, are not addressed to offenders, but are a means for boosting the common moral order, the *conscience collective* (Garland, 1990).

It could be argued that prison appears to be the legal form of sadistic pleasure in inflicting pain. However, even pain as torture, paradoxically, can hide a principle of “proportionality”. As Nietzsche (1968, p. 93) suggests, sadism can be translated into the notion of “legalized equivalence”, whereby offenders, as creditors, give away a deposit or a pawn, something which belongs to them, for instance their freedom, their body, their very life. In ancient societies, creditors could cut limbs and bits of flesh as appropriate and equivalent with the entity of the debt. “And soon precise evaluations were provided, legitimately established, as to the exchange value of limbs and parts of the body.”

In the final pages of the *Torture Garden* sadism mingles with Durkheimian principles of punishment as re-enforcement of the *conscience collective*. It is interesting to examine what values Mirbeau ascribes to such *conscience*.

Torture is mingled with horticulture and blood with flowers. In the *Torture Garden* the extraordinary vigour of the vegetation is activated by

the prisoners' excrements, by the blood of the tortured and by all the organic debris left each week by the crowd: the beauty of wealth is built on this powerful compost, of which plants are voracious. Nature is made complicit with the refinements of cruelty. All this cruelty, however, is part of civilization, and is akin to the devastation caused by civilizing "cultures". Mirbeau, while describing torture, recalls the streets of Calcutta, the fresh Himalayan villas of Darjeeling, and the magnificent mansions of Bombay, that give the impression of mourning and death left "by the atrocity of clumsy massacre, vandalism and senseless destruction". Wherever it appears, he concludes, "civilization shows this face of sterile blood and forever dead ruins" (TG, p. 141).

"Wherever there is spilt blood to justify, acts of piracy to be consecrated, violations to bless, hideous trade to protect, you're sure to see him, that British Tartuffe, pursuing the work of abominable conquest on the pretext of religious proselytism or scientific study. His cunning and ferocious shadow hangs over the desolation of conquered peoples, tied up with that of the cut-throat soldier and vindictive Shylock. In virgin forests, where the European rightly inspires more dread than the tiger, on the threshold of humble straw-huts that have been devastated, between the burnt-out shacks, he appears after the massacre, like a scavenger, to plunder the dead the evening after the battle" (*ibid.* pp 142-43).

Catholic missionaries, in their turn, are said to bring civilization "on the end of torches and at the point of sabres and bayonets". In brief, the torture garden contains the passions, appetites, personal interests, hatred and lies, along with the laws and social institutions which shape justice, glory, heroism and religion. A final vision hits the protagonist at the climax of his considerations: he sees the face of his friend, the corrupt politician, grimacing over the shoulder of the fat executioner.

## **Conclusion**

Fiction offers invaluable materials for sociological analyses of imprisonment. Classical novels alternate exposure of prison systems as destructive and unjust with some appreciation of the introspection and regeneration that the prison cell may induce. This paper has focused on two authors who put "prison on trial" and find it indefensible (Mathiesen, 1990). In Victor Hugo, poverty, social disadvantage and scandalous iniquity are the main sources of crime, and prisons reproduce injustice while causing the reproduction of crime. His arguments would cut a fine figure in conflict theory texts on crime and punishment, as they would in

reformist, reductionist, and abolitionist circles. Mirbeau's arguments, instead, present us with a repertoire of notions that we are used to associating with Durkheim and Nietzsche, namely that punishment reassures and regenerates the righteousness of the law abiding community, on the one hand, and metes out in legally sanitised fashions our desire to inflict pain. Both authors show how fiction can provide the imagination that many scholars, in criminology, find sadly wanting.

### References

- BROMBERT V., (1975), *La prison romantique. Essai sur l'imaginaire*, Paris, Librairie José Corti.
- DAVIES I., (1990), *Writers in Prison*, Oxford, Basil Blackwell.
- DUFF A. AND GARLAND, D., (1994), *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press.
- FOUCAULT M., (1977), *Discipline and Punish*, Harmondsworth, Penguin.
- GALLO E. and RUGGIERO V., (1991), "The 'Immaterial' Prison: Custody as a Factory for the Manufacture of Handicaps", *International Journal of the Sociology of Law*, 19, pp. 273-291.
- GARLAND D., (1990), *Punishment and Modern Society*, Oxford, Oxford University Press.
- HUGO V., (1969), *Oeuvres complètes*, Paris, Le Club Français du Livre.
- HUGO V., (1982 [1862]), *Les Misérables*, Harmondsworth, Penguin.
- HUGO V., (1991), *L'ultimo giorno di un condannato*, Milan, SE.
- KANT E., (1953), *Metafisica dei costumi*, Bari, Laterza.
- LEVI P., (1986), *I sommersi e i salvati*, Turin, Einaudi.
- MATHIESEN T., (1990), *Prison on Trial*, London, Sage.
- MICHELET J., (1981), *Storia della rivoluzione francese*, Milan, Rizzoli.
- MIRBEAU O., (1995 [1898]), *Torture Garden*, Sawtry, Cambs, Dedalus.
- NIETZSCHE F., (1968), *Genealogia della morale*, Milan, Mondadori.
- NORRIE A., (2000), *Punishment, Responsibility, and Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- RUSCHE G. and KIRCHHEIMER O., (1968), *Punishment and Social Structure*, New York, Russel & Russel.
- STABLEFORD R., (1995), "Introduction", in Octave Mirbeau, *Torture Garden*, Sawtry, Cambs., Dedalus.
- SYKES G.M., (1958), *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton, Princeton University Press.

## RÉSUMÉ

*Ce rapport aborde le point de vue critique de l'emprisonnement. Il analyse notamment "Le Jardin des Supplices" d'Octave Mirbeau et des passages choisis de "Les Misérables" de Victor Hugo non sans offrir un débat parallèle sur les philosophies pénales y compris la rétribution, la réhabilitation, la dissuasion, l'abolition et la réduction de la peine. La fiction nous fournit un matériel précieux en vue d'une analyse sociologique de l'emprisonnement. Les romans classiques présentent parfois le régime pénitentiaire comme étant destructif et injuste et ajoutent des appréciations sur l'introspection et la régénération que la cellule d'une prison peut entraîner. Pour Victor Hugo, la pauvreté, l'inégalité sociale et une iniquité scandaleuse sont les sources essentielles du crime. Les prisons reproduisent l'injustice et provoquent la réitération du crime. En revanche, Mirbeau nous montre notamment, à travers tout un répertoire de notions que nous associons généralement à Durkheim et à Nietzsche, que la punition rassure et régénère le bon droit de la communauté qui respecte la loi tout en permettant d'infliger des peines sous une forme juridiquement correcte.*

## RESUMEN

El artículo trata de visiones críticas del encarcelamiento. Analiza "El jardín de las torturas" de Octave Mirbeau, y pasajes de "Los miserables" de Victor Hugo, proponiendo al mismo tiempo una discusión paralela de varias filosofías penales, entre ellas la del castigo justo, la rehabilitación, la disuasión, el abolicionismo y el reduccionismo. Las obras de ficción nos ofrecen material de valor inestimable para un análisis sociológico de las cárceles. Los clásicos de la literatura alternan entre la denuncia del carácter injusto y destructivo de los sistemas penitenciarios y una ventana abierta sobre la introspección y regeneración que puede inducir una celda. Para Victor Hugo, pobreza, marginación social y una injusticia escandalosa son las causas principales del crimen, y las cárceles reproducen la injusticia provocando la reproducción del crimen. Las argumentaciones de Mirbeau, por su parte, nos proponen un repertorio de conceptos que acostumbramos asociar con Durkheim y Nietzsche, es decir que el castigo tranquiliza y regenera el sentimiento de rectitud de la comunidad respetuosa de las leyes al mismo tiempo que satisface de forma jurídicamente neutralizada nuestro deseo de infligir un castigo doloroso.



# Le droit pénal entre l'abolitionnisme et la tolérance zéro

par  
CONSTANTIN VOUYOUCAS  
Professeur émérite de Droit pénal  
à l'Université Aristote de Thessalonique, Grèce  
vice-président de la SIDS

## Préface

L'administration de la Justice pénale constitue – comme il est bien connu – un mécanisme complexe et, en même temps, coûteux (au sens large du terme; à savoir tant du point de vue pécuniaire et moral, que du point de vue des délais impliqués). A part le fait que son fonctionnement est étroitement lié à la violation des droits individuels (tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, le secret de la correspondance, les droits qui dérivent de la propriété, la protection de l'honneur, etc.), elle implique la mise en oeuvre de différents éléments du système pénal, parmi lesquels on trouve les tribunaux (avec leurs services auxiliaires de la police judiciaire, des centres d'observation, du service social, etc.) et l'administration pénitentiaire.<sup>1</sup> En plus – comme le souligne le fondateur de la défense sociale nouvelle, le Président Marc Ancel<sup>2</sup> – l'emprisonnement “ne constitue pas seulement ce retrait provisoire de liberté qu'il est théoriquement et dont le juge moyen, qui le prononce sans trop

---

<sup>1</sup> VOUYOUCAS C., (1992), *Vers un système pénal rationnel et efficace. La rationalité dans les alternatives: La procédure simplifiée et la diversion en Grèce* (Heuni 1984, n. 3, p. 227 et suiv. – Aristoteles Universitas Studiorum Thessalonicensis: Annales, Editio Periodica Scholae Jurisprudentiae Facultas Jurisprudentiae et Oedonomiae. Vol. n Quartum. Scripta Constantini N. Vujuca. Fasciculus Primus. Thessalonicae MCMICII (1992), p. 585.

<sup>2</sup> ANCEL M., (1981), *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de Politique Criminelle Humaniste)*. Troisième édition entièrement révisée, Paris, pp. 273-275.



d'hésitation, espère, parfois naïvement, qu'il "fera réfléchir" le délinquant. Si court qu'il soit, ce "retrait de la vie libre" est une rupture: avec le travail, avec le milieu, avec la famille: c'est une disgrâce dont beaucoup se relèvent mal, un signe d'infamie aussi solidement marqué sur l'être social que la flétrissure physique abolie en 1832; c'est un obstacle au retour à la vie sociale, une déviation vers les voies obliques et ces associations différentielles où Sutherland voyait la source principale de la criminalité". "Enfin – ajoute le Président Marc Ancel – trop souvent encore, la peine de prison est une peine aberrante, car elle n'atteint pas seulement le délinquant, mais sa famille, ses proches, ses enfants, lesquels souffriront parfois plus que lui de la condamnation qui le frappe et de la ségrégation qu'elle opère." "La prison est devenue la meilleure école du récidivisme."

D'après les constatations ci-dessus – et beaucoup d'autres observations semblables – pour faire face au phénomène de "crise" – pour ainsi dire – du droit pénal, les chercheurs ont posé la question suivante: réduire ou abolir la justice pénale?

Il est vrai que les partisans de l'abolition ont été minimes (surtout parmi les sociologues). Une autre position propose l'exécution des peines privatives de liberté dans des hôtels.<sup>3</sup> Mais la majorité des pénalistes vise à trouver des remèdes au système de droit pénal en vigueur à travers la décriminalisation et les voies alternatives, telles que la diversion et la déjudiciarisation.

Nous nous proposons de jeter un coup d'oeil sur tous les deux.

### **La décriminalisation et les voies alternatives**

On pourrait dire que la décriminalisation tombe dans le domaine du droit pénal de fond, puisqu'elle nous conduit à l'abolition ou à la diminution de la peine encourue. Tout au contraire, par le terme "voies alternatives" – qui tombe dans le champ du droit pénal de forme – on entend une série de mesures visant au remplacement des sanctions du droit pénal – et notamment celles privatives de liberté – par d'autres, qui ne sont pas liées à la perte du travail, à la séparation de la famille, à la stigmatisation, etc., de la part de l'auteur d'une infraction, plus ou moins légère, mais appartiennent au droit administratif ou au droit civil.

---

<sup>3</sup> Cette position a été soutenue pendant les travaux de la "Réunion internationale sur la criminalité", tenue à Athènes (2-7 septembre 1972), et ayant comme thème général: "*Mesures pour faire face à la vague mondiale croissante de criminalité*".

D'ailleurs, tandis que la décriminalisation est une oeuvre législative (dont les effets n'ont aucunement besoin d'un consensus), les mesures alternatives sont liées –dans la plupart des cas – à la participation de l'auteur de l'infraction.

A) *La décriminalisation*

a) D'après le Rapport sur la décriminalisation du Conseil de l'Europe,<sup>4</sup> on entend par ce mot “les processus par lesquels la compétence” du système pénal pour infliger des sanctions à titre de réaction à une certaine forme de comportement, lui est retirée, en ce qui concerne ce comportement précis” (décriminalisation *de jure*). “Par ‘décriminalisation *de facto*’ nous entendons le phénomène consistant à diminuer (progressivement) les réactions du système de justice pénale face à certaines formes de comportement ou à certaines situations, sans qu'aucun changement n'intervienne dans la compétence officielle de ce système.” La “décriminalisation *de facto*” se présente sous de nombreux aspects et “empiète largement sur celui de la diversion”. Trois types de “décriminalisation *de jure*” existent: *a*) elle “a parfois pour objet la pleine reconnaissance juridique et sociale du comportement décriminalisé” (p. ex., décriminalisation des relations homosexuelles entre adultes consentants) (décriminalisation de type A). *b*) Dans d'autres cas, “la décriminalisation peut découler” “d'un changement d'opinion sur le rôle de l'Etat dans le domaine considéré”. “Dans certaines communautés nationales, la décriminalisation dans le domaine des infractions sexuelles peut s'expliquer par une “conception différente du rôle de l'Etat et le développement des droits de l'homme” qui impliquent la neutralité de l'Etat à l'égard de certaines formes de comportement (décriminalisation de type B). *c*) “Parfois, bien que le comportement décriminalisé continue à être jugé indésirable et que l'Etat soit toujours considéré comme compétent pour statuer à son sujet, on décide de décriminaliser le comportement en question. Dans ce cas, on choisit parfois de ne rien faire et on laisse aux personnes directement intéressées le soin de faire face à la situation indésirable” (décriminalisation de type C). “La notion de décriminalisation recouvre toutes les formes de désescalade à l'intérieur du système pénal” (c'est ainsi que le passage du statut de “délit” ou “crime” à celui de

---

<sup>4</sup> Dans la liste des experts gouvernementaux et scientifiques ayant participé aux travaux du Comité de rédaction de ce Rapport, on trouve le nom de M.le Professeur HULSMAN L.H.C., auquel est dédié ce numéro des *Cahiers de défense sociale* de l'année 2003.

contravention peut être considéré comme une dépenalisation – il en est de même lorsqu’une peine privative de liberté est remplacée par une sanction dont les incidences ou les effets secondaires ont un caractère moins négatif, comme par exemple, l’amende, la mise en probation, etc.).<sup>5</sup>

En commentant ce Rapport, A. Tsitsoura, dans sa qualité de Chef de la Division des Problèmes Criminels dudit Conseil, dans son Rapport sur “Le rôle du Conseil de l’Europe dans le domaine de la Politique Criminelle”, remarque que: “Ecarter des législations pénales les infractions qui ne correspondent plus aux valeurs sociales, ou qui ne sont plus considérées comme nécessaires à la protection de la Société, est une démarche décrite dans le rapport du CDPC sur “la décriminalisation”, “qui a permis aux Etats membres d’épurer leurs législations des infractions superflues. Toutefois, éviter l’intervention du système de justice pénale dans des cas individuels lorsque cette intervention ne s’impose pas, soit en raison de l’intérêt social, soit en raison des intérêts des personnes impliquées dans l’infraction (auteur-victime) est une autre démarche qui fait son chemin dans un grand nombre de pays”.<sup>6</sup>

b) Un autre auteur, le Professeur G. Sliowski, fait la distinction entre la décriminalisation et la dépenalisation, en disant que la “décriminalisation” c’est la déclaration qu’un fait jadis considéré comme punissable d’une peine antérieurement plus sévère est remplacée par une pénalité plus légère. La décriminalisation et la dépenalisation ont certainement un trait commun: l’indulgence à l’égard de l’auteur d’un fait considéré jadis ou actuellement comme socialement nuisible, mais leur nature est différente: tandis que la première supprime la responsabilité pénale, l’autre la rend plus indulgente.<sup>7</sup>

c) Enfin, le Procureur général du Sénégal, M. El Hadji Diouf, expose ce qui suit: “La décriminalisation a pour effet de rendre légaux des actes qui étaient précédemment passibles de sanctions pénales; l’infraction pénale disparaît, et tout se passe comme si la loi n’ait jamais été violée. Le terme générique employé dans son sens large serait applicable à toute infraction sans considération de degré (contravention, délit et bien entendu crime); la

---

<sup>5</sup> Conseil de l’Europe, (1980), Comité européen pour les problèmes criminels “Rapport sur la décriminalisation” Strasbourg, pp.13-17.

<sup>6</sup> TSITSOURA A., (1990, 1991), *Le rôle du Conseil de l’Europe dans le domaine de la politique criminelle* (in Conseil de l’Europe: 4e Conférence de Politique Criminelle, Strasbourg, p. 29).

<sup>7</sup> SLIWOWSKI G., (1982), *Décriminalisation et politique criminelle au Sénégal* (in *Défense sociale: Le rôle de la décriminalisation dans la politique criminelle* Järvenpää 20-22.6.1982, Helsinki, p. 93).

décriminalisation englobe la dépenalisation laquelle autorise à faire de certaines infractions pénales des questions relevant des juridictions autres que répressives (administrative, civile).<sup>8</sup>

d) Différente est l'approche du problème par le Professeur Raymond Screvens,<sup>9</sup> qui parle de "décriminalisation totale", au sens de la "perspective abolitionniste" et de "la suppression du 'système' de justice pénale", qui manque de cohérence et n'a conduit qu'à des échecs. En Belgique, par exemple, la peine privative de liberté "ne représente qu'environ 4% des condamnations totales prononcées par les cours et tribunaux" (et encore plus des 3/4 de ces peines sont-elles constituées par de courtes peines d'emprisonnement, moins de six mois). "Restent donc surtout les peines les plus fortes appliquées aux cas les plus difficiles". Faut-il, alors, nécessairement conclure à l'échec de la peine privative de liberté? Peut-être oui, mais en raison de situations spéciales; c'est-à-dire de fait (gravité des infractions) et de personnes (celles à l'égard desquelles il n'a pas encore été trouvé un moyen de défense valable). Par conséquent, la décriminalisation totale est une "idée-choc". Le Professeur Screvens accepte, il est vrai, qu'elle est un peu "un épouvantail" qu'on agite, ou, à l'inverse, un paradis que l'on décrit, "dans l'espoir de secouer les inerties, de déranger les conformismes et d'obtenir quelque chose de ceux qui sont chargés des réformes des législations pénales". Et l'auteur conclut: "la décriminalisation doit donc surtout avoir lieu en évitant l'inflation d'infractions contre ce qu'on a appelé la structure conventionnelle. C'est en ce sens, me paraît-il, que l'on peut préparer la décriminalisation."

#### B) *Les voies alternatives*

D'après le Rapport, déjà mentionné, du Conseil de l'Europe sur la décriminalisation, le concept de "diversion" "signifie que l'on s'abstient de poursuivre ou que l'on arrête des poursuites pénales lorsque le système de justice pénale est régulièrement compétent. Dans le processus de diversion, le problème est parfois renvoyé aux parties directement concernées, qui bénéficient éventuellement de l'aide d'un organisme extérieur pour résoudre le problème. Dans d'autres cas, l'accent est mis sur l'intervention

---

<sup>8</sup> EL JADJI DIOUF; (1982), *Décriminalisation et politique criminelle au Sénégal* (in *Défense sociale: Le rôle de la décriminalisation dans la politique criminelle*. Järvenpää 20-22.6.1982, Helsinki, p. 93).

<sup>9</sup> SCREVEN R., (1982), "Décriminalisation" (in *Défense sociale: Le rôle de la décriminalisation dans la politique criminelle*. Järvenpää 20-22.6.1982, Helsinki, pp. 42-48).

positive d'un organisme extérieur qui aidera le délinquant à surmonter les problèmes qui ont pu le conduire à la délinquance".<sup>10</sup> Comme, d'ailleurs, remarque A.Tsitsoura, se référant à ce Rapport, "les mesures de 'déjudiciarisation' (diversion), de 'conciliation' et de 'médiation', visent à régler des conflits sociaux tout en évitant les aspects négatifs de l'intervention pénale et, notamment, la stigmatisation".<sup>11</sup>

Aussi, selon les positions de la Société internationale de défense sociale, telles que formulées par son Programme Minimum et son Addendum de 1984, "la politique criminelle, au sens stricte ou plus habituel du terme, se donnera pour tâche d'élaborer une stratégie différenciée de lutte contre la délinquance qui établisse une distinction essentielle entre les phénomènes qui menacent directement les bases et même la survie de la communauté sociale, et la petite ou moyenne "délinquance" qui devra normalement faire l'objet de procédés non pénaux (mais très différenciés) de réaction sociale". La dépenalisation, dans un sens plus large, "doit s'entendre déjà et d'abord de l'utilisation, à la place des moyens pénaux ordinaires, des moyens du droit civil, du droit administratif, des organes d'éducation, de santé ou d'assistance sociale. On peut aller plus loin avec le courant dit de déviation ou de déjudiciarisation qui tend cette fois à échapper au système judiciaire traditionnel; on peut également chercher à faire intervenir des organismes sociaux et recourir à la participation des citoyens, en dehors des formes anciennes de jury ou d'assessorat. On est d'accord aujourd'hui pour écarter le "traitement de resocialisation": "Mais ce rejet ne doit pas emporter nécessairement l'abandon de la notion (ou de la finalité) de resocialisation. Cette position peut: – d'une part conduire à proposer ou à mettre à la disposition du sujet des moyens pratiques de socialisation (formation professionnelle, organisation des loisirs, environnement culturel) et à prévoir ici encore l'intervention des certains organismes (publics ou privés) agissant tant sur l'individu que sur son milieu; – d'autre part, et d'une manière plus large, par un effacement progressif de la distinction du civil, de l'administratif et de l'assistance, conduire à dégager le caractère social de la politique criminelle, à affirmer ses liens directs avec la politique générale et, en cherchant à assurer la protection de la communauté par la protection même de ses membres, à lui donner pour but final une tâche de "socialisation" au sens le plus complet et le plus noble de ce terme".<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Conseil de l'Europe, *Rapport sur la décriminalisation*, p. 18.

<sup>11</sup> TSITSOURA A., *op.cit.*, p. 29.

<sup>12</sup> *Cahiers de défense sociale*, (1994/1995), Numéro dédié à Gian Domenico Pisapia, p. 237.

Egalement, le Président Marc Ancel pense que “l’emprisonnement, cessant d’être la peine habituelle, sera remplacé par une série d’autres sanctions, essentiellement privatives ou restrictives de droits et patrimoniales, dont la liste et le régime devront être soigneusement étudiés. Le choix du juge sera largement ouvert, mais dans des conditions légalement précisées et sous un contrôle ici encore effectif de la juridiction d’appel”. “Les substituts à la peine privative de liberté” doivent perdre ce caractère de ‘substituts’ plus ou moins dérogoires à une peine de prison toujours considérée implicitement comme la sanction normale.” “Il faudrait même envisager, à côté (ou à la place) de l’incarcération stigmatisante, des mesures extra-pénales et notamment des mesures de caractère para-disciplinaire.” Enfin, le Président Marc Ancel remarque que, parmi les autres mesures, “l’amende est devenue déjà, dans beaucoup de cas, un substitut de fait (et de droit) de l’emprisonnement”; aussi “la confiscation spéciale a joué un assez grand rôle dans l’arsenal des ‘mesures de sûreté’ au début de ce siècle”; “on rattache assez souvent aux sanctions pécuniaires les travaux d’intérêt collectif”; “à titre d’exemple, on peut signaler que la suspension (ou la suppression) du permis de conduire tend à être employée à la fois comme mesure de sûreté, notamment pour les infractions routières, et comme peine dissuasive”; “il en va de même pour les interdictions d’exercer temporairement (ou définitivement) certaines professions ou certaines activités”.<sup>13</sup>

Enfin, pendant les travaux de la XIX<sup>ème</sup> Conférence de Recherches Criminologiques du Conseil de l’Europe, sur les “*Nouvelles stratégies sociales et systèmes de justice pénale*”, le Rapporteur général M.L. Walgrave disait dans son Rapport introductif que: “la relation avec le système pénal se comprend en situant les interventions sociales vis-à-vis de la procédure pénale. Par exemple, la prévention intervient avant la mise en marche de la procédure pénale, afin de l’éviter; la diversion et d’autres modalités de réduction se présentent pendant la procédure, afin de l’infléchir vers le psycho-(médico) social; après le jugement, des alternatives proposent des mesures non-pénales.<sup>14</sup> Ensuite, le même auteur, dans son Rapport général, exprime les réflexions qui suivent: “il y a donc des raisons de principe et d’efficacité pour promouvoir davantage la subsidiarité du droit pénal, en développant des stratégies sociales qui pourraient permettre d’éviter le plus possible l’intervention de la justice

---

<sup>13</sup> ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, pp. 277-280.

<sup>14</sup> Conseil de l’Europe, *Dix-neuvième Conférence de Recherches Criminologiques. Nouvelles stratégies sociales et systèmes de Justice pénale*, Rapport introductif établi par M. L. WALGRAVE (Belgique), p. 5.

pénale. Ceci aboutirait en même temps en une justice pénale mieux ciblée, moins surchargée et donc plus efficace, elle aussi. “Devant la question ‘réduire ou abolir la justice pénale’, il y a une différence de gradation entre la tendance à promouvoir davantage la subsidiarité de la justice pénale et l’abolitionnisme. La première veut réduire et remplacer l’intervention judiciaire partiellement, la deuxième veut la réduire complètement. L’idée abolitionniste est intéressante comme piste de pensée, comme utopie constructive. Paradoxalement, la position extrême de l’abolitionnisme nous illustre la nécessité de l’existence d’un droit public de contrainte. En effet, si toutes les conséquences d’une infraction dépendaient d’une médiation ou d’une intermédiation complètement libre entre le délinquant et sa victime, que ferait-on dans les cas où la victime ne peut ou ne veut pas et/ou le délinquant ne veut pas participer à la médiation? En plus, si toute intervention après un délit, se limitait à la restitution, la délinquance deviendrait comme un jeu de hasard: le transgresseur qui serait pris, restituerait tout simplement la victime, sans autre sanction.” “C’est pourquoi la non-criminalisation ou la décriminalisation ne peut pas aller jusqu’à l’absolu. Et ledit Rapporteur général conclut comme suit: “La recherche d’alternatives sociales adéquates qui reconcilieraient mieux les principes de base et les besoins d’efficacité ne fait que commencer.”<sup>15</sup>

Pendant cette Conférence, les autres Rapporteurs ont été d’accord, aussi, sur la constatation qu’il faudrait beaucoup d’attention en ce qui concerne les mesures alternatives, en disant qu’il “restera toujours le problème entre les libertés et la sécurité”,<sup>16</sup> que “les nouveaux programmes de diversion et de médiation n’ont pas encore fait la preuve de leurs effets réductionnistes directes”<sup>17</sup> et, enfin, que “le nombre et la complexité croissante des nouvelles stratégies de diversion”, “créent un besoin impérieux de planifier soigneusement des évaluations et de les mener à bien”.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Conseil de l’Europe, *Dix-neuvième Conférence de Recherches Criminologiques. Nouvelles stratégies sociales et système de justice pénale*, Rapport général établi par M.L. WALGRAVE, pp. 7, 18-19.

<sup>16</sup> Conseil de l’Europe, *op.cit.* Rapport établi par MM. BAILLEAU F. et GARIOUD G. (France) sur “les stratégies sociales visant à éviter la production de comportements criminalisables”, p. 19.

<sup>17</sup> Conseil de l’Europe, *op.cit.* Rapport établi par M. FEEST J. (Allemagne) sur les “Interventions visant à éviter l’entrée dans le processus pénal ou à interrompre ce processus”, p. 17.

<sup>18</sup> Conseil de l’Europe, *op.cit.* Rapport établi par M. MAIR G. (Royaume Uni) sur l’“Evaluation des effets des stratégies de diversion sur les attitudes et les pratiques des agents du système pénal”, p. 27.

## Conclusions

D'après l'exposé qui précède, on pourrait conclure avec les paroles du professeur belge R. Screvens qui disait, à propos des travaux de la Société internationale de défense sociale, à Järvenpää (Helsinki): "Je ne crois pas que l'on puisse un jour relativement proche se débarrasser de toute justice pénale, de toute organisation pénale, dont on prend plaisir à étaler les faiblesses, mais sans réussir jusqu'à présent à lui trouver effectivement une alternative valable."<sup>19</sup>

Qu'il me soit permis d'ajouter que, comme j'avais soutenu pendant une autre Conférence à Helsinki (1983), une telle politique criminelle doit encore être intensifiée aujourd'hui, à cause du trop grand nombre de pénalisations effectuées actuellement et parce que les peines privatives de liberté se sont avérées inefficaces dans la lutte contre la criminalité. En tant que juriste, je suis partisan des vues traditionnelles sur la nature et la légitimité de la justice pénale et opposé à la réduction au minimum du rôle de celle-ci et encore plus à l'abolition du système pénal. "Je suis, néanmoins, convaincu qu'il faut rechercher une division plus efficace des tâches entre le système pénal d'un côté et les procédures civiles et administratives de l'autre."<sup>20</sup>

## SUMMARY

*Though acknowledging the excessive number of laws involving penal sanctions and the ineffectiveness of prison sentences in the fight against crime, the A. pronounces himself in favour of traditional opinions on the nature and legitimacy of penal justice and, therefore, against reductions of the same and even more so against the abolition of the penal system as such. The A. is instead convinced there is a marked need for a more effective distribution of tasks between the penal system on the one hand and civil and administrative protection on the other.*

---

<sup>19</sup> SCREVEN R., *op.cit.*, p. 48

<sup>20</sup> VOYOUCAS C., (1984), *Vers un système pénal rationnel et efficace. La rationalité dans les alternatives. La procédure simplifiée et la diversion en Grèce*, Heuni, n. 3., p. 227 et suiv., Aristoteles Universitas Studiorum Thessalonicensis, *op.cit.*, p. 585, p. 588.



## RESUMEN

El Autor reconoce que el número de leyes que imponen sanciones penales es excesivo y que las penas de prisión son ineficaces en la lucha contra el crimen, pero se declara sin embargo a favor de las opiniones tradicionales sobre la naturaleza y la legitimidad de la justicia penal, y por lo tanto en contra de la reducción de la misma a su término mínimo y aun más de la abolición del sistema penal. Cree sin embargo que es necesario repartir de forma más eficaz las funciones del sistema penal, por un lado, y, por otro, de la protección civil o administrativa.

## List of Louk Hulsman's Publications

The texts in the Dutch language are not included in this list. A list of the most important publications in Dutch before 1996 can be found in J.R. Blad *Abolitionismus als Strafrechtstheorie*, Gouda Quint. 1996 (Summary in English: *Abolitionism as Penal Law Theory. Theoretical Reflections on L.H. C. Hulsman's Abolitionism*)

However the reference to two publications in Dutch, not mentioned in that list, and which have no equivalent in a 'foreign' language, are included here.

- HULSMAN L.H.C., (1986), in *Het blauwe recht. Op weg naar een beroepscode voor de politie*, Vermande, Lelystad.
- HULSMAN L.H.C, (1998), "Vier jaren paars in de justitie-sector", in Coornhertliga (ed), *Crimineel jaarboek 1998*, Nijmegen, Ars Aequi Libri , pp. 21-58.

### English

- HULSMAN L.H.C, (1972), *Strategies of Changing Legal Systems*, in "Symposium of the Research Committee on Sociology of Law", I.S.A. Proceedings, p. 53.
- HULSMAN L.H.C, (1973), *The Decriminalization*, in Transactions of Colloquium of Bellagio, General Report of the International Association of Penal Law, pp. 59-68.
- HULSMAN L.H.C, (1974), "The Penal System as a Social Problem", in *Issues and Answers*, The Rural Crime and Justice Institute, Collegeville, Minnesota.
- HULSMAN L.H.C, (1977), *Penal and Penitentiary Aspects of Road Traffic*, General Report for the Fourth International Colloquium of the International Penal and Penitentiary Foundation, *Proceedings of the Fourth International Colloquium of the IPPF*, Rotterdam, June 1977.
- HULSMAN L.H.C, (1977), *Violence as a Challenge to Modern Society*, Institut universitaire international, Luxembourg.
- HULSMAN L.H.C, (1978), "The Dutch Criminal Justice System from a Comparative Legal Perspective", in FOKKEMA D. et al. (eds.), *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*, Deventer, pp. 289-381.
- HULSMAN L.H.C, (1979), together with others, "The Causes and Manifestations of Recent Trends in Juvenile Delinquency – Their

- Impact on Policies of Prevention, Treatment and Rehabilitation of Offenders”, in *New Approaches in the Treatment of Young Offenders*. European Social Development Program, New York, UN.
- HULSMAN L.H.C, (1979), *An Abolitionist Perspective on Criminal Justice Systems and a Scheme to Organise Approaches to ‘Problematic Situations’*, Colloque international pour le 50ème anniversaire de l’Ecole de criminologie de Louvain, 22-26 mai 1979.
- HULSMAN L.H.C, (1980), together with others, *Report on Decriminalisation*, Council of Europe, Strasbourg.
- HULSMAN L.H.C, (1981), “Penal Reform in the Netherlands. Part 1 – Bringing the Criminal Justice System under Control”, in *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, 20, 3, pp. 150-159.
- HULSMAN L.H.C, (1982), “Penal Reform in the Netherlands. Part 2 – Criteria for Deciding on Alternatives to Imprisonment”, in *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, 21, 1, pp. 35-47.
- HULSMAN L.H.C., (1983), *On the Relation between Social Control inside and outside Criminal Justice*, Report at the International Congress on Criminology, Wien, 1983.
- HULSMAN L.H.C., (1984), *Sexual Behaviour and Attitudes and their Implications for Criminal Law*, Fifteenth Criminological Research Conference of the Council of Europe (22-25 Nov.1982). General Report and Conclusions, *Proceedings of the Conference*, Council of Europe, Strassbourg.
- HULSMAN L.H.C, (1984), together with others, *Toward a Victim Policy in Europe* HEUNI publications, series 2, Helsinki pp. 1-14 and pp. 224-227.
- HULSMAN L.H.C, (1984), together with others, *Report on the Discussions and Proposed Resolutions*, Actes du Colloque international de l’A.I.D.P. (Tokyo 1984), *Revue internationale de droit pénal*, 54, 3, “Déjudiciarisation et médiation”, pp.1179-1197.
- HULSMAN L.H.C, (1985), “Conflicts as Property: Fear of Crime, Criminal Justice and the Caring Community, in J.A.YODER (ed), *Support Networks in a Caring Community*, Dordrecht, Martinus Nijhof.
- HULSMAN L.H.C., (1985), *Critical Criminology and the Concept of Crime*, in International Conference on Prison Abolition, Amsterdam, 24-27 June 1985, V, 37, pp. 37-58.
- HULSMAN L.H.C, (1986), “Critical Criminology and the Concept of Crime”, in *Contemporary Crisis*, 10, pp. 63-80.

- HULSMAN L.H.C, (1986), "Critical Criminology and the Concepts of Crime", in H. BIANCHI and R. VAN SWAANINGEN (eds), *Towards a Non Repressive Approach to Crime*, Amsterdam .
- HULSMAN L.H.C, (1989), "The Right of the Victim not to be subordinated to the Dynamics of Criminal Justice", in Z.P. SEPAROVIC (ed), *Victimology, International Action and Study of the Victims*, Zagreb. vol. 1, pp. 25-35.
- HULSMAN L.H.C, (1991), "The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies", in *Israel Law Review*, 25, 3-4, Summer-Autumn, pp 681-709.
- HULSMAN L.H.C, (1996), in a discussion with others, (Cayley David i.a.) in a program of the Canadian broadcasting corporation "*Ideas on Prison and its Alternatives*", The Canadian Broadcasting Corporation (CBC Radio-P.O. Box 500 Station A-Toronto, Ontario) pp.1-99.
- HULSMAN L.H.C, (1998), "Struggles about Terminology: 'Problematic Situation' versus Crime", in YVES CARTUYVELS, FRANÇOISE DIGNEFFE, PIRES ALVARO, ROBERT PHILIPPE (eds), *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode van Ostrive*, pp. 45-56 , Paris et Montreal, l'Harmattan.

#### *Français*

- HULSMAN L.H.C., (1970), "Le choix de la sanction pénale", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 25, 3, pp. 497-545.
- HULSMAN L.H.C., (1975), "Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation", in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pedone, pp. 20-35.
- HULSMAN L.H.C, (1975), "Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation", in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, II, Paris, Pedone, pp. 19-33.
- HULSMAN L.H.C., (1977), "L'évolution de la peine de l'emprisonnement aux Pays Bas", in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 57, pp.865-879 (sept 1977).
- HULSMAN L.H.C., (1978), "Trafic routier et système pénal. Quelques réflexions de politique criminelle", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (numero spécial *Les infractions routières*), 33, 2, pp. 237-262 .
- HULSMAN L.H.C., (1979), "Un paradigme 'criminologique' abolitionniste et la recherche sur la catégorie du crime", in *Le fonctionnement de la justice pénale*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, pp. 485-500.

- HULSMAN L.H.C., (1979), “Un paradigme criminologique abolitionniste et la recherche sur la catégorie du crime”, in DAVIDOVITCH A. (ed), *Connaissance et fonctionnement de la justice pénale: perspectives sociologiques et criminologiques*, Paris, C.N.R.S., pp 485-498.
- HULSMAN L.H.C., (1980), version française du *Rapport sur la décriminalisation du Conseil de l'Europe* (voir ci-dessus dans la liste anglaise).
- HULSMAN L.H.C., (1981), “Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d’approche des situations problématiques”, in C. Debuyst (ed) *Dangerosité et Justice pénale, ambiguïté d’une pratique*, Paris, Genève, Masson, Médecine et Hygiène.
- HULSMAN L.H.C., (1982), avec BERNAT DE CELIS J., *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion.
- HULSMAN L.H.C., (1984), avec HILDE VAN RANSBEEK, “Evaluation critique de la politique des drogues”, dans *Déviance et société*, 7, p. 271.
- HULSMAN L.H.C., (1984) and others, *Rapports pour la Quinzième Conférence criminologique du Conseil de l'Europe*. Version française (pour les détails voir ci-dessus dans la liste anglaise).
- HULSMAN L.H.C., (1984), “Planification et politique criminelle, aspects généraux”, in ANCEL MARC et KOUDRIAVTSEV (eds), *La planification des mesures de lutte contre la délinquance*, Paris, A.Pedone , pp.43-63.
- HULSMAN L.H.C., (1984), avec BERNAT DE CÉLIS J., “Fondements et enjeux de la théorie de l’abolition de système pénal”, in *Revue de l'Université de Bruxelles*, Editions de l’Universite de Bruxelles, pp 297-317.
- HULSMAN L.H.C., (1990), “Réponse à Maurice Cusson”, in *Déviance et société*, 14, 3, p. 325.
- FAUGERON C. ET HULSMAN L.H.C., (1996), “Le développement de la criminologie au sein du Conseil de l’Europe: état et perspectives”, in TULKENS F. et BOSLEY H. (eds), *La justice pénale en Europe*, Bruxelles, p 29 et suiv.

*Quelques publications dans d’autres langues (liste incomplète):*

- HULSMAN L.H.C., (1983), “Abolire il sistema penale?” (Intervista a ... con la partecipazione di Lolita Aniyar De Castro, Alessandro Baratta, Pio Marconi, Realino Marra, Massimo Pavarini), in *Dei delitti e delle pene*, 1, pp. 71-89.
- HULSMAN L.H.C., BERNAT DE CELIS J., POLITOFF S., (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, Ariel.

- HULSMAN L.H.C., (1984), *La política de drogas: Fuente de problemas y vehiculo de colonización y represión*, en Trigesimo quinto curso international de criminologia (société internationale de criminologie) Proceedings, Quito.
- HULSMAN L.H.C., (1993), “El enfoque abolitionista: politicas criminales alternativas”, en *Criminologia critica y control social. El poder punitivo del Estado*, Rosario, Editorial Juris.
- HULSMAN L.H.C., (1993), BERNAT DE CELIS J., KARAN MARIA LUCIA, *Penas Perdidas, O Sistema Penal em Questao*, Luam, Niteroi.
- HULSMAN L.H.C., (march 1996), “Prevencion del delito y nuevas formas de justicia”, *Quadernos d’estudis I documentacio*, Barcelona.
- HULSMAN L.H.C., (1997), trad. Alejandra Vallespir, *Pensar en clave abolicionista*, Cinap (Centro universitario de la carcel de Caseros), Buenos Aires.
- HULSMAN L.H.C., (1997), “Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justica criminal”, en EDSON PASSETTI et ROBERT DA SILVA (eds.) *Conversacoes Abolicionistas, uma critica do sistema penal e da sociedade punitiva*, Publicacao do Instituto brasileiro de Ciencias Criminais, Sao Paulo.
- HULSMAN L.H.C., (2002), “Alternative alla giustizia criminale”, in RAFFAELE DE GIORGI (ed), *Il diritto e la differenza, Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce, Vol. 2, pp 249-274.



**ETUDES – *STUDIES***





## Études juridiques comparatives et internationalisation du droit<sup>(\*)</sup>

par  
MIREILLE DELMAS-MARTY  
Professeur au Collège de France  
Membre du Conseil de direction de la SIDS

En ce jour où le droit semble céder le pas à la force, présenter une chaire d'études juridiques peut apparaître quelque peu inactuel. Raison de plus pour s'affirmer, à l'exemple de Nietzsche, résolument intempestif et méditer ce qu'il écrivait en 1873, après le succès militaire de l'Allemagne: "une grande victoire est un grand danger", car l'illusion de croire à la victoire d'une forme de civilisation pourrait mener, disait-il, à la défaite de l'esprit au profit de l'Empire. Défaite de l'esprit ou défaite du droit, il faut, pour tenter d'y voir clair, prendre quelque distance avec une actualité trop brûlante.

Monsieur l'Administrateur, mes chers collègues, en accueillant de nouveau une telle chaire, vous exprimez à la fois une fidélité et une volonté prospective.

Une fidélité à celui qui, avant d'être l'initiateur du Collège royal, avait été l'un des pères de l'humanisme juridique. C'est en effet en 1508 – au début de ce XVI<sup>e</sup> siècle à la fois si fécond et si troublé – que Guillaume Budé fit imprimer ses "Annotations sur les vingt-quatre premiers livres des Pandectes" qui devaient préparer la voie d'un renouvellement des études de droit.

Budé n'est pas tendre avec les professeurs de droit: "une manie funeste les pousse à écrire: dès que quelqu'un d'entre eux est parvenu à se faire nommer professeur de droit, il est autorisé par la connivence du public à donner de nouveaux commentaires; mais au lieu de se borner à interpréter

---

<sup>(\*)</sup> *Leçon inaugurale faite le jeudi 20 mars 2003 au Collège de France.  
Publié par Librairie Arthème Fayard 2003, Paris.*

les dispositions réelles des lois anciennes, il en imagine de fausses”. Il aurait fallu selon lui proscrire tous ces commentaires et n’admettre qu’un petit nombre d’auteurs dont les qualités de forme s’allieraient à la “sévère et profonde science du droit”. Du moins ses conseils seront-ils entendus par Cujas pour le droit romain, et en droit français par Dumoulin, ancien élève du Collège royal, qui cherchera à ramener l’ensemble des coutumes à quelques principes communs, osant le projet, utopique à l’époque, d’un seul code pour toute la France. Budé quant à lui, avant tout philologue, s’applique à lutter contre un “hideux jargon que les premiers maîtres de la science ne comprendraient pas s’ils revenaient au monde”. Je n’ose imaginer ce qu’il penserait, s’il revenait à son tour parmi nous, de “l’internationalisation du droit” qui se développe désormais bien au-delà du *jus commune* et oblige à employer de hideux néologismes, faute de mots pour en désigner les formes inédites.

Car c’est de prospective qu’il s’agit. En associant une méthode – les études comparatives – à un processus en cours – l’internationalisation du droit, c’est-à-dire son extension hors des frontières nationales –, cette chaire s’inscrit ainsi dans l’avenir, si incertain soit-il. Certes les événements présents soulignent tragiquement l’absence d’un véritable ordre juridique mondial: le système de sécurité collective de la Charte des Nations Unies a montré sa fragilité et le droit n’a pas su désarmer la force. Mais à l’inverse la force ne peut empêcher cette extension du droit, sans précédent dans l’histoire, au point qu’aucun État, fût-il le plus puissant, ne saurait durablement s’en affranchir. En dépit des apparences, il n’est plus possible aujourd’hui de méconnaître la superposition de normes, nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d’institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d’une défaite du droit, c’est peut-être d’une mutation qu’il s’agit, une mutation de la conception même de l’ordre juridique.

C’est pourquoi nous avons sans doute besoin de ce que Bachelard appelait les “forces imaginantes de l’esprit”, qu’il plaçait selon deux axes: “les unes, écrivait-il, s’amuse du pittoresque, de la variété, de l’événement inattendu”; quant aux autres, elles “creusent le fond de l’être; elles veulent trouver dans l’être à la fois le primitif et l’éternel”. N’est-ce pas décrire le travail du comparatiste: curieux de découvrir l’extrême variété des systèmes de droit, il creuse aussi parfois, cherchant par-delà la diversité quelque chose sinon d’éternel, du moins d’universel ou d’universalisable. Ce quelque chose que Raymond Saleilles désignait, lors du Congrès de Paris en août 1900, comme “l’unité foncière de la vie juridique universelle”, et qu’à la même époque Shen Jiaben présentait, dans

un mémoire à l'empereur de Chine, comme la "grande unité juridique du monde", appelant à rien moins qu'à la fusion entre droit chinois et droit occidental.

Mais le rêve des comparatistes se heurte alors (déjà!) à la violence des guerres et c'est au droit international, dans ses formes les plus innovantes qui n'identifient plus le droit aux seuls États, qu'il revient depuis un demi-siècle de donner existence juridique à l'universel. Au-delà même de la Déclaration "universelle" des droits de l'homme, l'humanité est reconnue, à partir du procès de Nuremberg, victime de crimes que l'on nommera précisément crimes "contre l'humanité". Elle devient ensuite titulaire d'un "patrimoine commun", qui l'engage vis-à-vis des générations futures. La formule vise le patrimoine mondial, culturel et naturel, annexe la Lune et autres corps célestes et va jusqu'à inclure, "dans un sens symbolique", le génome humain (Déclaration de l'Unesco).

Ce droit qui d'*inter*étatique devient ainsi *supra*étatique, mais seulement par fragments, aura-t-il jamais vocation de langage commun, de commune sagesse? On ne peut le promettre, mais on doit plus que jamais l'espérer, à condition de ne pas diviser les forces imaginantes du droit. C'est ensemble, dans cette "dialectique alerte" chère à Bachelard, qu'elles peuvent nourrir l'imaginaire en travaillant sur la diversité des formes apparentes, tout en descendant "dans le germe de l'être" pour trouver "la solide constance et la belle monotonie", qu'il attribuait à la matière. Autrement dit c'est seulement si le droit international se nourrit de l'histoire et du droit comparé, et si la méthode comparative intègre les avancées du droit international, que les mouvements en cours pourront s'inscrire, au-delà des bouleversements présents, dans un nouvel humanisme.

Devant l'ampleur de la tâche que vous m'avez confiée, je me trouve maintenant bien hardie. Mais cette audace m'est venue de vous, mes chers collègues, et plus particulièrement de Pierre-Étienne Will et Anne Fagot-Largeault qui ont soutenu ce projet et vous ont convaincus de sa pertinence. Il me faudra, au cours des années à venir, m'attacher, sinon à le réaliser dans sa totalité, du moins à le mettre en route.

Il est vrai que je ne suis pas seule à prendre cette route. Il est rassurant de pouvoir s'inspirer de grands maîtres et je n'oublie pas que le droit comparé est né au Collège de France avec la chaire d'"histoire générale et philosophique des législations comparées" confiée en 1831 à Eugène Lerminier. Il n'avait pas craint d'exprimer, dès 1832, une conviction universaliste: "Nous pouvons dire qu'il y aura un état du monde où le genre humain dira "moi" et le dira, non pas simplement comme une chimère ou une utopie, mais comme un fait puissant et réel." C'était aller un peu vite en besogne, d'autant qu'il sera vivement contesté, quelques années plus

tard, pour son ralliement au régime de Juillet, au point d'être contraint de renoncer à sa leçon de rentrée le 26 novembre 1838. Le malheureux Lerminier, qui finira par démissionner en janvier 1849, s'était en outre aventuré à critiquer Balzac, au point d'être considéré par Madame Hanska comme "l'ennemi personnel" du grand homme. Fort réjouie par l'épisode de cette leçon où il aurait été, selon elle, "lapidé de pommes cuites", elle se dit "seulement fâchée qu'ils n'y eussent pas ajouté quelques pommes crues qu'il méritait bien".

L'exemple n'est donc rassurant qu'à moitié, tant il est révélateur des violences auxquelles peut conduire la proximité entre études juridiques et engagements politiques quand l'idéologie s'en mêle. Une chaire d'"histoire des législations comparées" sera néanmoins confiée en 1849 à Édouard Laboulaye. Il choisit de commencer son cours par l'étude de la constitution américaine et fonde en 1869 la Société de législation comparée qui reste l'un des hauts lieux des rencontres vouées à cette discipline.

À son tour, le droit international, dans le prolongement des anciennes chaires de droit de la nature et des gens, fera son entrée au Collège de France, en 1980. Dès sa leçon inaugurale, René-Jean Dupuy, refusant le postulat de progrès linéaire, décrit avec lucidité les tensions entre pouvoir et droit selon deux modèles qui n'ont cessé de s'affronter depuis lors: le modèle relationnel (*interétatique*) qui juxtapose des pouvoirs souverains, au risque de les "dresser contre l'emprise de l'institution"; et le modèle institutionnel (*supraétatique*), qui a inspiré la création de la Cour pénale internationale, mais n'affirmera son ambition universaliste qu'en reconnaissant les diversités nationales.

Désormais, c'est l'ensemble du droit qui se trouve en première ligne et si les études juridiques figurent de nouveau au programme, je sais bien, au fond de moi, que cet honneur n'est pas dû à mes seuls mérites ni à mes seuls travaux. J'ai eu la chance d'être entourée de collègues qui m'ont instruite dans leurs domaines respectifs, en même temps que je connaissais le bonheur d'être accompagnée par d'autres plus jeunes, comme une immense famille dont la présence aux quatre coins du monde me donne confiance, car ils sauront continuer à faire la trace et inventer la suite du chemin.

Mais y a-t-il, Mesdames et Messieurs, mes chers amis, y a-t-il seulement un chemin? Et comment cerner l'objet de cette chaire, alors qu'on ne voit à l'œil nu qu'une accumulation de fragments, balises innombrables, dispersées comme au hasard en des lieux divers et indiquant des sens différents et parfois contradictoires?

D'abord *le nombre*, car c'est une illusion de croire que la "déréglementation", qui accompagne l'internationalisation en matière

économique, serait le contraire de la réglementation. En réalité c'est un redéploiement, par une multiplicité d'acteurs, publics et privés, selon des dispositifs d'incitation, de négociation, de flexibilité qui appellent des normes temporaires, évolutives, réversibles. On pourrait y reconnaître la vision pluraliste de Santi Romano, renonçant déjà en 1918 à identifier le droit à l'État. Encore qu'il ne s'agisse pas toujours de véritables ordres institués comme tels: j'y verrais plutôt une pluralité d'espaces normatifs, y compris au sein d'un droit international lui-même éclaté. De la pluralité à la prolifération, il y a de quoi inquiéter les États.

Une étude sur "La norme internationale en droit français", demandée au Conseil d'État par le Premier ministre et publiée en 2000, constate que "les évolutions du cadre constitutionnel ... ainsi que l'adoption de normes internationales et communautaires, dans des domaines de plus en plus divers, ont produit au cours des dix dernières années des ruptures majeures dans la place que le droit français fait au droit d'origine externe". Les chiffres cités laissent pantois: pour le seul droit communautaire, plus de 68.000 textes ont été produits depuis l'origine, sans compter les nouveaux instruments comme les actions communes ou les décisions-cadre. S'il est vrai qu'il s'agit en partie de textes modificatifs ou éphémères, il reste que le nombre de normes juridiques ne cesse d'augmenter et que le droit international est invoqué de plus en plus souvent devant les juridictions nationales.

Certes, le droit communautaire se limitait au départ à des questions techniques, mais il influence aujourd'hui des pans entiers du droit. Et la future constitution européenne ne devrait pas ralentir le processus. Bien au contraire, il est demandé aux rédacteurs de veiller "à ce que la dynamique européenne ne s'affaiblisse pas".

Cette dynamique est d'ailleurs renforcée par l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme qui oblige les États à légiférer en des domaines, comme les écoutes téléphoniques, où nul n'osait s'aventurer; ou à modifier de très anciens et subtils équilibres concernant, par exemple, le rôle des commissaires du gouvernement au Conseil d'État ou celui des avocats généraux auprès de la Cour de cassation. Aucun secteur du droit n'est à l'abri. Comme le dit plaisamment le doyen Carbonnier: "La Cour de Strasbourg est sortie de son lit; l'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer."

D'autant que le droit mondial prolifère lui aussi. Si les nombreuses conventions adoptées par l'Organisation des Nations Unies (ONU) en matière de droits de l'homme sont plus impressionnantes en nombre qu'en effets visibles, la globalisation économique, activée par la fin de la guerre froide, a donné un nouveau dynamisme au commerce mondial. Ainsi

l'entrée de la Chine à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le 11 décembre 2001, a-t-elle déclenché, après les vagues de 1978 et de 1992, une troisième onde de réformes, transformant le droit chinois des affaires en un vaste chantier. Le Protocole d'accèsion de la Chine à l'OMC impose même des principes généraux qui pourraient entraîner des mutations plus larges, comme la disparition, au moins pour partie, des mesures discrétionnaires ou la mise en place d'un contrôle de l'excès de pouvoir.

Gardons-nous toutefois d'un optimisme excessif, car le développement économique n'implique pas de passage automatique à l'État de droit. À moins d'intégrer simultanément les droits civils et politiques, par la ratification du Pacte élaboré par l'ONU, mais celle-ci a peu de moyens pour y inciter.

C'est que, d'une organisation à l'autre, *les lieux* de l'internationalisation du droit restent dispersés, au propre et au figuré.

Visant les droits européens, Jean Carbonnier les nomme "droits de nulle part", ajoutant, ironique, "de nulle part, cela pourrait se dire en grec *utopie*; mais les utopies sont poétiques, aériennes, tandis qu'autour des droits européens il s'est constitué une telle capitalisation d'intérêts et d'ambitions qu'il faudrait rien de moins qu'une éruption de volcan pour faire crouler ces babyloves juridiques".

Pourtant le modèle doit être attractif, car d'autres régions commencent à mettre en place des dispositifs à portée juridique. Certes, le potentiel d'intégration varie entre un simple cadre de consultation mutuelle en Asie (Asean), ou de coopération économique pour la zone Asie/Pacifique (Apec); une zone de libre-échange en Amérique du Nord (Alena), ou d'union douanière en Amérique du Sud (Mercosur), ou encore une organisation d'harmonisation du droit des affaires entre pays africains de la zone franc (Ohada). Du moins ces dispositifs pourraient-ils dans l'avenir influencer les droits nationaux, d'autant que s'ajoutent divers instruments régionaux de protection des droits de l'homme. Mais cet avenir semble encore lointain car, à quelques exceptions près, l'efficacité est quasi inexistante, faute de ratification ou de contrôle.

À l'échelle mondiale, il faut en outre tenir compte de la privatisation des normes: l'arbitrage en droit du commerce international est largement régi par des sources privées et l'autorégulation se développe sous forme de codes de conduite, éthique d'entreprise, ou plus récemment d'écolabel et de label social, supposés renforcer le respect des règles écologiques et sociales en responsabilisant les consommateurs. Pour utile qu'elle puisse être, l'autorégulation ne saurait toutefois se substituer à la régulation par des organisations interétatiques, seules en charge des intérêts communs. Mais la dispersion est telle, entre l'ONU et les organisations spécialisées (pour le

travail, la santé, la propriété intellectuelle ou le commerce), que l'efficacité semble inversement proportionnelle au nombre, du moins en l'absence de véritable contrôle juridictionnel. On sait en effet que la Cour internationale de justice instituée par la Charte des Nations Unies n'est qu'une cour d'arbitrage, soumise au bon vouloir des États, et qu'il n'existe pas de véritable cour pour juger les violations des droits de l'homme à l'échelle mondiale. Du moins l'Organe de règlement des différends créé à l'OMC commence-t-il à se judiciariser, tandis que les juridictions pénales internationales ébauchent, malgré les résistances, une justice mondiale.

Mais à mesure que la justice se mondialise, elle se trouve confrontée à des contradictions pour déterminer *le sens* de l'internationalisation du droit. Une contradiction apparaît en effet entre l'internationalisation éthique, qui suppose le soutien actif des États, et la globalisation économique, qui se traduit souvent par leur impuissance; également entre l'idée même d'universalisme, qui suppose solidarité, partage et lutte contre la pauvreté, et la société de marché, marquée à l'inverse par un accroissement de la compétition et des inégalités.

La conciliation aurait dû être facilitée par l'indivisibilité des droits fondamentaux, qui était inscrite dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais le principe s'est affaibli au cours du temps. En 1966, l'adoption de deux pactes distincts aboutit à séparer les droits civils et politiques des droits économiques, sociaux et culturels, laissés quasiment sans contrôle; puis la création de l'OMC en 1994 isole les droits économiques des droits sociaux.

À cet égard l'expérience européenne peut sembler novatrice. Malgré l'existence de deux cours, qui symbolisent la séparation du marché et des droits de l'homme, les juges s'efforcent, par un jeu de références croisées, de résoudre les principales contradictions, mais ils ne peuvent le faire que de façon ponctuelle, au cas par cas. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, franchit une étape en renonçant à la division bipartite pour une présentation en six chapitres: la dignité, puis les principales libertés, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et la justice. Une fois inscrite dans la constitution, la Charte devrait prendre force juridique et s'appliquer non seulement aux États, mais aussi aux acteurs économiques. À terme, elle permettrait peut-être de combiner les mécanismes de régulation propres au marché (ouverture des marchés et libre concurrence) avec le respect des droits fondamentaux. Déjà les justiciables commencent à l'invoquer et les juges à s'y référer comme source d'inspiration; cette façon d'anticiper sur la décision politique marquant une fois de plus la force du droit et le pouvoir des juges, voués à résoudre des contradictions qui ne sont pourtant que le reflet



d'hésitations politiques. Une fois de plus, mais en des termes renouvelés, peut-être, par une internationalisation qui, en affaiblissant les États, se traduit par une poussée de cette "force de la forme" que Pierre Bourdieu décrivait comme "la force du droit".

Au moment où je présente une chaire consacrée aux études juridiques, comment ne pas évoquer avec émotion celui qui fut l'une des grandes figures de la pensée contemporaine? Bourdieu n'était pas dupe du formalisme juridique. Il considérait que ceux qui opposent un droit rationnel au droit magique, comme le fit Max Weber, oublient que "le droit le plus rigoureusement rationalisé n'est jamais qu'un acte de magie sociale qui réussit". Magie et recherche font rarement bon ménage et quand la magie opère, toute tentative de travail scientifique semble vouée à l'échec. Dans sa logique implacable, une telle sociologie du champ judiciaire aboutirait à l'impossibilité du droit, ou plutôt d'une science du droit. Nous en avons parfois parlé et il en convenait, me réconfortant néanmoins quant à la légitimité de ma recherche, car nous savons, disait-il, que vous savez. Comme m'ont réconfortée aussi, mes chers collègues, les conversations savantes que j'ai eu le bonheur d'échanger avec vous lors des visites qui précèdent une élection dans cette institution. Votre bienveillante attention m'incite à une sorte de sagesse pratique qui n'annonce pas l'abolition du droit – ce ne serait assurément ni le temps ni le lieu –, mais s'efforce de trouver des méthodes pour éviter la sacralisation des textes et les certitudes péremptoires des clercs.

Ces méthodes, j'en vois deux, comme deux préceptes pour accompagner le cheminement de ces années de cours dans lesquelles je m'engage aujourd'hui.

La première, inscrite dans l'intitulé même de la chaire, consistera à examiner *les interactions* entre droit international et droits nationaux. Les études comparatives n'auront donc pas vocation seulement cognitive mais résolument critique. Fondé sur la diversité des systèmes, le droit comparé met en question un processus d'internationalisation trop sûr de lui: tantôt bureaucratique, s'attachant à l'unification dans les plus grands détails quand elle est facile et y renonçant quand elle serait utile, et tantôt hégémonique, imposant sans ménagement la loi du plus fort.

Il est vrai que la place du droit comparé est variable. Il intervient peu dans la conception traditionnelle d'une internationalisation *interétatique*. S'il est fait alors référence aux droits nationaux, c'est pour dégager, selon la formule un peu hautaine inscrite dans le statut de la Cour internationale de justice, des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Plus ouvert, le statut de la Cour pénale vise, mais à titre subsidiaire, les "principes généraux du droit dégagés par la cour à partir des

lois nationales représentant les divers systèmes juridiques du monde”. Mais il faudrait des moyens considérables pour connaître tous les systèmes juridiques et vérifier leur compatibilité avec le droit international. À défaut, la référence au droit comparé sert davantage à légitimer *in fine* la décision des juges qu’à guider l’interprétation dès le départ, comme on le voit parfois déjà avec les tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda. Au mieux, les juges se bornent à confronter systèmes de *common law* et romano-germaniques, comme une survivance du concept de “nations civilisées” qui réduirait les autres à une acculturation progressive. Quant à l’incorporation des pratiques nationales à la coutume internationale, elle aboutit, par un étrange effet en boucle, à faire des juges nationaux à la fois des émetteurs et des récepteurs de la norme internationale.

Et pourtant le droit comparé devient nécessaire dès lors que se développe un droit *supra*étatique que l’on souhaiterait défini autrement que par extension du système de l’État le plus puissant. De ce point de vue, l’intitulé de cette chaire n’est pas neutre. Mentionner les études comparatives, c’est exprimer une préférence pour une internationalisation pluraliste qui ne renonce pas à la diversité des systèmes. Mais elle impliquerait, pour être réussie, autre chose que leur juxtaposition. Il faut repérer les différences et trouver une grammaire commune qui permette soit une mise en compatibilité (harmonisation), soit une véritable fusion (hybridation). Même à l’échelle européenne, la difficulté apparaît à mesure que les essais se multiplient, du droit des contrats au droit pénal, en passant par le droit des sociétés ou celui des procédures.

À l’échelle mondiale, on peut tout au plus tenter d’évaluer les différences qui conditionnent les chances d’une internationalisation pluraliste. C’est dans une telle perspective que j’ai engagé depuis une dizaine d’années une recherche portant sur des traditions aussi anciennes et essentielles que les traditions islamiques et chinoises, au risque de m’égarer par méconnaissance de la langue et de l’histoire.

En ce qui concerne la tradition chinoise, je suis particulièrement reconnaissante à Pierre-Étienne Will de m’avoir associée à son séminaire sur les problèmes de la démocratie et du droit en Chine. C’est l’occasion de mieux connaître les spécificités du droit chinois, dans ses avancées et ses résistances. J’y découvre, par exemple, comment, avec le censure, s’ébaucha sous la dynastie *Ming* une sorte de contrôle de l’excès de pouvoir, affaibli sous les *Qing*, puis réactivé dans le projet de constitution de 1936 (adopté en 1947) qui s’inspirait d’une théorie des cinq pouvoirs, conçue par Sun Yat Sen comme une synthèse entre la pensée de Montesquieu et la tradition impériale. Tardivement mise en œuvre à

Taiwan, mais sans impact en Chine continentale, une telle théorie évite au moins de croire que l'Occident a tout inventé.

À terme, la méthode comparative a pour double fonction de contribuer à l'intégration qui est au cœur de l'internationalisation du droit et de lui résister. Contribuer à l'intégration dans la mesure où le droit comparé est nécessaire pour dépasser les divergences par un travail de synthèse permettant, dans certains cas et à certaines conditions, cette hybridation juridique dont l'Europe constitue une sorte de laboratoire, d'analyse et parfois d'essais. Ainsi le projet d'un procureur européen a-t-il été conçu en combinant des éléments pris, les uns à la tradition inquisitoire, les autres à la tradition accusatoire. Mais l'hybridation n'est pas possible en tous domaines et le même projet a renoncé à imposer des juges professionnels, au vu de l'attachement du droit anglais au jury comme symbole de la démocratie.

Car les études comparatives conduisent aussi à résister, soit de façon radicale par le rejet de toute intégration, soit de façon plus nuancée, excluant l'unification selon des règles uniformes mais ouvrant la voie d'une harmonisation autour de principes communs, appliqués avec une marge nationale d'appréciation. Celle-ci, sorte de droit à la différence pour les États, permettrait, en conciliant les contraintes d'un droit commun et les exigences de la diversité, de conjuguer l'un et le multiple. J'emploie le conditionnel car cette marge, imprécise et évolutive, risque de favoriser davantage l'arbitraire du juge que l'émergence d'un droit commun accepté comme tel.

Ce risque m'amène au second précepte, à la fois une posture et une méthode: faire de *l'indétermination* une composante du raisonnement juridique, c'est-à-dire admettre que le chemin n'est pas tracé d'avance et que l'internationalisation annonce peut-être une recombinaison pour laquelle une certaine part d'indétermination, dans l'espace et dans le temps, serait au stade actuel nécessaire.

Qu'on m'entende bien! Dire que l'indétermination est nécessaire n'implique de ma part ni son éloge inconditionnel ni un plaidoyer pour un droit sans rigueur. Bien au contraire, pour avoir quelque peu travaillé sur la logique de gradation dite logique floue, je soutiens que l'indétermination est un appel à plus de transparence dans la motivation et à plus de rigueur dans la méthode. Car il ne faut pas confondre indétermination et arbitraire.

L'indétermination vient d'abord du recours à la notion de marge nationale. Inventée par le juge européen pour tenir compte des diversités, notamment culturelles et religieuses, qui existent même dans une région pourtant assez homogène, cette notion est à plus forte raison nécessaire dans un espace mondial qui cumule toutes les disparités, à tel point que l'on

peut se demander comment appliquer sans imposture le principe d'égalité entre États. Encore faut-il que la méthode soit ouvertement admise comme telle: par définition une "marge" introduit en effet une indétermination, mais elle préserve la possibilité d'une mesure commune des écarts, donc celle d'une norme commune.

L'exemple du clonage humain peut aider à en comprendre l'utilité. Il serait à la fois possible et souhaitable de poser une règle mondiale d'interdiction du clonage reproductif; mais la proposition franco-allemande a échoué à l'ONU en raison de son silence sur le clonage dit thérapeutique, de fortes divergences rendant l'unification juridique à première vue impossible. Pour éviter l'échec, la proposition aurait sans doute pu inclure une norme commune interdisant par exemple, au nom du principe de dignité humaine, d'implanter *in vivo* les cellules clonées, tout en reconnaissant une marge à chaque État pour définir les pratiques admises.

Mais l'efficacité d'une telle proposition supposerait à la fois la mise en place d'un contrôle juridictionnel et l'aménagement des méthodes.

Pour éviter un usage arbitraire de la marge nationale et réduire l'indétermination, le juge devra construire un raisonnement, donc y mettre un peu de raison, en spécifiant et pondérant les critères au vu des intérêts en jeu. La même condition s'applique d'ailleurs aux marges intrinsèques, dues à l'imprécision de certaines notions ou de certains qualificatifs, du type "raisonnable" ou "acceptable". Venus de la *common law*, ces adjectifs postulent une confiance en la sagesse des juges et leur auto-discipline. Mais cette confiance, on l'accorde plus volontiers aux juges nationaux qu'à des juges internationaux, perçus comme des étrangers. Pour convaincre de leur légitimité, ils auront besoin d'un surcroît de rigueur. S'agissant de définir une marge, il est nécessaire d'établir une échelle de gradation, mais ce n'est pas suffisant car mesurer l'écart à la norme ne dit pas à partir de quel point le délai devient déraisonnable, le risque inacceptable, ou la marge nationale excessive. Encore faut-il fixer un seuil qui commande l'ampleur de la marge admise, mais crée par ses variations un nouveau risque d'arbitraire, dans le temps cette fois.

En effet l'indétermination dans le temps qui, bien comprise, conditionne l'usage du principe de précaution accompagne aussi une internationalisation dont le caractère "évolutif" est parfois ouvertement revendiqué. La rigueur impose alors d'indiquer les critères qui commandent les variations du seuil de décision: critères de droit international, comme la légitimité du but invoqué ou la nature du principe concerné, et critères comparatifs, tels l'existence ou l'absence d'un "dénominateur commun" entre les systèmes nationaux. Les juges s'y efforcent, mais ils ont peu de moyens pour mener une véritable comparaison et ils se réservent d'ailleurs

de passer outre, au cas où apparaissent des “conditions nouvelles”, selon l’expression de la Cour européenne des droits de l’homme.

Si les études comparatives peuvent ainsi contribuer à l’effort de rigueur, rien ne permet d’affirmer qu’elles feront totalement disparaître le flou et l’incertitude. Incorporer l’indétermination au raisonnement juridique n’est pas la supprimer, mais plus modestement tenter de limiter la part d’imprévisibilité – faudrait-il dire de hasard? – dans les processus d’internationalisation du droit.

Je n’ose aborder ici ce thème du hasard. Jacques Monod écrivait qu’il renvoie à des situations très différentes, allant de l’incertitude “opérationnelle” du coup de dés à l’incertitude “essentielle” qui tient à l’intersection de chaînes causales indépendantes, voire à l’absence de toute détermination causale: “ni ontologique ni oraculaire, le hasard reste un désespoir de cause” résumera Henri Atlan.

Qu’elle soit opérationnelle ou essentielle, relative ou absolue, l’incertitude conduit, comme y invitait Michel Foucault dans sa leçon inaugurale, à “remettre en question notre volonté de vérité”. Il faut, disait-il, “restituer au discours son caractère d’événement”, y compris dans ses discontinuités, et “accepter d’introduire l’aléa comme catégorie dans la production des événements”.

Je voudrais maintenant, pour en venir, après l’objet et la méthode, à mes hypothèses de travail, repérer quelques-unes des discontinuités du discours juridique. Non pour conjurer les hasards de leur apparition, mais du moins, le droit étant un discours prescriptif, pour chercher les bifurcations qui permettraient d’ouvrir un passage. J’en aperçois déjà trois.

Commençons par la moins apparente, peut-être, pour les non-juristes, mais la plus perturbatrice pour l’ordre juridique, *la discontinuité des normes*. Les marges nationales, le principe de subsidiarité, inscrit dans les traités européens (et renforcé dans le projet de constitution par un contrôle des parlements nationaux), ou encore le principe de complémentarité placé en tête du statut de la Cour pénale internationale ont pour conséquence commune d’interrompre la chaîne verticale du droit national au droit international. Mais l’interruption horizontale est plus radicale encore entre les ensembles internationaux de même niveau que l’on avait cru autonomes parce que spécialisés en des domaines différents, par exemple le droit du marché et celui des droits de l’homme. La difficulté est que si cette discontinuité exclut une subordination étroite entre différents ensembles normatifs, elle ne signifie pas pour autant leur autonomie absolue.

La bifurcation serait donc épistémologique car de tels phénomènes sont difficiles, voire impossibles à comprendre selon la conception traditionnelle d’un ordre juridique strictement déterminé par le principe de hiérarchie qui

fonde l'unité du système et lui donne la forme d'une pyramide où la norme inférieure est subordonnée à la norme supérieure et ainsi de suite jusqu'au sommet. Dans les rapports entre droit interne et droit international, cette représentation n'admet que deux possibilités: le monisme, qui suppose un ordre juridique global auquel tous les autres seraient subordonnés, ou le dualisme, si les ordres juridiques nationaux restent conçus comme des ensembles séparés et indépendants. Si le premier demeure utopique, à l'inverse le dualisme, qui implique une séparation radicale entre droit national et international, ne permet pas d'intégrer au raisonnement juridique tous les phénomènes qui accompagnent l'internationalisation du droit.

C'est qu'il n'y a pas seulement changement d'échelle, par extension du territoire national à la planète et par dilatation du temps historique aux générations futures: les interactions et les indéterminations qui caractérisent ce droit mondial en gestation annoncent peut-être l'émergence d'un nouveau modèle.

Dans leur ouvrage *De la pyramide aux réseaux?*, François Ost et Michel van de Kerchove ont développé l'hypothèse d'une oscillation entre "l'universalité potentielle des réseaux et l'ancrage bien localisé des pyramides", assumant délibérément le risque d'une dialectique sans synthèse. Ce risque existe en effet car une telle dialectique n'exclut ni le chaos déjà annoncé ni l'autorégulation par le seul marché qui peut conduire, comme le rappelait souvent Geneviève de Gaulle, présidente d'ATD Quart-Monde, au totalitarisme de l'argent.

Pour échapper à ces désordres, nous aurions besoin, me semble-t-il, d'une théorie à la fois dialectique et de synthèse, dont l'objectif serait, à partir de la pluralité des systèmes, de construire un "pluralisme ordonné". On peut le tenter en combinant, du binaire au flou, les différentes logiques qui commandent les processus déjà évoqués, comme autant de figures normatives possibles. L'hybridation, qui implique la fusion des droits nationaux en une norme unifiée, applicable selon une stricte hiérarchie, ne disqualifie pas la logique binaire traditionnelle, mais elle reste une voie exceptionnelle car elle suppose un législateur ayant le pouvoir de définir une règle précise et un juge compétent pour l'appliquer. L'harmonisation, qui se limite à poser des principes communs pour rendre compatibles les différences nationales, permet d'assouplir la hiérarchie par le jeu des marges nationales, mais elle confie au juge, récepteur de la norme, une part de sa détermination, exigeant de lui l'apprentissage de nouvelles logiques, à base de gradation et de seuils. Enfin la corégulation, qui tend à éviter les contradictions les plus flagrantes, exclut toute hiérarchie, chaque juge devenant tour à tour émetteur et récepteur selon un jeu informel

d'informations et de références croisées, mais elle appellerait transparence et réciprocité.

De l'informel au formalisme juridique, il ne s'agit pas de supprimer les tensions mais d'ordonner entre elles ces différentes figures en une synthèse évolutive et dynamique, dynamisée précisément par ces tensions. Pour y parvenir, il est essentiel de repérer les conditions propres à chaque figure, en tenant compte de la répartition des rôles entre législateur et juge, car elle commande l'organisation des pouvoirs.

Or une deuxième discontinuité affecte précisément *l'organisation des pouvoirs*. Même en Europe, l'équilibre classique entre les trois pouvoirs ne semble pas directement transposable: face à un parlement européen faible et à un exécutif divisé entre la Commission et les États, le pouvoir judiciaire des deux cours européennes s'affirme dans une dynamique où le droit finirait par se dresser contre la démocratie. Ce risque de déséquilibre s'étend à l'échelle mondiale, à mesure que s'élaborent des normes de type *transnational*, conçues et appliquées par les acteurs eux-mêmes, ou encore *supranational*, définies par les États mais progressivement contrôlées par des organes juridictionnels, ou quasi juridictionnels. Ainsi l'organe de l'OMC peut-il imposer aux États des injonctions sous astreinte et les juridictions pénales internationales condamner des dignitaires de haut rang, voire un chef d'État en exercice.

Mais l'innovation majeure, dont René Cassin fut l'un des inventeurs et Robert Badinter le réalisateur en France, est encore limitée aux Cours régionales, notamment européenne, des droits de l'homme: c'est le mécanisme du recours individuel, exercé par des personnes privées qui deviennent sujets actifs de droit international et peuvent faire condamner un État. C'est ainsi que la France fut condamnée pour la première fois par la Cour européenne des droits de l'homme en 1986, sur la requête d'un étranger, jugé pour meurtre dans son pays, qui avait été victime d'une détention irrégulière. Régional, un tel recours peut néanmoins avoir déjà des conséquences mondiales: à plusieurs reprises, dans des affaires pénales où une extradition était requise pour un crime capital, la Cour de Strasbourg, jugeant la peine de mort contraire au dispositif européen de protection des droits de l'homme, a conduit les États requis à opposer un refus à des demandes venues notamment des États-Unis, ou plus récemment de Chine.

C'est donc tout l'équilibre des pouvoirs qui se trouve remis en cause. Pour construire un nouvel équilibre, le modèle fédéral, ou confédéral, semble difficilement transposable entre des États fortement structurés. On le voit même en Europe où tous partagent pourtant le même idéal démocratique; *a fortiori* dans le contexte mondial d'États très diversement

avancés dans cette voie. Quant au modèle impérial, il suppose toujours une subordination entre un centre dominant et une périphérie dominée et ne garantit pas contre “l’effroyable despotisme” redouté par Kant, qui considérait la pluralité des États-nations comme l’horizon indépassable du cosmopolitisme.

Dès lors que ni le droit international, ni le droit constitutionnel comparé, ni l’histoire ne fournissent de précédent, c’est bien d’une nouvelle bifurcation, politique cette fois, qu’il s’agit. Et l’exemple de la construction européenne devrait déjà permettre d’ouvrir quelques pistes, ou d’abandonner quelques voies sans issue. La réforme des institutions oblige en effet à inventer un nouveau type d’articulation entre niveau national et supranational, tant dans l’exercice du pouvoir exécutif que législatif. Et la Convention pour l’avenir de l’Europe propose des règles pour mieux délimiter les compétences, exclusives ou partagées.

Mais la démocratie ne se limite pas aux institutions, et les membres de la Convention ont eu raison d’engager un dialogue avec les représentants de la société civile. Ils devraient peut-être relire la leçon de Lucien Febvre “Brûler ou manquer l’étape” qui rappelle l’échec des institutions démocratiques “flambant neuves” de l’Europe des années vingt: “des chefs d’œuvre de juristes, des triomphes de professeurs de droit constitutionnel, ce qui se faisait de mieux dans le genre”; mais des chefs-d’œuvre aussitôt “cassés par les grosses mains” à qui ils avaient été confiés.

Bâtir de nouvelles institutions n’a de sens que si le sentiment d’appartenance à une même communauté se développe simultanément. À cet égard, les liens culturels, scientifiques et économiques importent sans doute autant, sinon plus, que les liens juridiques. Être intempestif c’est aussi se souvenir que dans une Europe qui avait été déchirée par les guerres de Religion, la pensée humaniste, dans les années qui suivirent la création du Collège royal, fit revivre l’idéal d’une société apaisée. Marc Fumaroli a su rappeler comment, dans toute l’Europe, le mythe antique d’Astrée va alors symboliser l’espoir du retour à la justice et à la paix; comme “pour mieux signifier son congé à la guerre”.

Du citoyen européen au citoyen du monde, les mouvements de la société civile, de plus en plus présents sur la scène internationale, marquent peut-être un autre moment de l’humanisme. Les références à la mythologie ont disparu et le rêve du retour à la nature a pris d’autres formes, mais la volonté reste aussi forte de conjurer “l’esprit de colère, de discorde et de sang”. Malgré leurs maladrotes et leurs excès, ces mouvements ont évolué. Nommés d’abord *anti*, puis *alter* mondialisation, ils ont pris ces derniers temps la forme de manifestations pour la paix, marquant sur



l'ensemble des continents la prise de conscience d'une communauté de destin.

On peut y voir l'espoir naissant d'une évolution vers une démocratie mondiale qui reste à inventer et relierait l'ensemble des acteurs, publics, sociaux et économiques, en un nouveau "triangle civique". Mais elle ne dispensera pas d'avancées démocratiques nécessaires aussi au plan national.

C'est donc dans une triple perspective, nationale, européenne et mondiale, que je tenterai d'aborder dans ce cours l'hypothèse d'une "refondation des pouvoirs", à défaut de laquelle l'internationalisation du droit deviendrait synonyme d'impuissance, menaçant l'équilibre politique et renforçant la "déception démocratique" évoquée par Pierre Rosanvallon ici même.

Les interdépendances de fait qui caractérisent la globalisation actuelle appellent à renforcer la lisibilité des méthodes dites de "gouvernance" en réactivant le concept de communauté. Ni le romantisme de la communauté de droit qui avait inspiré l'école historique allemande au XIX<sup>e</sup> siècle ni le mythe de la "communauté internationale", dont René-Jean Dupuy a montré qu'il était le plus souvent capté au profit de groupes d'États, mais une "communauté d'États", faite de souverainetés et de responsabilités partagées, articulant les pouvoirs entre les divers niveaux de représentation, garantissant la qualité de ses juges et intégrant les formes nouvelles de participation des citoyens.

Mais une telle communauté ne peut exister que si la reconnaissance de valeurs communes contribue à déterminer (surdéterminer) le sens des normes applicables. Autrement dit, elle postule un universalisme des valeurs que le relativisme obstiné des faits contredit chaque jour.

J'en viens à la troisième discontinuité, *celle des valeurs*. À vrai dire, il y a fort longtemps que le relativisme est inscrit au cœur des systèmes de droit, puis consacré par le principe d'égalité souveraineté des États, et que l'universalisme abstrait de la raison fonde un droit naturel, puis un droit des gens, dans leurs diverses acceptions de la philosophie grecque aux Lumières. Entre relativisme normatif et universalisme philosophique, on se satisfaisait d'une discontinuité qui préservait l'autonomie juridique et la souveraineté politique.

Aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale, la Charte de l'ONU pose cependant des règles à vocation universelle pour tenter de canaliser le recours à la force. Mais, comme l'a montré Antonio Cassese, dans le prolongement du programme de l'Unesco, ces règles se limitent pour l'essentiel (avec un succès variable) à la "paix négative", l'absence de guerre. N'ayant pour objet ni de réduire les déséquilibres économiques et

financiers ni d'apaiser les conflits ethniques et religieux, la Charte ne donne pas à l'ONU les moyens de bâtir la "paix positive". Or cette séparation devient intenable, moins pour des raisons idéologiques que par la force des choses. À mesure que se mondialisent les échanges, économiques, financiers, culturels ou scientifiques, les crimes se mondialisent aussi, du terrorisme à la corruption ou aux grands trafics; de même que les risques, écologiques mais aussi biotechnologiques. Il devient évident que les réponses ne peuvent plus se limiter au seul droit national.

Autrement dit nous savons, à présent que nous risquons de la perdre, que la paix ne se divise pas: positive ou négative, elle devrait relever d'une communauté d'États. L'interdépendance est devenue une réalité et appelle un projet commun.

Loin de disqualifier l'ONU, la crise actuelle pourrait à terme lui donner pour ambition de bâtir cet ordre international qu'en son article 28 la Déclaration universelle reconnaît à toute personne comme un droit fondamental. Dans l'immédiat, le risque est cependant d'exacerber la tentation hégémonique du pays le plus puissant et les réactions nationalistes des autres.

Le plus probable est donc de voir se renforcer une discontinuité à fronts renversés déjà observable: à mesure que l'universalisme devient normatif, on voit en effet se développer un nouveau relativisme, abstrait et théorique, qui oppose à l'internationalisation du droit des arguments quasi théologiques.

C'est ce renversement que je voudrais étudier dès cette année en confrontant d'une part les limites du relativisme, face à la globalisation des flux, des risques et des crimes, et d'autre part les faiblesses de l'universalisme qui sous-tend notamment la notion de droits "de l'homme" ou de crime "contre l'humanité".

Il y a deux ans, lors de la conférence de clôture de la chaire Blaise Pascal sur la justice pénale internationale, Anne Fagot-Largeault avait accepté d'éclairer notre travail de juristes en posant la question "Sur quoi fonder un universalisme juridique?" Elle avait annoncé d'emblée que chercher à prendre dans chaque morale, ou dans chaque système de droit, ce qu'il a de bon, lui paraissait "épouvantable", une véritable "hérésie philosophique", dont elle nous démontra les incohérences. J'ose espérer qu'elle aura pardonné l'hérésie d'un syncrétisme dont elle admit malgré tout qu'on pouvait le tenter en commençant précisément par le droit pénal car "on identifie plus nettement, fit-elle observer, ce qui choque la conscience morale que ce qui lui plaît". Il est vrai que j'avais un allié dans la place car Jean-Pierre Changeux avait alors évoqué un universalisme éthique conçu comme "un pas de plus vers l'expression d'une *humanitas*

propre à l'*homo sapiens*, que pouvaient masquer les différences de conventions, sociales, nationales ou religieuses”. Ajoutant que l’existence d’une variabilité liée au pluralisme culturel pourrait “contribuer en quelque sorte au générateur de diversité qui servira à imaginer la norme acceptable”.

C’est encore à un effort d’imagination que nous incite cette dernière bifurcation, philosophique cette fois, dont l’ambition peut sembler excessive, mais que justifie l’enjeu. Car à défaut d’accord sur une “symbolique commune” permettant de fonder, sinon un système de valeurs unique, du moins quelques interdits communs juridiquement protégés, à défaut d’un tel accord, la suite est inéluctable: après le désordre et l’impuissance, c’est la guerre.

En ces temps de discorde, l’appel aux forces imaginantes du droit est sans doute plus que jamais nécessaire et je me répète l’injonction de Bachelard: “trouver dans l’être à la fois le primitif et l’éternel”. Y répondre demanderait un travail non seulement juridique mais, au croisement des processus d’homínisation et d’humanisation, un travail interdisciplinaire auquel les conversations avec vous, mes chers collègues, m’ont fait rêver. J’aimerais y revenir, si le temps m’en est donné, au cours de ces quelques années d’un enseignement que je voudrais placer d’emblée, en ce nouvel âge de fer, sous le signe du retour d’Astrée.

## Trente ans de Congrès sur la Défense Sociale (de Paris 1971 à Lisbonne 2002)

par

LUIGI FOFFANI

Professeur associé de Droit pénal, Université de Modena et Reggio Emilia, Italie  
(avec la collaboration de DONATO CASTRONUOVO et EMANUELA FRONZA,  
Université de Modena et Reggio Emilia)  
Secrétaire général adjoint SIDS

### Introduction

L'histoire de la Société internationale de défense sociale est scandée par une séquence de congrès internationaux qui en ont accompagné la genèse et progressivement défini l'identité et les programmes scientifiques et politico-criminels. Les sept premiers congrès – qui ont eu lieu tout au long de la période allant de l'immédiat après-guerre jusqu'à la fin des années 60 – ont été analysés en 1973 par le Professeur Mario Pisani dans cette même Revue;<sup>1</sup> il suffira donc d'en rappeler ici sommairement les dates et les sujets.

Le *Ier Congrès (San Remo, 1947)* fut organisé par le *Centro internazionale di studi di difesa sociale*, centre précurseur de la Société fondée en 1945 par Filippo Gramatica, et eut comme sujet le véritable manifeste du mouvement de Défense sociale (“Pour la transformation des actuels systèmes pénaux et pénitentiaires en systèmes d'éducation et de traitement en rapport avec la personnalité individuelle des délinquants”).<sup>2</sup>

Le *Ile Congrès* eut lieu à *Liège* en 1949 : Il aborda le thème de “La personnalité humaine du point de vue des droits de la société dans ses

---

<sup>1</sup> PISANI M., “Les sept premiers Congrès de défense sociale”, dans *Cahiers de défense sociale*, 1973, p. 25 et suiv.

<sup>2</sup> Cf. *Riv. dif. soc.*, 1947, p. 3 et suiv.

rapports avec les droits de l'homme" et agit comme "couveuse" pour la Société après sa naissance, qui fut documentée dans les actes du congrès.<sup>3</sup>

Le *IIIe Congrès* – le premier à être organisé par la Société qui venait de naître – eut lieu à *Anvers* en 1954 et fut consacré au sujet "L'individualisation de la sentence et de l'exécution (observation et resocialisation)".<sup>4</sup>

Le *IVe Congrès* se déroula à *Milan en 1956* et aborda le sujet "La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne humaine".<sup>5</sup>

Le *Ve Congrès* fut organisé à *Stockholm* deux ans plus tard (1958) et concerna "L'intervention administrative ou judiciaire en matière d'enfance et d'adolescence socialement inadaptées".<sup>6</sup>

Le *VIe Congrès (Belgrade, 1961)* fut centré autour de la question suivante: "Dans quelle mesure se justifient des différences dans le statut légal et le traitement des mineurs, des jeunes adultes et des délinquants?".<sup>7</sup>

Le *VIIe Congrès (Lecce, 1966)*, enfin, se consacra au thème plus spécifique "Les interdictions professionnelles et les interdictions d'exercer certaines activités".<sup>8</sup>

### **VIIIe Congrès – Paris, 18-22 septembre 1971**

#### ***Les techniques de l'individualisation judiciaire***

Organisé par la Société internationale de défense sociale, avec la participation du Centre français de droit comparé et du *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale* de Milan, le VIIIe Congrès international de défense sociale eut lieu à Paris du 18 au 22 septembre 1971, sur le thème: "*Les techniques de l'individualisation judiciaire*".<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. *Riv. dif. soc.*, 1950, Bulletin, p. 3 et suiv.

<sup>4</sup> Cf. *Actes du III Congrès international de défense sociale*, 1955.

<sup>5</sup> Cf. *Actes du Congrès international sur la prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité corporelle* (Milan, 2-6 avril 1956), vol. I, 1957.

<sup>6</sup> Cf. *Actes du V Congrès international de défense sociale (Stockholm, 25-30 août 1958)*, 1963.

<sup>7</sup> Cf. *Actes du VI Congrès international de défense sociale (Belgrade-Opatija 22-28 mai 1961)*, 1962.

<sup>8</sup> Cf. *Les interdictions professionnelles et les interdictions d'exercer certaines activités*, Paris, Cujas, 1969.

<sup>9</sup> Cf. *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, Actes du VIIIe Congrès international de défense sociale (Paris, 18-22 novembre 1971), Milan, 1976.

Le sujet choisi concernait les instruments techniques pour la réalisation d'une véritable individualisation judiciaire au cours du procès pénal, en entendant celui-ci dans le sens large qui lui est attribué par la Défense sociale: à partir de la commission de la conduite antisociale jusqu'à l'expiration des mesures d'exécution.<sup>10</sup>

En respectant l'approche traditionnelle multidisciplinaire aux problèmes de la criminalité et du traitement des délinquants, ce VIII<sup>e</sup> Congrès s'est aussi déroulé en quatre sessions: en particulier, la session criminologique (avec le rapport général de V.N. Koudriavtsev), la session médico-biologique (avec le rapport général de D. Szabo et C. Morand), la session juridique (dont les rapport généraux ont été confiés à P. Nuvolone et G.D. Pisapia) et la session pénitentiaire (avec le rapport général de T. Eriksson). La tâche de rédiger le rapport de synthèse fut confiée à G. Levasseur: en réalité, il déclare, "pour appliquer au délinquant une véritable politique de 'Défense sociale', il est nécessaire d'établir non seulement les conditions dans lesquelles le délit a été commis, mais surtout la personnalité du délinquant et la possibilité de sa réinsertion dans la vie sociale, en tenant compte de ses ressources morales et psychiques".<sup>11</sup>

Le but déclaré du Congrès était donc l'évaluation des techniques procédurales qui consentent l'application au délinquant du traitement de "récupération sociale" le plus adéquat, en ayant recours aux sciences médicales, sociales et criminologiques, outre aux sciences strictement juridiques, en prenant soin à ce que les examens et les mesures proposées ne violent pas le principe de légalité et ne relèvent pas d'une offense à la dignité de la personne humaine. C'est peut-être pour cette raison aussi que la section juridique du Congrès s'est révélée, comme on pouvait le prévoir, la plus importante.

Toutefois, le VIII<sup>e</sup> Congrès a fait surgir, de manière inédite, des sentiments d'hésitation, de désenchantement, voire même de défaite – sentiments en partie dus à la constatation d'une augmentation de la criminalité tout en ayant adopté, dans certains systèmes, des instituts juridiques et des réformes sociales inspirées à la doctrine de la Défense sociale, et en partie dus à une plus faible confiance en le "mite du personnalisme".<sup>12</sup> La mobilité rapide du climat social et politique de ces

---

<sup>10</sup> ANCEL M., "Séance d'ouverture", dans *Les techniques de l'individualisation judiciaire, op cit.*, p. 89.

<sup>11</sup> "Thème du Congrès" et "Commentaire", dans *Les techniques de l'individualisation judiciaire, op.cit.*, p. 68.

<sup>12</sup> LEVASSEUR G., "Rapport de synthèse", dans *Les techniques de l'individualisation judiciaire, op.cit.*, p. 253.

années-là (le Congrès eut lieu à Paris précisément trois ans après mai 1968) amènera donc à s'interroger sur certains principes de base de la Défense sociale, et notamment: la *légitimité* de l'individualisation judiciaire en vue de la réadaptation sociale (la question fondamentale est la suivante: réadaptation sociale dans quelle société et par rapport à quel modèle de société?); la *possibilité* d'une individualisation réalisée grâce à la connaissance de la personnalité du délinquant (question posée du point de vue scientifique, matériel et social); et, enfin, l'*admissibilité* des techniques d'examens de la personnalité et de l'individualisation judiciaire (du point de vue de la compatibilité avec le principe de légalité, de la présomption d'innocence, des droits de l'homme, mais aussi des différents cas d'examen de la personnalité: par exemple des récidivistes, des délinquants malades ou alcooliques ou toxicomanes, des mineurs, des crimes par rapport aux délits et contraventions, etc.).<sup>13</sup>

Même en absence d'une résolution finale, contrairement aux autres Congrès, l'esprit critique qui a animé fortement celui-ci est bien représenté par les mots de M. Ancel: "la Défense sociale consiste d'abord en une réflexion critique sur ce qui existe et en une prise de position réfléchie et résolue sur ce qui doit exister"; ce qui fait de la Défense sociale "une œuvre continue qui doit toujours être reprise, une œuvre qui demande sans cesse à être repensée, à être relancée pour atteindre des buts nouveaux, une œuvre obstinément poursuivie, une œuvre difficile, mais aussi, ce Congrès même nous l'a finalement démontré, une œuvre chargée d'espoir et de confiance".<sup>14</sup>

### **IXe Congrès – Caracas, 3-7 août 1976** *Marginalité sociale et justice*

Le IXe Congrès international de défense sociale, qui a eu lieu à Caracas du 3 au 7 août 1976, avait pour thème "*Marginalité sociale et justice*".<sup>15</sup> Cette rencontre, en raison du nombre des participants (rappelons que les scientifiques de cinquante-deux pays y ont participé) et de la qualité et de la variété des interventions, a représenté un moment significatif pour l'histoire et l'évolution de la pensée de la Société.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 254 et suiv.

<sup>14</sup> ANCEL M. "Séance de clôture", dans *Les techniques de l'individualisation judiciaire, op.cit.*, p. 279.

<sup>15</sup> Cfr. *Marginalité sociale et justice*, Actes du IXe Congrès international de défense sociale (Caracas, 3-7 août 1976), Milan, 1980.

Le thème choisi a une importance remarquable en considération des dimensions et des caractéristiques de ce phénomène contemporain; d'autant plus si l'on considère la situation des pays de l'Amérique Centrale et de l'Amérique du Sud, ce qui explique le choix de célébrer ce Congrès en Amérique du Sud, contrairement aux autres rencontres qui ont toujours eu lieu dans un pays du continent européen.

Les travaux ont été subdivisés en trois sections thématiques principales: celle dédiée aux aspects de sociologie et de sociologie juridique (parmi les rapports présentés rappelons ceux de R. Koenig, de A. Lasser, et de C. Versele); celle relative aux aspects biocriminologiques (avec les interventions de P. Lejins et B. Beiderman); celle sur les aspects juridiques (avec les rapports de A. Baratta et H. C. Fragoso) et, enfin, la session finale dédiée à l'individuation de solutions au problème de la marginalisation où les rapports généraux de A. Podgórecki et de S. Garcia Ramirez ont été présentés.

Le thème "Marginalité et justice" semble se poser dans une ligne de continuité avec l'idée que la Défense sociale doit se réaliser non seulement par un mouvement qui s'étend du déviant vers la société, mais aussi par un mouvement qui implique une ouverture de la société vis-à-vis du déviant. Pour cette raison il convient d'étudier le processus de marginalisation et les racines sociales de la déviance, afin d'élaborer un programme qui puisse se baser, d'un côté, sur la tolérance de ce phénomène (c'est-à-dire sur l'adaptation de la société au déviant) et, de l'autre, sur la politique de récupération sociale du déviant (c'est-à-dire sur l'adaptation de celui-ci à la société).

Parmi les positions dignes de note pendant le Congrès rappelons ici celle selon laquelle la Défense sociale ne doit pas être assimilée à une imposition autoritaire et paternaliste: comme l'a affirmé M. Ancel, il ne s'agit pas "de protéger l'ordre établi ni de remodeler la personne de façon autoritaire [...], mais de construire une société adaptée à l'homme, tout autant qu'une adaptation de l'homme à la société".

L'analyse des causes de marginalité et du rapport entre celle-ci et la déviance impose de reméditer les modèles de société, et de concevoir une politique nouvelle de Défense sociale, avec le résultat – si nécessaire – de reformer les systèmes juridiques où la resocialisation doit avoir lieu. Le respect de la personne, la protection de la personnalité du sujet et la reconnaissance de son "droit à être différent", tout en restant le même par rapport aux autres, fut l'idée qui inspira ce Congrès, dans le cadre d'un programme qui tend à resocialiser les marginaux dans la communauté en respectant, toutefois, leur identité. Cette valeur de liberté (liée au problème de la tolérance) pouvait en apparence paraître en contradiction avec l'autre



valeur d'intégration, affirmée à plusieurs reprises pendant le Congrès (et à laquelle se rattache la fonction égalitaire que le droit doit exercer).

Remarquons les tendances essentielles, synthétisées par F. Gramatica et M. Ancel concernant l'élaboration d'une politique de la Défense sociale, qui devra par la suite – ainsi que le débat l'a démontré – être étendue et enrichie, par rapport au phénomène de la marginalité. D'abord, on a souligné la nécessité d'avoir recours aux sciences humaines et à la criminologie, tout en maintenant les garanties de l'individu; en deuxième instance, la nécessité de prendre en considération la personnalité du délinquant (avec un intérêt constant à sa réhabilitation); on a enfin souligné l'importance d'une politique criminelle visant à protéger la société vis-à-vis des criminels, mais en même temps à la protéger du risque de générer des criminels ou des récidivistes, à travers une resocialisation fondée sur une pédagogie de la responsabilité et de la liberté.<sup>16</sup>

## **Xe Congrès – Thessalonique, 28 septembre-2 octobre 1981**

### ***La ville et la criminalité***

Le sujet choisi par le Xe Congrès concernait "*La ville et la criminalité*"<sup>17</sup> et, conformément à la tradition de la Société internationale de défense sociale, il a été abordé selon une perspective pluridisciplinaire.

Les travaux se sont articulés en trois sections, étroitement liées entre elles: criminologique, sociologique et juridique. Ils ont été conclus par le Rapport général de Giandomenico Pisapia. Le point de départ était la conviction que, bien que la criminalité soit surtout un problème juridique, elle représente, en même temps, un problème social. Sur un plan objectif, les facteurs criminogènes proviennent essentiellement de l'environnement social; en particulier, au cours du Congrès, on a pu remarquer que les taux de criminalité dans les grandes villes sont beaucoup plus élevés par rapport à ceux des régions rurales.

La section criminologique a examiné plusieurs problématiques, parmi lesquelles on peut rappeler celle relative aux différentes typologies de délinquants dans les différents milieux sociaux, aux processus criminogènes, au contrôle social et aux institutions préposées audit contrôle.

---

<sup>16</sup> Cf. le "Compte-rendu" de JUAN MARTIN ECHEVERRIA, dans *Cahiers de défense sociale*, 1977, pp. 24-25.

<sup>17</sup> Cf. *La ville et la criminalité*, Actes du Xe Congrès international de défense sociale (Thessalonique, 28 septembre-2 octobre 1981), Milan, 1983.

La section sociologique a concentré son attention sur les dimensions, la densité, l'hétérogénéité, en tant que facteurs-clé, qui permettent d'analyser l'action sociale et l'organisation de la société; sur le système socio-écologique; sur l'urbanisation et la marginalité; sur l'industrialisation et la délinquance des jeunes.

Les rapports de la section juridique ont examiné l'urbanisation et son influence sur la législation pénale, sur le droit et la procédure pénale, en soulignant les mesures législatives qui peuvent contribuer à l'amélioration du contrôle social urbain.

Le rôle criminogène de la ville (surtout des métropoles) a été affirmé de façon unanime, en identifiant comme causes principales les facteurs de marginalisation. Ce même environnement qui, dans certains cas, peut être un élément positif, au moins pour un nombre restreint de citoyens, pour les immigrés, les chômeurs et les marginaux peut représenter une incitation à la déviance. Comme ultérieur élément qui favorise la déviance on a indiqué l'anonymat, qui est typique de la vie en ville.

Les travaux ont permis d'examiner les questions fondamentales concernant les deux termes qui ont donné leur titre au Xe Congrès: "La ville et la criminalité". Quant aux villes, les Rapporteurs généraux ont repris les différentes définitions, comme par exemple, celles de Max Weber et de Paul Robert. Quant à la criminalité, on s'est concentré sur des formes particulières de déviance (comme la prostitution) et sur des crimes très graves (comme ceux contre la personne) ou, enfin, sur les crimes contre l'environnement. Toutefois, comme le Rapport de Pisapia l'a souligné, seulement après une analyse qui tienne compte des différentes formes de criminalité et du fait que les réponses et les moyens de contrôle doivent être différenciés, il est possible de fournir des indications sociologiques, criminologiques, de politique criminelle et des mesures adéquates sur le plan législatif.

**XIème Congrès – Buenos Aires, 27 octobre-1er novembre 1986**  
***L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de Défense sociale***

Le XIème Congrès international de défense sociale a eu lieu à Buenos Aires du 27 octobre au 1er novembre 1986 et a traité le sujet "*L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la*

*criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale*".<sup>18</sup> La question fondamentale objet du Congrès était la détermination du rôle que pouvait jouer le mouvement de Défense sociale par rapport aux transformations profondes de la société mondiale, aux phénomènes de l'internationalisation de l'économie, aux mutations sociales au niveau régional et aux nouvelles formes internationales et transnationales de la criminalité.

Dans ce contexte, conformément aux caractères qui en forment la base, la Défense sociale peut jouer un rôle très important, grâce au dynamisme qui caractérise ses analyses et ses programmes. Ainsi que Marc Ancel l'avait évoqué, la Défense sociale "s'efforce sans cesse de jeter un regard nouveau sur les choses nouvelles (...), mouvement inséparable de l'évolution du monde, c'est-à-dire des choses, des personnes, de leurs besoins et de leurs désirs".

En abordant ces problématiques, toutefois, on a toujours tenu en grande considération les caractéristiques régionales spécifiques, mises en évidence par ailleurs, par les nombreux Rapporteurs généraux (au Congrès ont été présentés des Rapports concernant l'Europe orientale et occidentale, l'Asie, l'Amérique du Nord et du Sud). Les travaux ont montré de façon évidente l'hétérogénéité des différents systèmes juridiques: une donnée qui pourra rendre encore plus difficile l'élaboration de formes de coopération pour la répression des crimes et l'imposition de standards et de règles homogènes pour le respect des droits fondamentaux.

Après l'examen des situations régionales spécifiques, certaines interventions se sont attardées sur des questions particulières, suivant une perspective criminologique (Beiderman), socio-économique (Mc Clintock) et de la pratique juridique – faisant référence aux profils législatifs, judiciaires et pénologiques (Beria di Argentine, Resta, Campiglio). Le Congrès s'est conclu par une intervention de synthèse de Mme Rozès, qui a décrit les différentes positions ressorties au cours des travaux, et par l'intervention de clôture de Beria di Argentine. Mme Rozès a détecté certains aspects fondamentaux qui ont apparus pendant les travaux. En particulier: *a*) la nouvelle criminologie ne doit pas amener à une tendance excessivement répressive, car le respect des droits de la personne est un impératif absolu dans tout Etat démocratique; *b*) la Défense sociale pourra contribuer à conduire les Etats vers l'adoption de solutions qui respectent

---

<sup>18</sup> Cf. *L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de Défense sociale – Dimensions criminologiques, aspects socio-économiques, pratiques juridiques*, Actes du XI Congrès international de défense sociale (Buenos Aires, 27 octobre-1 novembre 1986), Buenos Aires, 1988.

ces principes, en encourageant – sur le plan des sanctions – les mesures alternatives à la détention; c) quant à la coopération internationale, la Défense sociale pourra contribuer à détecter des formes flexibles (qui au niveau international sont souvent difficilement réalisables). Beria di Argentine a souligné l'importance du thème du Congrès, son placement dans une ligne évolutive, sans toutefois trahir la continuité de la ligne de la Défense sociale. A partir du IXe Congrès, en effet, tout en se conformant à son Programme minimum, la Société internationale de défense sociale a choisi d'analyser les facteurs qui – en interagissant – provoquent le conflit entre individus, groupes et société. Ce Congrès n'a pas abouti à des conclusions définitives, mais le débat et les différents Rapports nationaux ont, sans aucun doute, contribué à clarifier de nombreux aspects de la société moderne relativement à la criminalité et aux éventuelles réponses du mouvement de Défense sociale.

### **XIIe Congrès – Paris, 8-12 octobre 1991**

#### ***Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux***

Le XIIe Congrès de la Société internationale de défense sociale – le premier à avoir été célébré après le décès de Marc Ancel, à la mémoire duquel le volume des actes est dédié<sup>19</sup> – a abordé un thème très complexe: la protection de l'environnement et des droits fondamentaux. En ligne avec les rencontres précédentes, le thème choisi se caractérise par son actualité, conformément à la tradition de la *Défense sociale nouvelle* (comme le démontrent d'autres Congrès, comme celui sur la marginalité, sur la délinquance urbaine ou encore sur l'internationalisation de nos sociétés).

Les travaux du Congrès se fondent sur l'intuition de Marc Ancel, qui soutient qu'il y a un lien étroit entre Défense sociale et droits humains.<sup>20</sup> Les activités du Congrès ont été subdivisées en quatre parties: la première de caractère plus général, la deuxième concernant l'élaboration de normes pour protéger l'environnement; la troisième traitant des stratégies – sur une échelle nationale et internationale – de *mise en oeuvre* de celles-ci et, enfin, la quatrième abordant la question d'une nouvelle politique criminelle en

---

<sup>19</sup> *Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux*, Actes du XIIe Congrès international de défense sociale (Paris, 8-12 octobre 1991), Milano, 1993.

<sup>20</sup> Intuition exposée dans l'article de M. ANCEL, "Les droits de l'homme et la défense sociale", en *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1989, p. 813.

ligne avec le *Mouvement de Défense Sociale*. Dans chaque section il y a eu la présentation des Rapports généraux, suivis d'une série d'interventions au contenu parfois contradictoire. Chaque argument a été traité au niveau national, régional et international, en prêtant une attention spéciale aux aspects relatifs aux droits humains.

Dans le cadre de la section consacrée à l'élaboration de mesures pour la protection de l'environnement, on a souligné que le droit pénal ne représente pas le seul instrument pour la protection de l'environnement (cf. aussi le rapport de B. Beiderman, dans la troisième section); ce qui explique l'importance, dans ce domaine, du droit administratif, autant que des modèles multiples – qui existent dans de nombreux pays – pour articuler une liaison entre ces deux disciplines. Au delà de ces différences, on a observé une tendance générale à reconnaître une responsabilité pénale dans ce domaine, ainsi qu'une responsabilité, outre que de la personne physique, de la personne juridique.

Dans la troisième section, consacrée à la politique criminelle en matière d'environnement, on a souligné l'importance, sur un plan symbolique aussi, des décisions constitutionnelles (et/ou aussi dans les documents internationaux) qui reconnaissent le "bien environnement" comme sujet d'un droit fondamental; celles-ci pourraient représenter la base pour l'élaboration d'un système de protection diversifié, articulé sur plusieurs niveaux : national, transnational, régional et planétaire. Entre le droit pénal et le droit administratif une liaison d'intégration réciproque pourra s'établir; le droit pénal pourra même devenir un instrument pour garantir l'efficacité des dispositions administratives. Au cours du débat on a relevé comme élément fondamental la possibilité de garantir aux citoyens l'accès aux institutions judiciaires. En définitive, en reprenant les considérations conclusives de cette session formulées par Mireille Delmas Marty, ce thème se caractérise par la complexité des phénomènes examinés et par la diversité des réponses possibles.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Cf. M. DELMAS MARTY, "Considérations finales", dans *Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux*, cit., p. 59.

### **XIIIe Congrès – Lecce, 28-30 novembre 1996**

#### ***Défense sociale, corruption, protection de l'administration publique et indépendance de la Justice***

Avec le XIIIe Congrès international de défense sociale on retourne en Italie, à Lecce, où, entre le 28 et le 30 novembre 1996 se déroule une rencontre ayant pour thème “*Défense sociale, corruption, protection de l'administration publique et indépendance de la Justice*”. Les actes du Congrès, qui a eu lieu dans la région du Salento, ont été plus tard publiés en langue anglaise sous la direction de Paolo Bernasconi, dans un volume intitulé: *Responding to Corruption. Social Defence, Corruption, and the Protection of Public Administration and the Independence of Justice* (La città del sole, Napoli, 2000).

Après les enquêtes judiciaires menées dans plusieurs pays au début des années 90 – qui, dans certains cas, comme en Italie (où des expressions comme “*Tangentopoli*” et “*Mani pulite*” sont entrées dans le vocabulaire quotidien des mass-média), avaient provoqué de véritables effets en cascade sur le système politique et institutionnel tout entier – on a enregistré une sensibilité renouvelée de l'opinion publique envers la diffusion des phénomènes de corruption dans l'action politique, administrative et économique. La dimension désormais systémique et internationale assumée par les phénomènes de corruption, a imposé un approfondissement de ce thème sous différents points de vue : on est donc parti d'une approche de ces phénomènes dans une perspective essentiellement économique (rapports de P. Holden/J. Sobotka et G. Moody-Stuart), pour passer ensuite à une analyse plus spécifique de certaines réalités nationales particulièrement significatives (notamment, en Espagne, en Italie, en France et au Japon, avec les rapports, respectivement, de M. Barbero Santos, G. Colombo et G. Forti, X. Samuel, T. Morishita). On a après tourné le regard vers la recherche des mesures de nature pénale et extra-pénale (de droit constitutionnel et civil) aptes à faire face aux nouveaux phénomènes de corruption : sous un premier profil, on a souligné le rôle toujours irrenonçable de l'instrument pénal (G. Forti, L.A. Guimarães Marrey) et on a signalé en particulier l'opportunité de “créer des autorités spécifiques pour promouvoir une stratégie globale et équilibrée dans la lutte contre la corruption” (H.-P. Debord); sous un deuxième profil on a souligné l'importance d'une stratégie de prévention articulée au niveau administratif (B. Beiderman) et on a mis l'accent sur la nécessité de sauvegarder de manière adéquate l'indépendance du pouvoir judiciaire (M. Vari, C. F. Grosso), avec, enfin, une référence spécifique à l'expérience du système suédois (A. Nelson). La dimension planétaire des phénomènes de

corruption et la nécessité conséquente d'élaborer une "stratégie globale" (A. Beria di Argentine), ont amené successivement à concentrer l'attention sur la recherche des instruments internationaux de procédure les plus appropriés, spécialement en matière de collaboration judiciaire internationale (rapports de H.F. Woltring/H. Shinkay, R. Sicurella, R. Klitgaard, M. Pieth, M. Delmas-Marty/S. Manacorda). Pour conclure, le Congrès a enfin formulé dix recommandations spécifiques relatives au phénomène des sociétés *off-shore*, reconnues comme l'instrument privilégié de corruption et de blanchiment (P. Bernasconi).

Etant donné qu'il n'est pas possible d'examiner ici plus analytiquement toutes les problématiques affrontées par chaque rapport du Congrès, nous pouvons conclure en évoquant ce que le coordinateur scientifique P. Bernasconi a voulu affirmer en soulignant – comme fil conducteur des travaux du Congrès – les "trois boussoles méthodologiques" de la Société internationale de défense sociale, qui devraient trouver une plus grande reconnaissance de la part des législateurs et des magistrats: "la méthode interdisciplinaire, la méthode internationaliste ou comparée, la méthode critique".

#### **XIVe Congrès – Lisbonne, 17-19 mai 2002**

##### ***Défense sociale et droit pénal pour la protection des générations futures, en présence des risques nouveaux***

Enfin, le XIVe Congrès international de défense sociale – qui aurait du avoir lieu aux Azores en novembre 2001 – s'est déroulé, à cause des événements tragiques du 11 septembre 2001, à Lisbonne du 17 au 19 mai 2002 sur le thème: "*Défense sociale et droit pénal pour la protection des générations futures, en présence des risques nouveaux*".<sup>22</sup>

Les finalités générales du dernier Congrès sont représentées donc par l'étude du rôle du droit pénal dans la protection des générations futures contre les risques "nouveaux" (pour la vie, la santé, l'environnement, le système économique, etc.), puisqu'ils sont liés au progrès technologique, et jusqu'ils dépendent des nouvelles possibilités de diffusion personnelle, spatiale et temporelle. Parmi les différents problèmes posés, il convient de signaler celui concernant le degré de légitimité des techniques de tutelle des délits-obstacles; la détermination des biens et intérêts à protéger; et, enfin, les caractéristiques de l'intervention pénale vis-à-vis des différentes

---

<sup>22</sup> Les actes du XIVe Congrès ont été publiés dans *Cahiers de défense sociale*, 2002, p. 9 et suiv.

techniques de tutelle avec les instruments du droit administratif.<sup>23</sup> Alternatives et limites, formes et objectifs du droit pénal classique trouvent des remodulations très diversifiées justement en se référant aux phénomènes évoqués dans les concepts de risque et responsabilité dans la société et dans l'économie globalisée. Si l'on se réfère aussi aux risques dérivant des crimes de guerre ou de génocide, le Congrès s'est proposé d'examiner les solutions possibles offertes par les Cours pénales internationales et par les Commissions de Réconciliation.

Effectivement, après le vaste Rapport introductif général de Jorge De Figueiredo Dias, les thématiques du Congrès ont été présentées en suivant l'approche traditionnelle multidisciplinaire, à travers la subdivision en quatre sessions. La première, intitulée "Les problèmes posés par l'évolution de la recherche scientifique (nuisances diverses, technologie génétique et développement durable)", a assisté la présentation des rapports de M. Blumberg-Mokri, M. da Costa Andrade, G. Ghidini, A. Vercher. La deuxième, dédiée à "Les défis de la responsabilité pénale: nouvelles alternatives et limites, nouvelles formes et nouveaux objectifs", a été présentée par M. Ciafardini, W.S. Laufer et G. Geis, J. Vogel. La troisième a été confiée au rapport de R.M. Moura Ramos sur le thème: "La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne". Enfin, dans la quatrième, ayant pour sujet "Cours pénales internationales et Commissions de réconciliation: réponses adaptées aux menaces de guerres, génocides ou discriminations pesant sur les générations futures", les rapports ont été présentés par A. Ceretti et A. Nosenzo et par F. Pocar.

## Conclusions

L'intense activité, poursuivie à travers ses Congrès, par la Société internationale de défense sociale ces trente dernières années nous permet – en conclusion de ces brèves notes et à l'aube de ce nouveau siècle – de jeter un regard rétrospectif et de réfléchir sur la philosophie générale du mouvement de pensée et d'action juridique-institutionnel qui se résume sous l'étiquette de "*Défense sociale*". L'analyse des thématiques des sept derniers congrès semble montrer, effectivement, une évolution significative: de la centralité des problèmes relatifs à l'*auteur* de comportements criminels (et, plus en général, déviants) et à son rapport avec la société on est passés, au cours des derniers congrès, à focaliser

---

<sup>23</sup> "Commentaire du thème du Congrès", dans *Cahiers de défense sociale*, 2002, p. 23 et suiv.



l'attention sur les *comportements* criminels qui caractérisent l'évolution de la société et sa globalisation toujours croissante. L'internationalisation des marchés et des activités économiques, la croissance des instances d'un gouvernement supranational des processus économiques et sociaux, l'émergence de formes nouvelles de criminalité et de nouveaux biens juridiques nécessitant et méritant une protection juridique, ont amené inévitablement à déplacer l'objet de l'analyse (au moins de manière tendancielle) *des auteurs aux faits* du droit pénal. De l'attention pour l'homme qui commet un crime et de la recherche individualisée des mesures les plus adéquates pour sa réinsertion dans la société, on est passé à étudier avec intensité croissante les phénomènes de macro-criminalité qui caractérisent le monde contemporain, en imposant à la Défense sociale de se munir de nouveaux instruments d'intervention juridique, plus raffinés et de plus en plus inspirés de stratégies politico-criminelles au niveau supranational. Le vœu qu'on peut formuler pour l'avenir, donc, dans cette phase de renouvellement intense – organisationnel et générationnel – de la Société internationale de défense sociale, est probablement celui de la recherche inlassable d'une synthèse entre l'inspiration personalistico-resocialisatrice originelle – qui représente la raison d'être la plus profonde de la Société – et la dimension (qui risquerait autrement de devenir dépersonnalisante) des problèmes de la globalisation, tout en affirmant son engagement constant et renouvelé – envers aussi bien les théoriciens que les praticiens du droit et les autorités publiques (nationales et supranationales) – "*pour une politique criminelle humaniste*".<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Sur la nécessité d'établir un pont entre "l'essence culturelle de la société" et "les nouveaux phénomènes sociaux et politiques influents en matière pénale", sont actuellement et manifestement axées les considérations programmatiques de ARROYO ZAPATERO L., *L'essence culturelle de la Société*, Milan, 4-12-2002.

# Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño

por

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal Paraná, Brasil

Membro do Conselho Diretor da AIDP e da Sociedad Mexicana de Criminologia

## 1. El principio de humanidad de las penas

El *principio de humanidad de las penas* (penas y medidas de seguridad) está expresamente consagrado por la Constitución. Al afirmar la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil (art. 1º, III), la Ley fundamental no admite las penas de muerte, de carácter *perpetuo*, de *trabajos forzados*, de *destierro* y cualquier otra de naturaleza *cruel* (art. 5º, XLVII). Al contrario, asegura a los presos el respeto a la integridad física y moral; determina que la pena sea cumplida en establecimientos distintos, de acuerdo con la naturaleza del delito, la *edad* y el *sexo* del condenado y establece que a las presidiarias serán aseguradas las condiciones para que puedan *permanecer con sus hijos*, durante el periodo de lactación (CF art. 5º, XLVIII, XLIX y L). Esta última regla fue reproducida en la Ley de Ejecución Penal (art. 83, § 2º) a través de la Ley n° 9.046, de 18.5.1995, para declarar que los establecimientos penales destinados a las mujeres serán dotados de cuna, donde las condenadas puedan lactar sus hijos. La Ley n° 9.460, de 4. 6.1997, alteró el § 1º del art. 82 de la LEP, para determinar que el condenado mayor de sesenta años tiene el derecho de ser recogido a un establecimiento propio y adecuado a su condición social. Y la Ley n° 8.653, de 10.5.1993, prohíbe el transporte de presos en compartimentos de proporciones reducidas, con ventilación deficiente o ausencia de luminosidad.

Brasil es un de los países signatarios de la Convención contra la tortura y otros tratamientos o penas crueles, inhumanas o degradantes. La Ley n° 9.455/97 criminaliza la tortura.

Esas normas de humanización de las penas constituyen ejemplos del sistema positivo a los cuáles se suman muchos otros previstos en el Código Penal (arts. 38, 39 y 40) y en la Ley de Ejecución Penal (asistencia a la salud, jurídica, educativa, social y religiosa; derecho al trabajo y su remuneración, etc.). Predomina, en el marco de la ejecución, el principio de que “al condenado y al internado serán asegurados todos los derechos no alcanzados por la sentencia o por la ley” (art. 3º). Relativamente a esta última categoría de sujetos, el sistema expresamente reconoce la existencia de derechos humanos que les son inherentes (CP art. 99).

## **2. El principio de la anterioridad de la ley penal**

### *a) el marco constitucional*

No hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal (Constitución, art. 5º, XXXIX).

Esa tradición legislativa viene siendo afirmada desde la Constitución del Imperio (1824, art. 179, § 11) y de las Cartas Políticas republicanas (1891, art. 72, § 15); (1934, art. 113, §§ 26 y 27); (1937, art. 122, § 13); (1946, art. 141, § 29); (1967, art. 150, § 16); (1969, art. 153, § 16)].

### *b) la norma penal*

El Código Criminal del Imperio de Brasil (1830), declaraba: “No habrá crimen o delito (palabras synonymas en este Codigo) sin una Ley anterior que lo cualifique”. El CP de la Primera República (1890), así disponía: “Nadie podrá ser castigado por hecho que no haya sido anteriormente previsto como delito, ni con penas que no estén previamente establecidas”. Y la Consolidación de las Leyes Penales (1932), mantenía esta última redacción.

La misma orientación fue adoptada por el Código de 1969 y por la reforma de la Parte General, introducida con La Ley n° 7.209, de 11.7.1984. Este diploma conservó la redacción original del CP 1940, en los siguientes términos: “No hay delito sin ley anterior que lo defina. No hay pena sin previa conminación legal”.

*c) marcos históricos*

Hay Cartas Políticas y Declaraciones de Derechos que repercuten en la legislación interna de los diversos países. Tal recepción podrá ser *implícita* – en razón de la coherencia de la regla internacional con el sistema positivo nacional (CF arts. 4 y 5, § 2) – o explícita así como lo declara la Constitución de Portugal: “Las normas y los principios de Derecho Internacional general o común hacen parte integrante del derecho portugués” (art. 8, n° 1). Así, por ejemplo, la *Magna Charta Libertatum* (1215) del rey Juan Sin Tierra, como el marco inicial de las declaraciones internacionales garantizadoras del principio de la anterioridad de la ley. El art. 39 disponía que “ningún hombre libre será detenido o sujeto a la prisión, o privado de sus bienes, o colocado fuera de la ley, o exilado, o de cualquier modo molestado, y nosotros no procederemos ni mandaremos proceder contra él sino mediante un juicio regular por su clase o de armonía con la ley del país”. También la *Carta Magna leonesa*, otorgada por Don Alfonso, Rey de León y Galicia, en el año de 1188, debe ser indicada como la fuente más auténtica y más legítima en la preservación de determinadas garantías de la persona acusada.

Conocidos como *Decretos de la Curia de Leon*, aquellos textos de protección individual eran más populares y un fuerte llamamiento a la realización material de justicia, además del compromiso de fidelidad con las “*buenas leyes*” establecidas por los gobiernos anteriores.

En la autorizada opinión de Jiménez de Asúa, aquel diploma no contenía una regla idéntica al art. 39 de la *Magna Charta* inglesa, sin embargo fue muy superior a los otros documentos similares de la Edad Media en lo que concierne a la preservación de muchos derechos personales y al interés de hacer efectiva la justicia (*Tratado*, vol. II, p. 385).

La *Carta Magna leonesa* puede ser referida como una de las más expresivas fuentes del principio del debido proceso legal.

*d) Las declaraciones de los siglos XVIII, XIX y XX*

Hay muchos otros textos que reafirman el principio de la anterioridad de la ley penal, como exigencia irrenunciable del *due process of law*: *a)* Declaración de los Derechos de Virgínia (1776, sección VIII); *b)* Constitución de Estados Unidos de América (1787, art. 1°, sección 10, prohibiendo la votación de leyes con efecto retroactivo); *c)* Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 1789, art. 8°); *d)* Constitución francesa de 1793 (art. 14).

En los siglos XIX y XX se hicieron famosos los siguientes textos: Código Penal francés (1810, art. 4°); Constitución española de 1876 (art.

16); Constitución mexicana de 1917 (art. 14); Constitución de Weimar (1919, art. 116); Constitución italiana (1947, art. 25, según párrafo); Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948, art. 11 § 2°); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948, art. 25); Convención de Salvaguardia de Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950, art. 7°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1970, art. 9°).

*e) las garantías fundamentales*

Las Declaraciones de Derecho del final del Siglo XVIII fueron impregnadas por las ideas iusnaturalistas. En las *exposiciones de motivos* de aquellos textos, además de la indicación prevalecedora de las garantías de libertad, seguridad y justicia, del objetivo del bien común, de la protección de la propiedad y de la resistencia a la opresión, se aludía expresamente a los “derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre” (cfr. la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789). También la felicidad fue uno de los bienes espirituales reconocidos en aquella escala de prioridades (cfr. la Declaración de Derechos de Virginia, 1776 y la Declaración de Independencia de los EUA, 1776).

El principio de la anterioridad de la ley constituye, antes de nada, una de las *garantías naturales* en favor de los individuos en la medida en que el delito y la pena están impregnados de valores humanos.

En el siglo pasado, el gobierno alemán de los años 1933-1945, bajo el dominio del nazismo que había en Adolf Hitler su *Fuehrer*, se transformó en uno de los regímenes políticos autoritarios que concentró poderes de vida y de muerte sobre las personas y promovió la hecatombe de la II Guerra Mundial. En la orden legislativa suprimió el principio del *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, para mejor ejercer la dictadura institucional. La doctrina del nacional-socialismo sustentaba la legitimidad de la incriminación por analogía siempre que la acción o la omisión ofendiese la ideología *de la ley* y del *sano sentimiento del pueblo*. La fórmula, vacía y opresiva, fue introducida por una ley de 1935, que alteró el § 2° del CP de 1871, para declarar: “Será castigado quién cometer un delito declarado punible por la ley, o que merezca una sanción según la idea fundamental de la ley penal y del sano sentimiento del pueblo”.

También utilizada para las más diversas persecuciones políticas e ideológicas, la analogía fue admitida en el CP soviético de 1922 (y permaneció en el diploma de 1926), para justificar un *concepto material* de crimen elaborado al margen del principio de la anterioridad y siguiendo los llamados *Principios Básicos del Derecho Penal de la Unión Soviética*

(1919). El art. 6º del CP de 1922, disponía: “Como delito debe ser considerada toda acción u omisión socialmente peligrosa, que amenaze los principios básicos de la Constitución soviética y la orden jurídica creada por el gobierno de los operarios y campesinos, para el periodo de transición al Estado comunista”. Esa formulación fue substancialmente mantenida en el CP de 1926, haciendo de la peligrosidad de la conducta la fuente para la incriminación que buscaba proteger bienes jurídicos de contornos extremadamente fluidos, tales como *sistema jurídico, orden jurídica y régimen de los operarios y campesinos*.

Las notables repercusiones alcanzadas por el famoso XX Congreso del Partido Comunista (1958), determinaron un cambio radical en el sistema, teniendo el Soviet Supremo aprobado, en 25.12.1958, las *Bases* de la legislación penal y de organización judicial de la URSS. Aquel documento normativo fijó como presupuesto de la noción de delito la previsión anterior, por ley penal, de la acción u omisión socialmente peligrosa (art. 7º). La exigencia del *nullum crimen sine praevia lege* fue expresamente introducida en el CP soviético de 1960 que entró en vigor en 1º.1.1961.

Es, por tanto, bajo el aspecto político-institucional que se debe considerar la eficacia del principio al dirigirse al Estado-legislador, prohibiéndole el ejercicio del poder punitivo cuando no haya ley anterior al hecho con expresa conminación de la pena. En ese sentido, vale mencionar las Cartas Políticas de Portugal (1976, art. 29º, nº 1) y de España (1978, art. 25, nº1) que consagraron el principio en capítulos que regula los derechos, las libertades y las garantías personales.

### **3. El principio de la taxatividad de la norma incriminadora**

Uno de los corolarios lógicos del principio de la anterioridad de la ley penal es el *principio de la taxatividad* de la norma incriminadora (*Nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

Para que la ley penal pueda desempeñar función pedagógica y motivar el comportamiento humano, debe ser fácilmente accesible a todos, no sólo a los juristas. Se exige, por lo tanto, una *ley cierta* tendente a la claridad de los tipos de ilícito, restringiéndose la elaboración de los *tipos abiertos* que causan inseguridad jurídica.

La doctrina esclarece que mientras el principio de la anterioridad de la ley penal se vincula a las fuentes del Derecho Penal, el principio de la taxatividad preside la formulación técnica de la ley penal e indica el deber impuesto al legislador de proceder, cuando redacta la norma, de manera precisa en la determinación de los tipos legales, para saberse,

*taxativamente*, lo que es penalmente ilícito y lo que es penalmente admitido. Tal exigencia, como es común, implica en otra: la necesidad de la ley previa ser escrita.

El principio *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* prohíbe la incriminación a través de la costumbre y prohíbe la aplicación analógica de normas incriminadoras.

El principio de la taxatividad se opone a los *tipos penales abiertos*. La opinión dominante rechaza la teoría *de los tipos abiertos* y condena el abuso que el legislador comete al excederse en la previsión de tales normas, sosteniendo que “el tipo del injusto ha de ser siempre *cerrado*, en el sentido de que ha de contener *todas* las características determinantes del injusto”.<sup>1</sup>

En todas las hipótesis de los *tipos penales abiertos* la comprobación de la tipicidad depende del reconocimiento, hecho por el juez, de que la conducta (acción u omisión) desobedeció a los deberes objetivos de cautela impuestos por la vida comunitaria en las varias formas de actividad humana.

#### **4. El principio de la aplicación de la ley más favorable**

El principio de la aplicación *de la ley más favorable* presupone la existencia de dos otros principios que les son indisolubles: *a) la irretroactividad de la ley más grave; b) la retroactividad de la ley más favorable*. La apuración de mayor benignidad puede ser hecha a través del criterio de combinación *de leyes*, para reconocerse en cada una de ellas la parte más benéfica. No se estará *creando una tercera ley*, como advertía un viejo relato, pero efectivándose un proceso de integración.

##### *a) irretroactividad de la ley más grave*

Es de la tradición constitucional brasileña, la prohibición de la aplicación retroactiva de la *lex gravior*. Inclusive la Carta Política autoritaria de 1937, que previó la pena de muerte en tiempo de paz, resguardó el principio disponiendo que “las penas establecidas o agravadas en la ley nueva no se aplican a los hechos anteriores” (art. 122, § 13). La vigente CF declara que la ley penal no admite efecto retroactivo, excepto en beneficio del condenado (art. 5º, XL).

---

<sup>1</sup> RODRIGUEZ DEVESA J.M., SERRANO GOMEZ A., (1992), *Derecho Penal Español*. Parte General. 15ª. ed. Madrid, Dykinson, 1992. pp. 422-423.

*b) retroactividad de la ley más favorable*

La retroactividad *de la ley más favorable* es un derecho y garantía individual consagrados en la Constitución y en el Código Penal justificándose su aplicación en cualquier circunstancia o fase del proceso. “Nadie puede ser punido por un hecho que la ley posterior deja de considerar delito, cesando en virtud de ella la ejecución y los efectos penales de la sentencia condenatoria” (art. 2.º). La retroactividad de la ley más benigna se aplica también a los hechos ya decididos con sentencia firme (CP parág. único del art. 2.º).

Una de las consecuencias naturales del principio en examen es el de la prohibición de leyes con efecto retroactivo.

## **5. El principio de la protección de los bienes jurídicos**

El *principio del bien jurídico*, reflejado por diversas normas constitucionales (arts. 5º, 6º, 14, 144, 17<sup>el</sup> y s.) debe integrar todo el sistema penal moderno, vinculado a las exigencias de un Estado Democrático de Derecho y componer el vasto repertorio de los hechos ilícitos. No es admisible la incriminación de conductas que no causen peligro o daño a los bienes de los individuos y de la colectividad.

El art. 13 del Código Penal determina la relación de causalidad entre la conducta humana y el evento típico, afirmando que la existencia del delito depende de un *resultado*, o sea de un *daño* o un *peligro de daño* a un bien tutelado por el Derecho Penal.

El sistema constitucional y penal brasileño consagra el *derecho penal del hecho* y reprueba el llamado *derecho penal de la voluntad*. No hay incriminación fuera de los límites del *hecho* típico, ilícito y culpable.

El art. 2º del CP indica expresamente el *hecho* (humano) como requisito del delito y presupuesto de la pena. En diversas otras partes del diploma así también ocurre, sea con referencia a la acción u *omisión* sea con la mención de la palabra *hecho* o de una situación que lo identifique. Se puede concluir que fuera del *hecho* no hay delito y sin la conducta no existe pena.

## **6. El principio de culpabilidad**

*a) La dignidad de la persona humana*

El aforismo *nulla poena sine culpa* constituye un de los pilares sobre los cuales se edifica toda una estructura del sistema de Derecho Penal que



distingue entre sujetos *imputables* (capaces de culpa) e *inimputables* (incapaces de culpa), que son los menores de 18 años y los portadores de enfermedad mental o desarrollo mental incompleto o retardado.

Un sistema jurídico propio de un Estado Democrático de Derecho rechaza la peligrosidad como fundamento o límite de la pena, así como ocurre en los regímenes autoritarios cuando la imprecisión de las normas incriminadoras colabora con el carácter indefinido del estado peligroso y permite la imposición de una sanción de carácter evidentemente preventivo.

El principio de la culpabilidad se deduce de la norma constitucional que proclama la dignidad de la persona humana como uno de los primeros fundamentos de la República (art. 1º, III).

#### *b) La responsabilidad en función de la culpa*

El primado *nulla poena sine culpa* es expresamente declarado en el art.19 del CP: “Por el resultado que agrava especialmente la pena, sólo responde el agente que lo haya causado al menos culposamente”. La culpabilidad es indicada como primer dato indispensable para la fijación judicial de la pena “conforme sea necesario y suficiente para reprobación y prevención del delito” (CP art. 59).

Para el sistema penal brasileño la culpa es el fundamento para la elección de la naturaleza, cantidad y sustitución de la pena mientras que la peligrosidad es la base para la aplicación de la medida de seguridad. Tal dirección llevo a eliminar el sistema del duplo binario de notorios inconvenientes e irreparables daños.

## **7. El principio de la proporcionalidad de la pena**

### *a) los límites de las sanciones penales*

La proporcionalidad *de la pena* es una exigencia de doble sentido. Por un lado debe traducir el interés de la sociedad en imponer una medida penal “necesaria y suficiente para reprobación y prevención del delito” (CP art. 59); por otro, debe garantizar al condenado el derecho en no sufrir una punición que exceda el límite del mal causado por el ilícito.

La exigencia de seguridad jurídica impone un límite para la reacción penal, límite ese que debe ser buscado por la racional proporción entre la cantidad del injusto y de la culpabilidad con la cantidad de la pena.

### *b) La justa retribución*

La proporcionalidad debe buscar la justa medida de la retribución que constituye la idea central del Derecho Penal, como sustentan prestigiados autores.

Uno de los ejemplos más comunes de la naturaleza retributiva de la pena se contiene en la regla del art. 121, § 5.º del CP, previniendo el perdón judicial, en la hipótesis de homicidio culposo, “si las consecuencias de la infracción alcanzaran el propio agente de forma tan grave que la sanción penal se vuelva innecesaria”.

## **8. El principio de la individualización de la pena**

La Constitución declara el *principio de la individualización de la pena* (art. 5º, XLVI) que es regulado por la legislación ordinaria (CP art. 59 y s. y CPP art. 387, I y II).

La palabra *individualización* se refiere sólo al *individuo*, en el sentido natural de solitario, quiere decir, cada ser humano en relación a su especie. No se aplica a las cosas, pero solamente al hombre que ocupa un lugar en la naturaleza.

Para los efectos penales, el término *individualización* dice respecto exclusivamente a la persona física y que actúa como sujeto activo de las infracciones.

### *a) el dogma de la personalidad de la pena*

El ilícito penal es fruto de la conducta humana, individualmente considerada, mismo cuando el evento típico es producido en concurso, eventual o necesario, de dos o más personas. La sanción penal no puede ser aplicada o ejecutada contra quien no sea el autor o partícipe del hecho punible. Este dogma, de largo desarrollo histórico y jurídico, tiene su declaración formal en el art. 5º, XLV de la Constitución.

La pena o la medida de seguridad no pueden ser impuestas y ni cumplidas por el tercero que no presta su cooperación para la realización de una infracción.

El principio constitucional de la personalidad de la pena es un *género* de garantía del cuál la *individualización* de la pena es una *especie*.

### *b) La persona física como agente de la infracción penal*

El Código Penal al tratar de la *individualización* de la pena se refiere al *agente* del delito como su sujeto activo y a la víctima como sujeto pasivo (secundario). Solamente la persona física (natural) puede ser autor o partícipe, quiere decir, agente del ilícito penal.

### *c) La persona física como objeto de la individualización de la pena*

No se admite la capacidad criminal de la persona jurídica en razón de la exigencia de la culpabilidad que actúa como fundamento y límite de la pena. El primado *nulla poena sine culpa* es recogido del principio constitucional de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III) y de las normas penales que establecen la responsabilidad en función de la culpa (*lato sensu*). Pueden ser mencionados los arts. 19 a 22, 26, 28, § 1º, 29 y 59, como paradigmáticos para indicar que el sistema penal brasileño no admite la responsabilidad objetiva. Es relevante destacar que dos de esos dispositivos (29 y 59) expresamente aluden a la culpabilidad como una dirección de indagación obligatoria del juez para definir el grado de participación criminal y fijar la pena.

## **9. El principio de la intervención mínima**

Dos grandes tendencias ideológicas disputan en los días de hoy las preferencias de los estudiosos de la teoría y de la práctica de las ciencias penales. Ambas radicalizantes e inconciliables. La primera es sintetizada por el *movimiento de ley y de orden* que tiene como expresión de mayor propaganda el discurso político del delito, caracterizado por la denuncia de la suspensión de pagos de las instancias formales de prevención y represión y por el usufructo del poder político y de comunicación de masa. La segunda es representada por el *movimiento abolicionista* del sistema penal.

Mas existe una *vía intermediaria* entre tales posiciones extremadas: es el *movimiento del derecho penal mínimo*. Este propone la utilización restringida del sistema penal en la lucha contra el delito.

Según clásica lección de la doctrina, apoyada por la jurisprudencia, el Estado solamente debe recurrir a la pena criminal cuando no haya, en el ordenamiento positivo, medios adecuados para prevenir y reprimir el ilícito.

El *principio de la intervención penal mínima* fue recepcionado por la Constitución a través del § 2º del art. 5º: “Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros originados del conjunto y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”. El principio en análisis tiene su raíz en el art. 8º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 1789), al proclamar que la ley debe establecer “penas estrictas y evidentemente necesarias”.

La compatibilización entre la letra y el espíritu de las leyes fundamentales internas y las declaraciones internacionales constituye exigencia de un orden jurídico universal. La Constitución de Portugal dispone que “los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la declaración Universal de Derechos del Hombre” (art. 16º, 2). La Carta Política española también prescribe que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas constitucionalmente serán interpretadas en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España (art. 10º, 2).

## **10. El principio de la insignificância**

Un corolario lógico del principio observado es el llamado *principio de la insignificância* reflejo de la concepción utilitarista que se vislumbra modernamente en las estructuras típicas del Derecho Penal y surge en la doctrina y en la jurisprudencia como un especial modo de exigirse la realización del tipo penal de manera conglobante, o sea, cuando la conducta humana, efectivamente, lesione la orden jurídica.

El Código Penal soviético de 1960, introduciendo el principio de la anterioridad de la ley penal en el concepto material de delito (respaldado en la peligrosidad social y política de la conducta), declaró no ser delito la acción o la omisión que, aunque revistiendo formalmente las características de un hecho previsto en la parte especial del Código, no ofrece peligro social, devida a su *escasa significación* (art. 7º). El referido diploma atendió las *Bases* de la legislación penal aprobadas por el Soviet Supremo de la URSS, en 25.12.1958.

## 11. Otros principios

### *a) El principio de la necesidad de las reacciones penales*

La pena, en cualquier de sus modalidades, es una “amarga necesidad”. Esa vigorosa expresión, utilizada en la Exposición de Motivos de la reforma penal alemana de 1975, traduce la amplia sucesión de sentimientos que gravitan en los universos del delito y del castigo. La pena es indispensable para la protección de los bienes jurídicos sin los cuales la sociedad se disuelve y sus miembros se eliminan.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 1789) proclamó que “la ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente *necesarias* (...)” (art. 8°).

La Constitución Federal y las leyes penales especiales adoptan la necesidad para punir más gravemente determinadas formas de criminalidad violenta o astuciosa o ciertas expresiones más reprochables de ilícito como el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, el terrorismo y los delitos graves.

También la medida de seguridad es una de las reacciones necesarias para enfrentar la criminalidad practicada por una categoría de sujetos portadores de enfermedad mental o desarrollo mental incompleto o transitorio. De naturaleza curativa y buscando específicamente la prevención de nuevas infracciones, el internamiento o el tratamiento ambulatorial, surgen como providencias estatales indispensables para la tutela de bienes jurídicos.

### *b) El principio de la utilidad social*

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, introducida en la Constitución francesa de 1793, proclamó en su art. 15 que “las penas deben ser proporcionales al delito y útiles a la sociedad”.

Hay ejemplos de la utilidad social de ciertas *penas típicas*, como las privativas de otros derechos y la multa (CP arts. 43/48 y 49 y s.), y de *penas atípicas*, introducidas en el sistema positivo por la vía procesal como la prestación *social alternativa* (CF art. 5°, *d*) y la *reparación del daño*

(Ley n.º 9.099/95, art. 62). En los días de hoy, tales modalidades antes *atípicas* fueron consagradas por la Ley n.º 9.714, de 25.11.1998.<sup>(\*)</sup>

#### SUMMARY

*The Author sets out the basic principles of the Brazilian penal law: the humanity of penalties; normative pre-determination and peremptoriness; the criterion of the most favourable law; the guilt principle; proportionality and tailoring of the sentence; minimal penal law (as an intermediate legislative stand between hyper-penalization and the abolitionist movement); the need for a penal response and social usefulness.*

#### RÉSUMÉ

L'auteur présente les principes fondamentaux du droit pénal brésilien: humanité des peines; prédétermination normative et force contraignante; critère de la loi la plus favorable; principe de culpabilité; proportionnalité et définition de la peine; droit pénal minimum (en tant que critère de politique législative intermédiaire entre hyper-pénalisation et mouvement abolitionniste); nécessité de réaction pénale et utilité sociale.

---

\* Tradução para o espanhol por RODRIGO SÁNCHEZ RIOS.



## **La política de defensa social y su repercusión con los niños y adolescentes**

por

RUTH VILLANUEVA CASTILLEJA  
Presidenta del Consejo de Menores SSP, México

1. Participar dentro de un congreso organizado por la Sociedad Internacional de Defensa Social, con el tema específico en relación a las futuras generaciones, o sea en relación a nuestros niños y adolescentes debe de obligarnos a una gran reflexión, en virtud de las repercusiones que conlleva en materia de prevención al delito.

Es por ello que el reconocimiento de las determinaciones sociales debe de abrir alternativas cuyas prácticas empiezan en la conciencia de sus determinaciones. Así el conocimiento de las determinaciones estructurales de la defensa social, no implica descartar formas de acción sino por el contrario ampliar todas aquellas que posibiliten una real defensa social, todo ello pensando en una sociedad armónica que permita la convivencia sana y sin violencia.

De ahí la importancia de atender los modelos de defensa social bajo la perspectiva de fijación de estrategias con base en sistemas de concertación, amigable composición, conciliación, etc., todo ello con el objetivo de restaurar la solidaridad, fortalecer el humanismo y respetar los derechos humanos de cada persona, de la sociedad en general, y de los niños en particular.

Aquí nace el tema específico, la política de defensa social y su repercusión con los niños y adolescentes, inmerso dentro de estos últimos acontecimientos que tienen un parte aguas con la Convención sobre los Derechos del niño, que justamente celebra su aniversario el 20 de noviembre con la conmemoración del día del niño en este País.

2. Hablar de la niñez, entendida como lo contempla la citada Convención (0 a 18 años de edad) es entender una etapa de la vida del ser



humano que permite la formación de la personalidad y de la persona. Es por ello que si reconocemos este ciclo como una etapa de formación entenderemos la necesidad de una atención especial tanto biológica como psicológica y social. Esto implica entender las conductas antisociales, parasociales y sociales del menor, con características especiales y diferentes a las del adulto y con necesidades diferentes también.

El menor por ello requiere ser atendido con una legislación especial, por un personal especial y en una infraestructura especial que le permita su sano desarrollo dentro de una sociedad en la cual no sea violentado y le sean respetados sus derechos humanos.

Es importante diferenciar, por esto claramente las etapas evolutivas, ya que en este caso específico la atención a la niñez y a la adolescencia será de suma importancia. En estas edades la mayor parte de lo que aprenden proviene de la observación, misma que va específicamente dirigida en la primera etapa hacia los padres y en la segunda hacia los compañeros y maestros. En este sentido James Baldwin decía “los niños nunca han sido muy buenos para escuchar a sus mayores, pero nunca fallan cuando se trata de imitarlos”, y en esto radica buena parte de la atención especial que se debe de dar al menor, de la importancia de presentarle buenos ejemplos, modelos a seguir adecuados y tratamiento de acuerdo a su edad.

Por otra parte los primeros sentimientos hacia el niño, en mucho condicionarán su desarrollo interior, y hoy en día no se puede negar que un grave error es el descuidar el desarrollo emocional del menor. “Los más recientes trabajos psicológicos, y especialmente los de psicoanálisis, permiten calcular las graves consecuencias del desconocimiento del desarrollo del niño.”<sup>1</sup>

3. Generalmente, los adultos piensan que los sentimientos del niño tienen poca importancia y que no alcanza tampoco a comprender, “sin embargo no obstante esto, en cambio *siente* con una gran agudeza, hasta lo que no expresa abiertamente. Así se habla por ejemplo, de la necesidad en la niñez y en la adolescencia, de las relaciones afectivas”,<sup>2</sup> hecho sumamente relevante en estas etapas.

---

<sup>1</sup> MAUCO GEORGES, *Educación de la sensibilidad en el niño*, Ed. Aguilar, España p. 3.

<sup>2</sup> Mauco Georges, realizó importantes investigaciones, bajo el pretexto de aplicar una puericultura científica, en algunas guarderías infantiles de América y Austria, las enfermeras en todo momento utilizaron guantes y mascarillas, prohibiéndoseles cualquier demostración de cariño hacia los niños, y los

Por esto es que se hace necesario comprender la evolución del ser humano, desde la infancia, la adolescencia, la juventud, la adultez y la senectud. Esto en términos generales, ya que también en estas etapas hay subdivisiones, y así encontramos la primera infancia (de los 0 a los 3 años), la segunda infancia (de los 3 a los 7 años), y la tercera infancia (de los 7 a los 12 años); la prepubertad (de los 12 a los 13 años) la primera adolescencia (de los 13 a los 15 años), la adolescencia propiamente dicha (de los 15 a los 18 años), y así sucesivamente en las subsecuentes etapas.

4. Es importante resaltar que existen diferentes criterios de autores interesados en este objeto de estudio, sin embargo y siguiendo con el modelo anteriormente presentado, mencionamos a continuación algunas clasificaciones, que en lo general coinciden con las etapas de evolución ya mencionadas:

*Jean Piaget*

- 1) Etapa sensorio-motora: de 0 - 2 años
- 2) Etapa preoperacional: de 2 - 7 años
- 3) Etapa de las operaciones concretas: de 7 - 12 años
- 4) Etapa de las operaciones formales: de los 12 años en adelante

*Erick Erickson*

- 1) Confianza vs. desconfianza de 0 - 1 año
- 2) Autonomía vs. duda de 1 - 2 años
- 3) Iniciativa vs. culpabilidad de 3 - 4 años
- 4) Competencia vs. inferioridad: infancia media
- 5) Identidad vs. confusión identidad: adolescencia
- 6) Intimidad vs. aislamiento: adultez temprana
- 7) Productividad vs. estancamiento: adultez media
- 8) Integridad vs. desesperación: adultez
- 9) Integridad vs. desesperanza: vejez

*Arnold Gesell*

- 1) Conducta motriz
- 2) Conducta adaptativa
- 3) Conducta personal-social
- 4) Lenguaje

---

resultados fueron desastrosos para su desarrollo psíquico, demostrando un retraso en su desarrollo en todos los aspectos.

Como se observa la clasificación de la edad del ser humano obedece a una gran diversidad de criterios, conforme a algunos aspectos en que los autores hacen énfasis dentro de su desarrollo.

Sin embargo y con el objeto de entender cual debe de ser y por qué la edad para atender la competencia dentro del ámbito de la justicia en el campo de los menores infractores, se resalta que ésta debe coincidir con el desarrollo que le permita la conformación de las operaciones formales, o sea la etapa de la adolescencia.

5. Así pues, la atención especial que se enmarca de los 12 a los 18 años para el menor infractor, surge no de la casualidad, sino del desarrollo que el adolescente presenta en su capacidad de abstracción, mediante la evolución de la lógica inductiva y deductiva, planteando decisiones y problemas de manera sistemática. Pero por otra parte no hay que olvidar que ésta es una etapa de inmadurez buscando la madurez. Es un periodo de crecimiento especial, que hace posible el paso de la infancia a la edad adulta, en ella el adolescente define su personalidad, se cuestiona acerca de creencias, actitudes e ideales. Es así como no sólo crece en talla y peso, sino también evoluciona fuertemente en su personalidad.

Las operaciones formales en la adolescencia se hacen visibles ya, y son acompañados por un razonamiento moral, convencional; en esta etapa adquieren una amplia capacidad de análisis interno para contener el impulso de no cometer tal o cual acción.

Normalmente en esta edad termina también su educación primaria, hay un cambio en su entorno escolar y social. El trato que recibe le exige mayor número de responsabilidades, aunado esto a una serie de cambios físicos que sufre, sobre todo los fisiológicos en virtud de la transformación de su metabolismo hormonal, así como la aparición de caracteres sexuales secundarios.

Esta edad se ha contemplado, por ello, por muchos especialistas, como la edad mínima adecuada de competencia en el ámbito de los menores infractores, por todas estas características ya mencionadas, ya que la evolución de la niñez a la adolescencia, permite a la vez la conceptualización abstracta, la flexibilidad en los conceptos y la posibilidad de categorizar. De igual forma la introyección de valores, de acuerdo a la educación de los mismos, cambia importantemente, sobre todo en los aspectos que le permiten comprender mayormente el respeto a las normas, a las personas y a él mismo.

6. Por ello se debe de reconocer también la importancia de la edad en la introyección de valores y virtudes. David Issacs, presenta un esquema en

relación a las edades, en donde se observa específicamente en el caso de la virtud del respeto, que la etapa de mayor interiorización se da entre los 13 y los 15 años.

<b>Edades</b>			
<b>0-7</b>	<b>8-12</b>	<b>13-15</b>	<b>16-18</b>
Obediencia	Responsabilidad	Respeto	Lealtad
Generosidad	Sociabilidad	Prudencia	Comprensión
Sinceridad	Justicia	Pudor	Audacia
Orden	Fortaleza	Amistad	Flexibilidad
	Perseverancia	Sobriedad	Humildad
	Paciencia	Sencillez	Optimismo
	Laboriosidad	Patriotismo	

Por otra parte entre los 12 y 15 años, es decir al inicio de la adolescencia se provoca también un repentino brote a la sensibilidad, incrementado por un fuerte impulso, la energía afectiva inicia así a la persona a salir de sí mismo y a interesarse afectivamente hacia otros seres provocando un comportamiento más social. Su sensibilidad en lugar de fijarse en los padres, se trasladará hacia sus compañeros y amigos para orientarse decididamente a la mujer o al hombre, según se trate de un muchacho o de una muchacha.

En este período posee una gran cantidad de energía afectiva que debe de encauzar, orientar y dominar. De aquí el sentimiento de tensión e inquietud que le invade, sensación de fuerza sin aplicación, de sensibilidad que camina a tientas en busca de un sujeto no determinado aún. Es el momento de las grandes amistades amorosas, de confusión y de imaginación. Posteriormente en esta evolución de la que se hablado “cuando se ha conseguido dominar y canalizar sus nuevas fuerzas, sale definitivamente de sí mismo, tanto desde el punto de vista biológico, psicológico, social, afectivo, etc. Entonces proyecta sobre el mundo su amor y su interés, su combatibilidad y su inteligencia”.<sup>3</sup>

Citando nuevamente a Piaget (etapa de las operaciones formales) reslatarémos que aquí se desarrolla su capacidad de abstracción mediante la lógica deductiva e inductiva, “se plantea decisiones, así como problemas, pero de manera sistemática. Puede tener ideas, imaginarse objetos o hechos que nunca ha experimentado en la realidad”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> MAUCO GEORGES, *op. cit.*, p. 41.

<sup>4</sup> BEE HELEN L. y MICJELL SANDRA K., *El desarrollo de la persona*, Ed. Harla, México, p. 30.

Por ello en el adolescente se originan también toda una serie de necesidades nuevas: ser yo mismo (identidad personal); estar conmigo mismo (intimidad); valerme por mi mismo (autorealización); poder elegir y decidir (autonomía); tener éxito (seguridad); amar y ser amado (aceptación).

Por eso para el adolescente en la mayoría de los casos se presenta el drama de la enorme desproporción entre la meta propuesta y los medios disponibles para alcanzarla. Este hecho pudiera ejemplificarse con un nadador que pretende atravesar un río (infancia y adultez) sin muchos conocimientos de natación (falta de recursos y experiencias) una travesía llena de escollos y peligros (influencias negativas) y aún así muchos nadadores han llegado bien a su destino, y otros tantos lo seguirán intentando y de igual forma atravesarán el río.

7. Si se reconoce la importancia del tratamiento especial, éste, podrá implementarse adecuadamente, si no, los resultados no serán los esperados. Pudiéramos ejemplificar por ejemplo, de quien se tuerce un tobillo, podrá andar cojeando, posiblemente se repondrá por sí sola, y tendrá únicamente cierto malestar. Pero si se rompe la pierna, necesitará un tratamiento especial, que le permita su sanación, algo que la inmovilice mientras el hueso se suelda, y su especial rehabilitación. El primer problema es una simple dificultad, el segundo implica hasta cierto grado de invalidez. En el primer caso las atenciones médicas pudieran resultar hasta inútiles; en el segundo son necesarias, imperantes y de suma importancia, reconociendo que un mal tratamiento pudiera causar graves resultados con consecuencias lamentables para toda su vida.

Todos estos fenómenos vivenciales en la vida del ser humano, marcaran su personalidad, sin embargo, en la etapa de la adolescencia, se insiste, estos efectos tienen mayor trascendencia y repercusión.

Este tema quisiera finalizarlo citando a Gabriela Mistral, quien manifestó que “muchas de las cosas que hemos menester tienen espera. El niño no. Él está haciendo ahora mismo sus huesos, creando su sangre y ensayando sus sentidos. A él no se le puede responder mañana ... él se llama ¡ahora!”.

#### *SUMMARY*

*The Autor presents a short study dealing with the repercussions of social defence policy on discipline of juveniles. The paper has been submitted in the framework of the XIVth Congress of the International*

*Society of Social Defence and Humane Criminal Policy (Lisbon, May 2002).*

## RÉSUMÉ

L'Auteur présente une courte étude en matière de répercussions de la politique de défense sociale sur la discipline des mineurs. Le texte a été produit à l'occasion du XIV<sup>ème</sup> Congrès de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste (Lisbonne, mai 2002).



## **ARCHIVES**





## **Pour l'Europe: la dynamique d'une riche identité commune**

*Dans **Le Monde** de vendredi le 14 novembre 2003 un appel a paru, le contenu duquel nous estimons devoir porter à la connaissance des lecteurs des "Cahiers".*

*Co-signataires de l'appel ont été (par ordre alphabétique): Michel Albert, membre de l'Académie des Sciences morales et politiques de France; Raymond Barre, ancien premier ministre de France; Georges Berthoin, président honoraire de l'Association Jean Monnet; Olivier Clément, théologien orthodoxe; Emilio Colombo, ancien président du Conseil des ministres d'Italie, sénateur à vie; Etienne Davignon, ancien vice-président de la Commission des Communautés Européennes; Arpad Göncz, ancien président de la République de Hongrie; Imre Kertész (Hongrie), prix Nobel pour la littérature 2002; Claudio Magris, (Italie), écrivain; Jurgen Meyer, député SPD au Bundestag; Constantin Mitsotakis, ancien premier ministre grec; Giorgio Napolitano, président de la Commission pour les Affaires constitutionnelles du Parlement européen, ancien président de la Chambre des députés d'Italie; Andrea Riccardi (Italie) fondateur de la Communauté de Sant'Egidio; Carlo Rubbia (Italie), prix Nobel pour la physique 1984; Wolfgang Schaübe (Allemagne), député CDU au Bundestag; Achille Silvestrini, cardinal (Cité du Vatican), ancien préfet apostolique de la Congrégation des églises orientales; René-Samuel Sirat, ancien chef rabbin de France; Mario Soares, ancien président de la République du Portugal; Jean Starobinsky, écrivain et essayiste; Franz Vranitski, ancien Chancelier d'Autriche; Theo Waigel, ancien ministre des Finances d'Allemagne; Richard von Weizsäcker, ancien président de la République fédérale d'Allemagne.*

L'Europe se rassemble. Ce que nos prédécesseurs ont rêvé s'accomplit. Un élan profond nous engage dans une œuvre collective qui se déploiera pendant toute une génération. L'Europe a cessé d'être un système d'alliances pour devenir une communauté de destins.

La Convention sur l'avenir de l'Europe est une étape majeure qui en appelle d'autres. Aucune construction juridique n'a jamais suffi à faire vivre une communauté. Il faut remplir le cadre, animer l'édifice, susciter l'esprit commun et, donc, nous interroger sur notre identité. Où en sommes-nous? Où allons-nous?

1. L'élaboration d'une Constitution a confirmé que la construction européenne s'engage aujourd'hui dans un saut qualitatif.

Les nouvelles menaces ont installé, en particulier depuis le 11 septembre 2001, le sentiment que l'Europe doit mieux aborder les enjeux de civilisation. Il est désormais plus clair que l'indétermination,

l'indifférence, voire le mutisme de l'Europe à l'égard de son propre destin peuvent la conduire à sortir de l'histoire.

D'emblée, une question se pose, celle des frontières de l'Europe, qu'il faut clarifier. Dans un sens strictement géographique, l'Europe n'a pas de frontière précise. L'idée européenne a pris racine dans une façon commune de sentir, de penser, de vouloir, qui dépasse les limites étatiques et techniques. En un demi-siècle, l'expansion de la Communauté devenue Union a défini un territoire qui s'étend aujourd'hui à presque tout le continent.

Ce constat d'un seul et même mouvement à travers l'histoire permet ainsi de relier étroitement la "Grande Europe", où se retrouvent tous les pays revendiquant un héritage partagé, et l'Union européenne proprement dite, communauté de droit, qui constitue désormais un ensemble cohérent, construit sur une même citoyenneté qui lie les identités nationales fondatrices. Le développement de l'UE confirme ainsi le cercle plus large de la Grande Europe. Cette interaction féconde et ancienne est encore plus nécessaire aujourd'hui.

2. Pour la première fois, le continent est conduit à regarder son histoire de façon globale en ayant fait résolument le choix fondamental de la paix et de la coopération, en lui-même et avec le reste du monde. Faute d'un tel travail sur soi-même, les compromis nécessaires pour poursuivre la construction commune ne pourront pas s'appuyer sur des consensus suffisamment solides. Comme nous l'avons vérifié régulièrement depuis cinquante ans, chaque avancée suppose une vision plus large, fondée sur la connaissance réciproque et la redécouverte de ce qui nous unit. L'élargissement confirme cette nécessité.

La pratique renouvelée de l'échange entre Européens l'a toujours emporté à travers les siècles, et cette interdépendance humaine sans cesse réaffirmée a survécu à tous les affrontements et à toutes les destructions. Mais cette traversée des épreuves a connu au XX<sup>e</sup> siècle le mal absolu de la négation même de l'homme dans l'horreur des camps, jusqu'à l'extermination planifiée. L'Europe en a tiré un devoir de mémoire et de vigilance qui est la raison première de son sursaut.

Menacée de perte, l'Europe s'est ainsi reconstruite par la réconciliation entre les frères ennemis, par le dépassement des luttes idéologiques et de toutes les formes d'exclusion. Cette paix irréversible, et donc choisie, assumée, organisée, est celle des peuples, des systèmes de pensée et des religions.

Cette façon européenne de faire mémoire est constitutive, car il s'agit d'une mémoire vivante, active, motrice, qui est à la fois tradition et ouverture:

- Des nations différentes par leur histoire, leurs héritages, et leurs perceptions sont parvenues à se percevoir comme partageant un patrimoine commun, à la fois sensible et moral, temporel et spirituel. Aujourd’hui, les pays membres de l’Union, qui se retrouvent dans le partage des valeurs de la démocratie et du respect de la dignité humaine, voient dans leur unité et dans leurs institutions la garantie de leur identité propre, mais aussi la meilleure sauvegarde de leurs intérêts dans le système international. Cette reconnaissance mutuelle des diversités, cette institutionnalisation des contrastes est en elle-même devenue un élément unificateur.
- En Europe, le travail sur soi est toujours un rapport avec l’autre. L’idée européenne a grandi dans un va-et-vient, entre le dedans et le dehors: elle reconnaît la diversité des origines, la fécondité de l’apport extérieur et la nécessité d’une reconstruction permanente. Pour l’Europe, scruter en soi-même, c’est aussi sortir de soi.

L’intégration européenne, engagée depuis un demi-siècle, s’est ainsi amplifiée au cours de sa progression, avec la redécouverte et l’apprentissage de ce qui unit, mais aussi des différences qui enrichissent. Cette conquête par étapes d’une identité partagée, qui consolide les identités nationales et renouvelle le message européen vers le reste du monde, apparaît comme le principe même de la construction qui organise désormais tout le continent.

3. Où allons-nous, c’est-à-dire: que devenons-nous? S’interroger sur l’identité de l’Europe, c’est redéfinir ses responsabilités. Nous devons aller vers une plus grande discipline collective, qui n’a guère été pratiquée depuis que la menace soviétique a disparu. Il a fallu un certain temps pour que les Européens prennent la mesure des grands bouleversements des dernières décennies. Cela suppose de sortir des idées toutes faites pour essayer de réfléchir par soi-même.

Née d’un processus d’unification, l’Union continuera de grandir par sa propre pratique, par la recomposition des identités diverses et par la communication permanente. Stimulée par le partage comme par la compétition, l’Europe ne cesse de s’édifier dans et par l’échange.

L’aisance nouvelle apportée par l’établissement du marché unique, la monnaie commune, l’harmonisation des législations, la coordination des infrastructures et la mobilisation des technologies les plus récentes n’est déjà plus un acquis à consolider, mais une norme à partager avec les nouveaux membres. L’œuvre de quelques-uns est devenue un droit pour tous. Les nouvelles générations traversent désormais tout le continent en

effaçant des barrières idéologiques, intellectuelles et psychologiques qui auraient été autrefois insurmontables.

Dans ce débat désormais permanent et structuré, qui englobe tous les aspects de la vie collective, chaque pays, chaque peuple, chaque citoyen entre avec ses convictions propres et veut légitimement se retrouver dans l'œuvre commune. Le développement de la vie démocratique à l'échelle de l'Union est à la fois fondamental et délicat. Il contribue par définition au renforcement de l'identité européenne, mais doit constamment prendre en compte la nécessité de plein respect de l'autre, dans toutes ses dimensions. Le passé douloureux, les sensibilités toujours vives et les incompréhensions inattendues peuvent ressurgir à tout moment: l'Europe future, c'est aussi cette vigilance de l'esprit et du sentiment.

Il est évident que les responsables publics, les forces politiques et les opinions des pays membres ne gagneront rien à s'engager dans une surenchère de nation à nation, dans la revendication d'un modèle exclusif ou prépondérant, dans un nouvel affrontement d'ordre idéologique, dans le soupçon simplificateur ou dans la contestation démagogique des nouvelles institutions et des règles communes. Un code de bonne conduite s'est déjà installé dans les esprits, sinon dans les comportements. Il gagnera à être encore consolidé.

La question religieuse est à cet égard centrale, puisque le christianisme est en Europe à l'origine de la notion fondamentale de la personne. Mais elle est aussi paradoxale: la foi a formé en profondeur les consciences européennes; elle a aussi participé aux affrontements. Historiquement, les guerres de religion ont suscité l'émergence d'une conscience européenne, et la paix religieuse encore relative de l'Age classique a été le premier pacte civil européen.

L'évolution diverse des nations, la propagation des Lumières, la révolution industrielle, l'expansion coloniale, la montée des idéologies, l'affrontement Est-Ouest et les priorités de la reconstruction économique ont ensuite renvoyé la question religieuse à la vie particulière de chaque peuple et au choix des consciences. Mais tout démontre aujourd'hui les limites d'une vision étroitement «séculariste» des sociétés européennes. La fin de l'oppression idéologique et la montée des fondamentalismes conduisent à une meilleure compréhension de la réalité: l'un des traits les plus marquants de l'Europe, c'est bien la séparation souple entre le politique et le religieux, et le plein exercice de la liberté de croyance comme condition de l'épanouissement de la personne et de l'enrichissement de la vie sociale.

Cette séparation a en fait suscité un dialogue permanent qui fait désormais partie du bien commun, assumé et même revendiqué par les

Eglises. Les avancées les plus récentes de la science elle-même obligent à mettre en avant la transcendance de la personne humaine afin de sauvegarder son inaliénable dignité. Des phénomènes aussi divers que la crise de la transmission entre les générations, les séquelles de la répression antireligieuse et l'envahissement d'une sous-culture médiatique et marchande ont conduit les responsables les plus attachés à la laïcité à reconnaître que l'ignorance à propos des religions est devenue une menace pour la vie et la cohésion de chaque pays comme pour le plein développement de la construction européenne.

Ce travail d'approfondissement de la conscience collective est lancé et doit être poursuivi résolument, puisque, après tant de drames et d'exclusives, il peut être aujourd'hui mené dans les meilleures conditions possibles.

- Il faut partir de la référence centrale aux droits de l'homme, porteurs de cette inlassable quête de sens qui, depuis plus de deux mille ans, a progressivement formé la conscience européenne, issue de la double tradition chrétienne et humaniste. Ces deux composantes de l'identité européenne ont survécu aux crises et aux drames dans lesquels elles ont failli disparaître ensemble. Elles sont indissociables.
- Le nationalisme, le totalitarisme, le racisme, le fondamentalisme et le terrorisme, quelles que soient la cause ou la forme particulière du moment, sont autant de menaces fatales pour notre continent, qui vit et vivra de la mémoire assumée et partagée, et de la reconnaissance intégrale et mutuelle de la liberté de croyance: celle-ci est bien la première des libertés, qui a progressivement organisé le pluralisme européen, principe de notre vie individuelle et collective.
- Nous reconnaissons dans chacune de nos convictions le point d'origine qu'est la voix de la conscience personnelle, instance suprême qui fonde l'exigence de la dignité humaine et lie ensemble toutes les valeurs européennes: l'homme passe infiniment l'homme, parce que chaque personne porte en elle toute la dignité de la condition humaine. Tel est le fondement de la solidarité qui inspire et organise la future Constitution européenne, la vie démocratique des Etats membres de l'Union, la recherche inlassable de la paix, le partenariat avec nos alliés et nos voisins immédiats, la coopération entre les grandes civilisations et la maîtrise de la mondialisation au service de l'homme.

L'identité européenne est un appel à créer, à se projeter et à partager, en choisissant toutes les formes concrètes de l'action que l'Europe rend possibles. La propagation du savoir, la recherche scientifique, le service des autres, la protection des plus faibles, la rencontre des cultures, l'aide au

développement, l'action humanitaire, la conquête de l'espace et la protection de l'environnement sont autant de chantiers de longue haleine où se construit notre citoyenneté élargie.

***For Europe: Dynamic of a Rich Common Identity***

*The daily French newspaper **Le Monde**, on Friday 14 November 2003, launched a call which we believe our duty to submit to the Readers of the "Cahiers".*

*Co-subscribers (in alphabetical order) were: Michel Albert, Member, Académie des Sciences morales et politiques of France; Raymond Barre, Former Prime Minister of France; Georges Berthoin, Honorary President, Association Jean Monnet; Olivier Clément, Orthodox Theologian; Emilio Colombo, Former Prime Minister of Italy, Senator for life; Etienne Davignon, Former Vice-president, Commission of the European Communities; Arpad Göncz, Former President, Republic of Hungary; Imre Kertész (Hungary), Nobel Prize for Literature 2002; Claudio Magris, (Italy), Writer; Jurgen Meyer, Member SPD of the Bundestag; Constantin Mitsotakis, Former Greek Prime Minister; Giorgio Napolitano, President, Commission for Constitutional Affairs, European Parliament, Former President of the Chamber of Deputies of Italy; Andrea Riccardi (Italy), Founder of the Community Sant'Egidio; Carlo Rubbia (Italy), Nobel Prize for Physics 1984; Wolfgang Schaübe (Germany), Member CDU at the Bundestag; Achille Silvestrini, Cardinal (Vatican City), Former Prefect Apostolic of the Congregation of Oriental Churches; René-Samuel Sirat, Former Chief Rabbín of France; Mario Soares, Former President of the Republic of Portugal; Jean Starobinsky, Writer and Essayist; Franz Vranitski, Former Chancellor of Austria; Theo Waigel, Former Minister of Finance of Germany; Richard von Weizsäcker, Former President of the Federal Republic of Germany.*

***Para Europa: La dinámica de una rica identidad común***

*El viernes 14 de noviembre 2003, el diario **Le Monde** publicó el texto de un llamamiento, del que consideramos oportuno hacernos eco en nuestros Cahiers.*

*Los cofirmatarios (en orden alfabético) han estado: Michel Albert, miembro de la Académie des sciences morales et politiques de Francia; Raymond Barre, ex Primer Ministro francés; Georges Berthoin, Presidente honorario de la Asociación Jean Monnet; Olivier Clément, teólogo ortodoxo; Emilio Colombo, ex Presidente del Consejo italiano y senador vitalicio; Etienne Davignon, ex Vicepresidente de la Comisión de las Comunidades Europeas; Arpad Göncz, ex Presidente de la República Húngara; Imre Kerétsz (Hungría), premio Nobel de Literatura 2002, Claudio Magris (Italia), escritor; Jurgen Meyer, diputado SPD al Bundestag; Constantin Mitsotakis, ex Primer Ministro griego; Giorgio Napolitano, Presidente*

*de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, ex Presidente de la Cámara de Diputados italiana; Andrea Riccardi (Italia), fundador de la Comunidad de Sant'Egidio; Carlo Rubbia (Italia), premio Nobel de Física 1984; Wolfgang Schäube (Alemania), diputado CDU al Bundestag; Achille Silvestrini (Ciudad del Vaticano), cardenal, ex Prefecto de la Congregación de las Iglesias orientales; René-Samuel Sirat, ex Rabino jefe de Francia; Mario Soares, ex Presidente de la República portuguesa; Jean Starobinsky, escritor y ensayista; Franz Vranitski, ex Canciller austríaco, Theo Waigel; ex Ministro de finanzas alemán; Richard von Weizsäcker, ex Presidente de la República Federal Alemana.*





## **Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire<sup>(\*)</sup>**

par

GIOVANNI TAMBURINO

Directeur du Bureau d'études, recherches, législation et Rapports  
internationaux, Département de l'Administration pénitentiaire  
Ministère de la Justice d'Italie

C'est dans la prestigieuse Université de Galatasaray (Turquie) que se sont déroulées, du 4 au 7 septembre 2002, les Journées de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire-FIPP sur le sujet "*Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire*".

1. Le Président de la FIPP, le professeur Andràs Szabo, dans son allocution d'ouverture des travaux de la première journée, a mis en évidence que la Fondation a voulu aborder le sujet pénitentiaire afin de souligner le lien étroit de ce domaine avec le sujet de la nouvelle criminalité et les soucis en matière de sécurité qui paraissent de plus en plus dans le débat social. En exprimant l'enthousiasme de la Fondation et de tous les participants pour l'abolition de la peine de mort en Turquie, qui a fait ainsi un pas décisif vers l'Europe, M. Szabo a évoqué les travaux de codification en cours, qui touchent aussi le domaine de l'exécution de la peine.

Après l'intervention inaugurale, le professeur Tezi Erdogan, Recteur de l'Université de Galatasaray, dans son rapport, a souligné l'importance de la dimension internationale dans le processus de développement du droit pénitentiaire, et il s'est arrêté, en particulier, sur deux problèmes: l'aspect logistique, qui est souvent sous-estimé, alors que les structures carcérales peuvent produire de la violence ou, au contraire, faciliter la sécurité; l'aspect de la formation du personnel, dans lequel les connaissances de

---

<sup>(\*)</sup> Compte-rendu des Journées de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire-FIPP organisées à Istanbul (Turquie) les 4-7 septembre 2002.

l'informatique et une préparation qui garantit sa propre sécurité et celle des autres sont importantes.

Le sujet des bâtiments pénitentiaires a été repris par le doyen le professeur Duygun Yarsuvat, qui a rappelé les progrès accomplis par le Ministre de la Justice en prévoyant de nouveaux bâtiments où, à côté du principe de la sécurité obtenue par l'isolement, est visible l'effort d'atteindre un consensus entre le personnel et les détenus, qui ne sont plus considérés les "objets" de l'exécution pénale.

Le Ministre de la Justice, Mme Aysel Çelicek, qui a fait son intervention immédiatement après, a affirmé, que tout récemment, le problème pénitentiaire a explosé, sans qu'aucune académie, à l'exception de l'Université de Galatasaray, ne s'en aperçoive à temps. Le Ministre a souligné la gravité de la situation, qui montrait qu'il était pratiquement impossible d'utiliser une partie des établissements pénitentiaires soustraits au contrôle du personnel, qui ne pouvait même pas entrer dans les grands dortoirs. Elle a aussi évoqué le problème des dépenses (il y a autant de détenus – 60.000 – que de personnel) et la difficulté de bâtir des établissements où les droits de l'homme soient garantis conformément à l'intention de la Turquie. Un contrôle judiciaire sur l'activité de l'administration pénitentiaire a été introduit à travers la loi qui a institué le juge de l'exécution et à travers la création d'une sorte de ombudsman ("Conseil de suivi"). En abordant le chapitre épineux des prisons de type "F" (système à cellules individuelles), elle a affirmé que, en général, ces établissements ne portent pas de désavantages, vu que les détenus peuvent téléphoner, faire des activités sportives, s'occuper de la rédaction de journaux de sports et d'autres activités semblables. Un vrai isolement n'existe pas, mais il y a des détenus qui refusent les activités en commun.

Le professeur Sulhi Dönmezer a présenté un rapport sur le contenu et les principes du projet de loi sur l'exécution des peines et des mesures ("*The content and the principles of the Draft Law on the enforcement of measures*"). Après avoir affirmé que quatre sont les principes qui doivent être intégrés harmoniquement entre eux: ordre, contrôle, traitement et justice, il a rappelé qu'en Turquie, depuis trois ans, on est en train de supprimer les dortoirs en les substituant par les établissements de type "F", ce qui représente un succès, puisque le système des dortoirs offrait une pépinière au terrorisme. Un nouveau projet, qui malheureusement risque de déchoir à cause de la fin imminente de la législature, est axé sur les normes de traitement, et inclut la classification des détenus et la différenciation. Quant à la peine de mort, aujourd'hui abrogée, elle n'était plus appliquée depuis 18 ans.

Le vice-directeur des établissements de détention, M. Yilmaz Sağlam, a illustré le système pénitentiaire turque. Les peines sont (exclue la peine de mort) la détention, l'amende et les peines alternatives. Le Procureur de la République est le responsable de l'exécution, tandis que les problèmes logistiques relèvent du Ministre. À partir de cette année, la peine de mort, qui avait montré une faible efficacité de prévention, a été abrogée. Les amendes aussi ont une faible efficacité de dissuasion. Il en est de même pour les peines brèves de détention de courte durée. Voilà pourquoi l'attention se pose sur la peine de détention.

Le système se compose de 126 prisons, dont 3 maisons de correction et 36 maisons ouvertes (les autres étant des établissements fermés). Dans les prisons il y a un haut état conflictuel. Les détenus sont (2002) 58.665, dont 28.837 condamnés et 29.798 prévenus. Les femmes sont environ 2.500 (4%) et les mineurs 4%. Les terroristes sont 8.169, les auteurs de crimes "mafieux" sont 884. Au total, 9.055 détenus, 15% de la population pénitentiaire, sont considérés comme dangereux et sont affectés à des quartiers de haute sécurité. Les étrangers (surtout ROM) sont 1.049 (1,78%).

Le système souffre de surpeuplement. À Istanbul, par rapport à une capacité de 5.313 détenus, il y a une présence de 11.000 à 14.000 détenus, tandis que la province a un taux de surpeuplement de 32,57%. Le Gouvernement est actuellement engagé dans la construction de nouveaux établissements.

Un problème très sérieux est celui des dortoirs. Les établissements à cellules individuelles sont à présent 1,23%, contre 98,77% de ceux à dortoirs. On se propose de renverser les proportions, selon la réforme pénitentiaire en cours depuis 1998.

Il faut dépenser, mais l'opinion publique est contraire et en général elle est hostile aux réformes.

Personnel: 31.014 membres du personnel technique, 25.311 autre personnel. Il manque 5.738 personnes, surtout psychologues, médecins, assistants sociaux. Il y a un problème de "qualité" dû à une carence de formation. Le budget du Ministre de la Justice absorbe 0,98 % du Bilan de l'État, dont 36,3 % est réservé au secteur pénitentiaire et 63,61% aux autres secteurs du Ministère.

Sur ces interventions de la Session d'ouverture un vaste débat s'est engagé, qui a concerné, entre autres, les sujets du régime progressif, de la différenciation des détenus, de la liberté surveillée, de la libération conditionnelle, de la condamnation à perpétuité (et en particulier de l'application de la condamnation à perpétuité au lieu de la peine de mort), de la privatisation (rejetée énergiquement par la Commission qui s'occupe

actuellement en Turquie de la réforme pénitentiaire), de la drogue en prison, du travail et du taux de détention. À propos de celui-ci, on a rappelé que le taux de détention a beaucoup baissé (de 113 à 80 pour 10.000 habitants) suite surtout à une récente mesure de clémence.

2. Dans la Session de l'après-midi, présidée par le professeur Francisco Bueno Arus, membre de la FIPP, après le rapport sur l'architecture carcérale présenté par M. Niels Erik Lie (magistrat norvégien, membre de la FIPP), M. Mehmet Öztosun (directeur d'établissement pénitentiaire) a fait son intervention. Après un historique sur le système pénitentiaire turque, en ce qui concerne la situation actuelle, il a rappelé que la capacité est de 72.000 places, dont seulement 82% (58.665 détenus) sont occupées, et que les trois systèmes en vigueur sont:

- en communauté (ou collectif)
- cellules individuelles
- isolément nocturne et vie en commun le jour.

Depuis l'époque ottomane, le système qui prévaut est celui à grands dortoirs.

Après la loi contre le terrorisme (1991), les prisons de type "F" ont été créées (à cellules individuelles), dont la construction, commencée en 1990 comme réponse au grave problème du terrorisme et de la "mafia", a été achevée en 2000, avec des frais limités.

Une donnée chronique du système pénitentiaire turque est la série de tentatives répétées d'évasion et de fuite.

On a fermé plusieurs établissements petits. L'introduction d'établissements de type "F" représente une réforme radicale contre laquelle les détenus terroristes ont déclenché une réaction, puisque dans le système des dortoirs ils pouvaient facilement faire une activité de recrutement.

À présent il y a 24 détenus qui poursuivent une grève de la faim à outrance pour s'opposer au système des cellules. Néanmoins, on peut mesurer déjà des effets positifs: les meurtres en prison ont diminué, ainsi que le repérage d'objets interdits, etc. Le système a été favorablement accueilli par l'opinion publique.

Maintenant on est en train de projeter la prison de type "L", à sécurité moyenne (les portes des cellules seront fermées de l'intérieur, étant bien entendu le pouvoir de l'Administration de faire des contrôles, par exemple pour la prévention des suicides). Un système d'alarmes et d'interphones est prévu. Le personnel pourra observer à travers une caméra vidéo installée

dans les cellules. Un problème de “couverture légale” se posera, du fait que pour la plupart de la journée le détenu sera hors du contrôle.

Le directeur M. Öztosun, à une question posée concernant la mobilité, répondait que, après une certaine période, le détenu peut demander d’être affecté au circuit ordinaire. En particulier, si le détenu a eu une bonne conduite, après avoir purgé 1/3 de la peine dans le circuit de type “F”, il peut être affecté au circuit ordinaire.

M. Hasan Kivircik (architecte qui travaille pour le Ministère) a illustré les principes et les critères desquels historiquement l’architecture carcérale turque s’est toujours inspirée et il a expliqué la tendance actuelle à déplacer les prisons des centres des villes (même si vers des lieux non éloignés de la ville).

3. Le jour suivant (le 5 septembre), la Session, présidée par le professeur Koksul Bayraktar de l’Université de Galatasaray, a été ouverte par l’intervention du professeur Stefan Trechsel de l’Université de Zürich, ancien président de la Commission Européenne des Droits de l’Homme.

M. Trechsel a éclairci la fonction “préventive” des interventions “répressives” de la Cour, en abordant en particulier le problème du traitement intolérable, qui entraîne une violation de l’article 3 de la Convention (il a mentionné le cas de Kalashnikov v. Russie, où la détention se déroulait dans des cellules sordides et dans des conditions de grave insalubrité) et le problème du suicide (sous l’aspect de la “prise en charge” et de l’“omission” de la prise en charge): cas Kennan v. Angleterre.

Mme le professeur Sebnem Korur Fincanci, médecin légiste de l’Université d’Istanbul et membre de l’Association médicale turque pour la protection des droits de l’homme, est intervenue à propos du code d’éthique du médecin contre la torture et contre la violation des règles minima de traitement des détenus, en mettant en évidence une certaine insatisfaction qui impose que des progrès soient faits dans ce domaine.

Le professeur Erol Cihan de l’Université d’Istanbul, vice-président de l’Association turque de Droit pénal, a présenté la réforme qui doit aller vers la juridictionnalisation, en tenant compte de la position centrale de la personne, reconnue comme valeur commune aussi par les religions (sans aucune différence entre Islam et Christianisme). Le chemin à parcourir, a-t-il ajouté, est celui qui est indiqué par l’article 27 de la Constitution italienne: il est vrai que le caractère d’affliction de la peine ne peut pas être éliminé, mais il est acquis que la peine n’est pas exécutée *afin* d’affliger. Elle doit tendre à la rééducation du condamné.

De cela, M. Cihan a tiré des “principes en matière d’exécution”:

- légalité;
- égalité des détenus;
- vu que la détention est une peine en elle-même, puisqu'elle entraîne la perte de la liberté, elle ne doit entraîner aucune autre affliction.

M. Cihan a souligné l'importance de la formation du personnel et l'exigence de confier la surveillance (aussi) au personnel civil.

4. Pendant la Session du matin, M. Ugurtan Altun, juge qui travaille au Ministère de la Justice, a parlé de l'exécution pénale en Turquie ("*New codification in penitentiary field*"). Il a rappelé que l'année dernière l'article 16 de la loi anti-terrorisme a été modifié, dans le sens de faire dépendre le traitement pénitentiaire du comportement du détenu. Aujourd'hui il est possible que même dans un établissement de type "F" le détenu participe à des programmes de traitement. En fait, il y a 211 détenus de ce type qui participent à des activités en commun. La "loi sur les juges de l'exécution de la peine" – déjà entrée en vigueur – prévoit le contrôle judiciaire sur les activités pénitentiaires. Les juges de l'exécution sont nommés par le Ministre de la Justice, après l'avis favorable de la Commission des Juges et des Procureurs, et ils ont des compétences aussi en matière disciplinaire (art. 116). Le Conseil de la Magistrature turque a nommé dix juges. Il y a eu quatre mille instances, dont mille ont été reçues.

Suite à une autre loi, les ONG peuvent intervenir dans les établissements.

La loi prévoit aussi des "Commissions pénitentiaires" dont les membres sont choisis sur la base des conditions requises de moralité et de professionnalisme. On a introduit de nouveaux statuts pour les établissements et la réglementation des coups de téléphone a été revue. Il existe une loi sur les centres de formation professionnelle du personnel pénitentiaire. La nouvelle loi sur le système pénitentiaire est en train d'être préparée.

5. La session de l'après-midi, présidée par M. Haluk Mahmutogullari, directeur du Département de l'Éducation du Ministère de la Justice, a été consacrée à approfondir le sujet de la formation.

La première intervention a été faite par le professeur Pierre-Henri Bolle des Universités de Galatasaray et de Neuchâtel, vice-président pour l'Europe de la Société Internationale de Criminologie.

M. Bolle a souligné l'exigence de transformer une profession qui aujourd'hui est méconnue par la plupart du public, malgré son essence, qui consiste à être un "métier d'hommes". Les buts de la formation ne doivent

pas être trop ambitieux, car cela serait contre-productif. Il faut être concret, en tenant compte aussi de la complexité du rapport entre agents et détenus : un rapport ambivalent, vu que si un détenu a de bonnes relations avec un agent de surveillance, il perd toute considération de la part des autres détenus.

Il est donc nécessaire de:

1. changer radicalement le critère de recrutement;
2. faire précéder la formation par un stage avec les anciens pour entrer en contact avec la situation *réelle*;
3. harmoniser la théorie et la pratique;
4. conclure la formation par un diplôme;
5. prendre soin de la formation des formateurs;
6. mettre en place la formation permanente;
7. s'interroger si la formation peut être privée, alors que les prisons sont privatisées.

M. Bolle a terminé en confirmant la nécessité d'un grand mouvement d'unification du droit pénal, comprenant aussi la formation du "pénitentiaire", afin de pouvoir accomplir une "mission" qui semble "impossible".

M. Yilmaz Sağlam, magistrat et formateur et, depuis 1989, directeur et procureur dans un établissement pénitentiaire, a affirmé que le droit pénitentiaire n'est pas appris aux magistrats turques.

"Je me sentais un étranger dans ce lieu – a-t-il affirmé – mais le personnel aussi se sent étranger, noyé dans la masse énorme de documents d'ordres, de circulaires, etc."

Dans cette situation, c'est la sous-culture pénitentiaire qui fait les règles.

Il y a 25.313 personnes qui ont en charge le système entier et qui s'occupent de 32 "métiers" différents.

Depuis 2000 le Ministère de la Justice commence à s'ouvrir à la dimension internationale. Mais le métier pénitentiaire continue d'être considéré "le dernier choix".

Ceux qui font ce métier finissent par "s'y résigner". La fierté de leur uniforme n'existe pas. Pourquoi? Parce que la société a une image méprisable d'eux.

1. La formation doit réussir à leur donner une autre identité, un autre statut, du respect et de la confiance en eux-mêmes.
2. La sous-culture carcérale doit être battue par l'application des règles.
3. Dans les autres services il y a de l'harmonie et de la convergence entre personnel et clients.



4. Ici, au contraire, il y a une contradiction aiguë, un contraste permanent, des conflits.

Il faut faire face à cette contradiction en cherchant à l'affaiblir, tout en étant conscient qu'elle ne pourra pas disparaître. Il faut en parler. Le fait d'en parler évite le recours à la violence.

Depuis deux ans nous avons un Centre de formation permanente. Presque 1000 personnes sont en cours de formation. Il s'agit de fonctionnaires affectés aux établissements de type "F", choisis parmi les nouveaux. Il suivront la formation en groupes de 200, pour 8 semaines : 5 de théorie, 3 de pratique. Dans le cours théorique ils étudient, entre autre: psychologie du détenu; psychologie du personnel; cours de communication avec les détenus; droit de base; droits de l'homme; premier secours; sport; protection rapprochée.

Il y a aussi les cours pratiques dans les établissements d'affectation.

L'examen est très sélectif. Ceux qui ne réussissent pas doivent refaire le cours ou s'en aller.

En deux ans, on a formé 2.500 personnes sur 25.000 !

Ömer Cem Karacaolu, de l'Université de Ankara, dans son rapport a achevé le tableau, en éclaircissant que 70% du personnel (17.000 sur 25.000) est composé d'agents de surveillance, que la formation a concerné 2.333 agents pénitentiaires et 20 assistants sociaux et que le recrutement se fait par le moyen d'un concours central.

Dans le débat beaucoup de questions ont été posées sur l'horaire de travail (3 postes de 8 heures) et sur les salaires ("très bas" – M. Sağlam n'a pas voulu en dire davantage).

D'autres questions ont concerné la possibilité de dialoguer avec certaines catégories de détenus ("un dialogue imposé est-il possible?" – a demandé M. Valloton de l'Administration pénitentiaire de Lausanne), la supervision psychologique régulière pour le personnel (pour les agents agressés est prévue une heure d'entretien avec un psychologue) et (après une question de M. Kellens) la justice réparatrice.

6. Dans la session de la matinée de vendredi 6 septembre, présidée par M. Jorge de Figueiredo Dias, de l'Université de Coimbra, M. Kenan Ipek, directeur des ateliers de travail du Ministère de la Justice, a rappelé que, depuis 1932, il existe une loi, réformée en 1943, qui prévoit des "Ateliers de travail", des organismes doués d'un budget spécial.

En 1950 ils étaient 29. En 1959 ils étaient déjà 78 et 5.000 détenus y travaillaient. En 1960 ils étaient 107 et 10.000 détenus y travaillaient. Ensuite, à cause des événements de terrorisme, il y eu une baisse. Aujourd'hui, dans les établissements, il y a les *Centres de Travail*.

Depuis 1996, le processus de réforme a repris, duquel est issue, en 1997, la loi pour le développement des Centres de travail dans les établissements.

Caractéristiques du travail pénitentiaire: ce n'est pas un travail forcé; c'est un vrai travail.

La loi du 6 août 1996 a créé auprès du Ministère de la Justice une direction pour le travail. Dans l'ensemble du système il y a 163 Centres.

10 % des 58.665 détenus (au 31 juillet 2002) travaillent dans les Centres (environ 2.500 personnes). Il s'agit d'habitude d'établissements "ouverts"; le produit est 4 millions par jour. 25% des profits est crédité de nouveau en tant que participation aux bénéficiaires.

Les travaux les plus fréquents: construction de meubles (80% pour le Ministère de la Justice, 20% pour les ministères); restauration d'immeubles; habillement; agriculture.

La marche des profits nets des Centres a été la suivante:

1997	- 694 millions
1998	- 2 milliards
1999	- 3,5 milliards
2000	- 5 milliards
2001	- 9,5 milliards

Pour des raisons de sécurité, les travaux de tapisserie ont été abandonnés, mais on est en train de les reprendre après la mise en place des cellules individuelles.

Aujourd'hui il y a 3.000 détenus qui travaillent, on pense arriver à 10.000.

La loi anti-terrorisme (art. 16) interdit d'affecter aux Centres de travail les détenus soumis au régime spécial.

Dans deux ans on devrait parvenir à 25% de détenus qui travaillent, par rapport à 10% d'aujourd'hui.

7. Le professeur Edmundo Oliveira de l'Université de Belem a présenté un rapport sur la justice en Amérique latine, en mettant en évidence les conditions dramatiques d'une justice sélective, qui ne frappe que les misérables. 70% des détenus vient de familles avec un salaire de moins de 80\$ par mois. 91% n'a pas terminé l'école primaire. 7 détenus sur 10 ont moins de 25 ans, et dans 50% des cas il s'agit de noirs.

Les frais par détenu sont le double de ce que le Gouvernement dépense pour l'assistance à un enfant. Néanmoins, les prisons sont énormément surpeuplées et les crimes sont toujours répandus. L'âge où les enfants commencent leurs expériences criminelles baisse (ils commencent à 11-12

ans), 30% des enfants quitte l'école primaire. Dans les prisons, les bandes ennemies s'affrontent dans un climat de corruption et de terreur. Il suffit de payer pour faire entrer des armes.

8. M. Mustafa Saldirim, Juge "rapporteur" – Directeur de l'Éducation et de la Réhabilitation ("Activités de rééducation") du Ministère de la Justice, a fait un exposé sur "Travail et Formation".

L'article 42 de la Constitution établit que tous les citoyens ont le droit à l'éducation et à la formation. Donc les détenus aussi. L'article 110 de la loi pénitentiaire turque prévoit les finalités de la formation, de l'éducation, de la récréation.

2.354 détenus sur 58.000 sont analphabètes (juin 2002).

Outre les cours d'alphabétisation qui concernent ces détenus, il y a aussi d'autres cours. On est passé de 6.883 cours en 1997 à 12.512 en 2002.

5.420 détenus ont obtenu un diplôme en 2001, et dans la même année 1.060 ont obtenu un travail.

Il y a aussi des cours de morale et de religion qui, suite à un protocole signé le 15 mai 2001, doivent exister partout (mais la participation n'est pas obligatoire).

Les cours scolaires sont gratuits. Il existe des cours supérieurs qui en 2001 ont concerné 1.304 détenus (dont 184 ont obtenu un diplôme). La participation aux cours universitaires est aussi prévue. Dans ces cas, les détenus sont accompagnés par une escorte. En 2000, 241 détenus ont passé l'examen d'accès à l'Université (et 175 se sont inscrits); en 2001, ils ont été respectivement 203 et 143.

Il y a des bibliothèques (article 4 de la loi pénitentiaire), un service psycho-social et des services post-carcéraux. La loi sur les "Conseils de surveillance" (dans lesquels il y a un magistrat et du personnel qui n'appartient pas à la magistrature) a prévu l'ouverture à la société civile et au volontariat. Il est possible de visiter les prisons (on cite le cas de l'organisation appelée "Les épouses des magistrats").

Il y a une autre association pour les enfants ; mais pour les adultes, il n'y a pas beaucoup.

*Conclusions:* un système en transformation, parcouru de tensions très fortes.

9. Dans l'après-midi de vendredi on a fait une visite à la prison de type "F" de Kokaeli. Il a été possible de parler avec des groupes de détenus, de visiter des cellules et de visiter une partie de l'établissement, accompagnés du Directeur.

On a visité des ateliers, où les détenus étaient en train de travailler en groupe (travaux artisanaux en bois, peinture, construction d'objets simples tels que boîtes ou couvertures de livres), les salles de classe et les lieux de récréation. Il y a des cellules qui ne sont pas individuelles. Il y a des cellules pour trois personnes. Il a été possible de visiter des cellules momentanément vides. Les lieux de promenade se trouvent dans des étroits préaux entourés de hauts murs. Le bâtiment est très récent, doué de systèmes de sécurité modernes (vidéo-caméras, enceintes avec alarmes, miradors fortifiés), situé dans un endroit isolé, à plusieurs kilomètres des endroits habités. L'aspect est celui d'un établissement efficient et très discipliné.

10. La Session de samedi 7 septembre, présidée par le professeur Sulhi Dönmezer, a été consacrée aux conclusions, confiées au professeur Georges Kellens, de l'Université de Liège.

M. Kellens a d'abord souligné l'importance d'invertir la présentation du catalogue des sanctions, de façon à ce que la peine de détention devienne la "*extrema ratio*". De cette affirmation initiale, il a tiré quelques conséquences.

a) L'architecture doit fermer le moins possible. Elle doit proposer une rationalité, qui signifie surtout flexibilité, inspirée d'une vie qui soit "aussi normale que possible".

b) Le mot "traitement" est âgé de 40 ans et se base sur l'idée de la possibilité d'amener à un changement par le moyen du traitement.

Aujourd'hui, il faut mettre au centre les droits de l'homme, l'"offre" de laquelle peut dériver une approche consensuelle.

Avec une précaution: "trop de droit tue le droit". Il faut pour cela identifier et protéger "le cœur" des droits. Mais le droit pénitentiaire ne doit pas être un droit mineur.

Aussi bien que la médecine pénitentiaire, qui doit s'approcher de la médecine généraliste.

Il en est de même pour la formation.

c) Le personnel: de la milice à la police, aux travailleurs sociaux: à travers la formation.

Inscrire le milieu "pénitentiaire", à niveau européen, dans le monde de la justice et de la police. Remettre en valeur la profession, même par un "marketing" adéquat. Culture du respect liée à la formation de bons agents de surveillance. Prendre en

considération la victime (le surveillant aussi peut devenir une victime).

a) Préparation et formation des détenus.

La prison doit devenir un espace de sécurité et de droit grâce à un message croyable.

M. Kellens a ensuite fait des recommandations:

*A) Recommandations générales*

A1) Voir le caractère systématique de l'univers pénitentiaire. Chaque élément interagit avec tous les autres.

A2) Emprisonnement comme dernier acte.

A3) Établir des objectifs et des principes communs à niveau mondial. Quelques-uns de ceux-ci doivent être absolus, reconnaissables, immédiats. D'autres peuvent être achevés par étapes.

*B) Architecture*

B1) Bâtiments ouverts vers l'intégration avec la société libre.

B2) Flexibilité.

B3) De vastes espaces consacrés aux activités d'éducation et de formation (c'est la dignité du détenu qui est en jeu).

B4) La société civile doit avoir la possibilité d'intervenir en matière de bâtiments pénitentiaires.

*C) Droits de l'homme*

C1) Protection de l'État, afin d'assurer la réalisation des droits, la protection des maladies, des violences, etc.

C2) Dans n'importe quelle situation de détention les droits doivent être garantis.

C3) Des remèdes répressifs, mais préventifs aussi, contre le risque de lésion des droits de l'homme. Les "Conseils de Surveillance" ne doivent pas avoir seulement des pouvoirs de consultation, mais de décision aussi.

C4) Il faut assurer les soins de santé (physiques et psychiatriques) tout comme dans la société libre.

*D) Le personnel*

D1) Selon ce que M. P.H. Bolle a affirmé, il faut viser à: recrutement, formation, pré-expérience, maturité, caractère, psychologie, stage de formation, information, droit et règlements, mais avant tout aux informations pratiques, opérationnelles, concrètes.

D2) Les trois "S": Sécurité, Santé, Salaire.

D3) Formateurs: Formation permanente. Spécialisation. Reconnaissance pour ceux qui suivent les cours. Les étrangers. Le problème de la formation privée.

Il partage les propositions:

- de placer le domaine pénitentiaire comme “troisième pilier” à niveau européen – avec justice et police ;
- de modification (actualisation) des règles pénitentiaires européennes;
- de la création d’une fondation pour la formation professionnelle des détenus en Amérique latine;
- du placement au travail des anciens détenus. Avec précaution: il ne s’agit pas de créer des privilèges, mais d’éliminer la discrimination négative;
- de l’approche consensuelle et de l’offre de services (parmi lesquels le travail: doutes sur l’obligation au travail).

Au cours du débat final, on a suggéré d’insérer la mention du droit de se faire soigner par son propre médecin de confiance (Trechsel) et l’on a reconnu qu’il est juste d’invoquer la présence de la société civile, et non seulement lorsqu’il s’agit de bâtir des établissements pénitentiaires. Enfin, on a suggéré de placer au premier rang l’affirmation de la maîtrise du droit et de la sécurité.

11. C’est le moment de conclure: le bilan de la Rencontre, qui s’est déroulée dans un climat de dialogue, favorisé par une hospitalité particulièrement cordiale et par des rencontres informelles, est tout à fait positif pour la richesse des contributions, la compétence des participants, la complexité du débat. Le travail intense des Sessions a permis de retracer les aspects principaux de l’institution pénitentiaire et de constater la volonté des autorités turques d’aller vers la construction d’un système pénitentiaire de plus en plus proche des standards européens. Le rapport du CPT, rédigé après la visite de septembre 2001, diffusé en janvier 2002, avec le consentement du gouvernement de Ankara, confirme l’évolution en cours dans le régime de l’exécution pénale de la Turquie. Il faut rappeler aussi, à ce propos, le Séminaire qui a eu lieu à Ankara du 30 septembre au 1 octobre 2002 sur le “Rôle du personnel impliqué dans l’évaluation de la personnalité des condamnés dans les systèmes pénitentiaires européens”, organisé par le Conseil de l’Europe en collaboration avec le Ministère de la Justice turc dans le cadre du “Pacte de Stabilité pour le Sud-Est de l’Europe”. Il s’agit de signaux différents et multiples qui, dans leur ensemble démontrent une attention croissante pour les pratiques et les règles compatibles avec le respect des droits de l’homme. Les Journées de la FIPP peuvent être considérées de plein droit une étape significative dans ce processus de renouvellement.



**ISPAC International Conference**  
**Crime and Technology: New Frontiers for Legislation, Law**  
**Enforcement and Research**  
**(Courmayeur Mont Blanc, Italy, 28-30 November 2003)**

**Report**

by  
MATJAŽ JAGER  
Institute of Criminology at the Faculty of Law  
University of Ljubljana, Slovenia

This international Conference was organized at the initiative of the International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme (ISPAC), Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (CNPDS) and in cooperation with the UN Office on Drugs and Crime (UNODC) based in Vienna.

More than one hundred participants from all over the world were welcomed by Mr. Romano Blua, Mayor of Courmayeur, Mr. Lodovico Passerin d'Entrèves, President of the Courmayeur Foundation, Mr. Carlo Perrin, President of the Regional Government of the Aosta Valley and Professor Guido Rossi, Chairman of ISPAC.

The aim of the Conference was to address the manifold and polymorphous links between crime and technology. As the title suggests, the emphasis was put in particular on the legislative, law enforcement and research perspectives of the crime-technology link. In his introductory keynote address Under-Secretary-General Antonio Maria Costa, Executive Director of the United Nations Office on Drugs and Crime, pointed out several issues and concerns that ought to accompany our thinking about crime and technology. Conceptually speaking the advanced technology



impacts the situation in two major ways. On the one hand, it creates new opportunities for perpetrators. On the other hand it also provides to the law enforcement agencies new, more effective, tools for tackling crime. Both these developments deserve a unique attention on their own, but at a certain level they become deeply interrelated. The development in both areas is interconnected and rapid. We can observe that both sides do try to achieve the decisive advantage and to outmanoeuvre the other side. Or, perhaps more precisely, the law enforcement side constantly strives to catch up with the ingenious perpetrators.

The impact of advancing technology on crime and the consequent responses from the legal, law enforcement and research perspective were the four focuses that divided the Conference into four Sessions.

First, the Introductory Session dealt with the phenomenology of the technology/crime intersection. The first speaker Professor Ernesto U. Savona introduced a valuable overview of the impact of technology on society and crime. In particular he focused on the rapidly developing information and communication technologies (ICT). Although not designed with this purpose in mind, the new technology can be and is exploited for crime purposes. The advantages it offers to the offenders are manifold; among others the ICT allows the perpetrator to “go global” at no substantial costs, the transactions are fast, relatively inexpensive; the equipment is easy to use and available legally and without difficulty. Also, generally speaking, risks of discovery are at this time relatively low, many aspects in this field are under-regulated, if not totally un-regulated and the vast amounts of ignorant, naïve and unorganized anonymous victims ready available. Not to mention those that don’t even know they were victimized.

The new technologies may be used as a tool for committing traditional crimes or they may be the object or a target of a crime. It seems likely that organized crime and white-collar criminals will be among the first ones to exploit these novel opportunities and tools. Thus the need for knowledge and subsequent effective crime policy measures is pressing. On the other hand the research is still more or less at the launching stage.

While Mr. Chris Painter of the Computer Crime and Intellectual Property Section of the US Department of Justice focused on the typologies of cyber-crime and likely future trends in this area, Professor Nicholas Dorn, School of Social Sciences, Cardiff University, dealt with the impact of advances in technology on organized crime and terrorism. Looking at a small number of cyber-crimes Professor Dorn focused on the way criminology has so far “accommodated itself” in the cyber-space. Are the traditional criminological frameworks of analysis applicable in this area and (if yes) to what extent? In addition, Professor Dorn raised various

questions concerning the phenomenon of cyber-wars and the obvious elements of militarization of the anti-crime efforts – in particular in case of cyber-terrorism. In these circumstances the rule of law principles of constraint may be jeopardized.

The last speaker in the Introductory Session was Professor Michael Levi, Professor of Criminology, Cardiff University. He commented in particular the impact of new technology on economic and financial crime. Here the new technology may influence the *modus operandi* to various degrees, not always very revolutionary. On the one hand it influences the organization of commerce, on the other hand the organization and features of control (and prevention) mechanisms that are constantly developing. The best method to ascertain these changes is to look closer to specific crimes and specific enforcement (prevention) problems.

The Second Session focused on the huge challenges imposed by the new technology upon law and regulation. The introductory speaker Professor Fausto Pocar, Vice-President, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, analysed various such problems and in particular the way these issues were addressed by the Council of Europe Convention on Cyber-Crime which is open for signature starting from 23 November 2001 (but has – with only four ratifications so far – not yet entered into force). This Convention is very important since it is the first international treaty dealing with crimes committed via Internet. The Convention defines the offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems (Ch. II, section 1). It also deals with issues of procedure, search and seizure of stored data, interception of content data, jurisdiction and international cooperation (Ch. II, section 2, 3 and Ch. III). This Convention ought to provide the basic necessary legal tool for the creation of an effective crime policy in this area.

The next speaker Ms. Lucie Angers of the Canadian Ministry of Justice addressed the legislative issues and in particular the problem of the legislation lag in the area of cyber-crime. Due to the rapid development “on the ground” the existing laws ought to be periodically reviewed and updated. Ms. Angers also expressed her *caveat* that legislative and international co-operation efforts will be in vain if cyber-crime safe-heavens exist. This problem might turn out to be very serious, since experiences from other areas of crime have taught us a lesson that eliminating safe-heavens in today’s world is very difficult if not impossible.

Mr. Giuseppe Busia from the Italian Personal Data Protection Authority and Mr. Francesco De Leo of the Italian *Direzione Nazionale Antimafia* addressed the very central issue of trade-offs between security and human

rights. This issue was – indeed and rightly so – repeatedly raised throughout the Conference. In the Final Recommendations,\* that were accepted at the end the Conference, the participants stressed that “human rights should not be compromised at any level of substantive and procedural mechanisms concerning the detection and repression of computer-crime”. In this respect policy initiatives should seek and implement complementarity rather than opposition between the two values.

Mr. Danny de Temmerman, Administrator European Commission, DG Justice and Home Affairs, focused on the European Union approach to the problems of cyber-security. He presented the track record of EU efforts and initiatives in this area. In particular, since the year 2000, a number of important policy-decisions have been taken. The aims of these measures are to achieve a common level of approximation of the criminal law in order to enable an effective prosecution of these crimes and to avoid already mentioned cyber-heavens. The EU also established a specific agency called EU Network and Information Security Agency. The Agency has no enforcement powers: the emphasis in its work is on preventive measures, expertise, coordination and awareness rising.

The Third Session entitled “New Challenges for Law Enforcement” took place in the afternoon of the second day. After the introduction of Professor Gloria Laycock, the Director of the Jill Dando Institute of Crime Science, the first speakers Mr. Carlo Bui from the Italian Police, Mr. Filippo Ricciarelli from the Italian *Carabinieri* and Mr. Marco di Pierdomenico of the Italian *Guardia di Finanza* addressed the issue of technology and intelligence activities. This same issue was the focus of the intervention of Mr. Neil Bailey of the UK National Criminal Intelligence Services.

Mr. Kenneth Melson, the President of the American Academy of Forensic Sciences and Mr. Herman Schmitter of the German Federal Criminal Police Office presented some fascinating details on the way new technology improved the identification possibilities of the law enforcement in their respective countries. In particular the DNA analysis represents a major step forward in this respect. All kinds of databases are rapidly growing and the number of particular identification matches is growing accordingly. Obviously the forensic use of various databases substantially improved the effectiveness of law enforcement.

The last speaker in this session Mr. Hans Deroo, the Intelligence Analyst from the Europol, presented a very informing case-study of a real

---

\* (see. *infra*)

life child pornography network case (operation Twins). Based on his law enforcement experiences, Mr. Deroo in such transnational cases recommends (in a nutshell): international coordination and knowledge sharing that can prevent duplication of efforts, continuous training of law enforcement and judicial authorities, creation of international databases, information exchange and cooperation with other potential partners, notably business.

Finally, the Fourth Session focused on the crime-technology link as a new challenge for research and curricula development. The introductory speaker Professor Ronald Clarke, School of Criminal Justice, Rutgers University, challenged the audience with his comparison of the so-called “crime science” over the traditional criminology. In contrast to criminology which strives to understand crime (in this way or another and with various success), the so-called “crime science” simply wants to reduce it. According to Mr. Clarke crime science should focus on factors that can be changed and should accept the rest as a *facit* (assuming, of course, that these two categories are easily distinguishable). In addition crime science should focus primarily on crimes and not on criminals. His assumptions stemming from routine activity and rational choice theory are that crime should not be observed as an abnormal activity of deviant individuals and that the reduction of opportunities ought to be the central orientation. The cyber-crime area offers a nice example of crimes driven by greed and enabled by the vast opportunities that the new technologies provide. In comparison to cohort studies, criminal careers studies and regression analysis of the “old” criminology, the more appropriate research methods of the “new” crime science are: crime patterning, hot spots analysis and crime mapping.

Professor Cindy Smith, Director, Criminal Justice Graduate Programme, University of Baltimore, addressed the research development process in the area of crime and technology and described the present situation. The research development process is shaped by the interrelatedness of researchers, data owners and the policy makers. The responsibility of researchers, of course, is to conduct responsible research using sound research methods. On the other hand the responsibility of the data owners is to enable researchers to collect data and to establish a friendly environment in which baseline databases can be established. Finally, policy-makers ought not to ignore sound research when designing policy responses.

Mr. Sandeep Chawla, Chief of the Policy Analysis and Research Branch of UNODC, addressed the issue of contribution of research to the development of more effective policies against crime. He tackled a number of issues and illustrated the tensions between the research and policy-

making through the results of his study on origins, dimensions and impact of Afghanistan opium economy. Mr. Chawla believes that the development of databases (back to baseline counting!) remains the credible departing point of sound research in any crime policy area. Misrepresentations created by the media and politicians are blurring the clear contours of the problem. An additional, truly perpetual, problem (addressed for example already by Confucius – ‘551-479 BC’) is the (many times) foggy denotation of key-issues that ought to be counted. Here we mean problems with clearly delineating/conceptualizing “things” like “organized crime”, “terrorism”, “corruption” and the like. Even if one reaches consensus the shared terminology is time bound. Problems like that are abundant in criminology (but perhaps less so in “crime science”?).

And, the end, the very last speaker Professor Ratcliffe, Criminal Justice Professor, Temple University, Philadelphia, spoke about new curricula to train new professionals of law enforcement. He demonstrated the strength of the new technology in education showing us the fascinating potential of the crime mapping techniques. These new computer simulations effectively display the incidents of crime in a temporal and spatial dimension.

In all four Sections the presentations were followed by an active debate. The topics addressed by the Conference turned out to be of great interest to the participants. Finally, the synthesis of the presentations and of the debate are reflected in the Final Recommendations of the Conference. The text (available at the time of writing also on the ISPAC website) addresses the crime-technology relation with several important aspects, such as legislation, international regional and sub-regional cooperation, law enforcement, security and human rights research and public policy.

## **Final Recommendations**

### *Introduction*

Regulators, law enforcement agencies and researchers grapple with actual and potential threats offered by organised crime and terrorism. It was mentioned that a combination of the creativity of criminals, the increasing integration of high-tech systems, and the growth of an intellectual and commercial market in counter-measures results in rapid obsolescence of existing legal frameworks.

### *Legislation*

All the participants agree on the central importance of relevant legislation in order to fill the gaps between the normative order and the changes in technologies, and in their use for criminal purposes.

In order to facilitate and implement present multilateral conventions and regional and subregional agreements, a variety of methods were mentioned: harmonisation of existing laws from different countries concerning cybercrimes, introducing specific offences in order to avoid the problem of vague definitions used at times in general conventions and in order to facilitate implementation, and finally enacting legislation in countries in which these offences have not been criminalised.

Furthermore, there is a need to give special attention to the problem of sanctions so as to increase homogeneity in the treatment given in different penal systems providing particular attention to the modalities of illegal access, illegal interception, data interference, system interference, and misuse of device, facilitating in this manner detection and punishment of illegal behaviour.

It was also stressed in this context the need to address, in enacting legislation, actual behaviour and not the chosen vehicle used to perpetrate the crime.

In order to fill the gap between technological developments and new modalities of cybercrime, there is a need to periodically review existing laws. Sometimes only minor reforms may be needed in present legislations to adjust to these changes, while in other cases more comprehensive reviews may be required.

Procedural penal laws must allow for: tracing the trail of a computer criminal wherever it may lead, even into other jurisdictions, search and seizure of evidence domestically and abroad, timely and effective investigations, and preservation of traffic data. A variety of methods were mentioned in order to increase the powers in judicial procedures: search and seizure, assistance orders, production orders, disclosure of stored traffic data, preservation orders and interception orders.

### *International regional and sub-regional co-operation*

Participants recommended the need to reinforce the dialogue among international partners to define a common strategy for the protection of information infrastructures, with practical actions to facilitate the work of law enforcement authorities in the collection and sharing of electronic evidence, implement mechanisms of information and experience exchange taking into account the cross-pillar dimension of information and security, as well as to consider the opportunity for a more universal, global instrument.

### *Law enforcement*

Many participants have stressed the need for comprehensive databases and increased laboratories capacities and standardisation, and for pertinent protocols.

Participants also outlined that there is quite often a lack of knowledge and training in law enforcement agencies and that they are not properly equipped with advanced investigative tools and technologies.

Upgrading the capabilities of law enforcement personnel, equipping them with advanced technologies – including DNA analysis, biometrics, etc –, increasing usage of forensic science, and the establishment of public-private partnership will facilitate the work of law enforcement agencies.

Training has the possibility to improve not only how officials use current technologies, but also building capacity in order to improve their use of the technologies of the future, and, at the same time, building a better understanding of the implications of technology use on human rights.

#### *Security and human rights*

The need for a balanced approach to the problem of cybercrime, avoiding the dichotomy between security and human rights, was repeatedly stressed by participants, who underlined complementarity rather than opposition. In this respect, human rights should not be compromised at any level of substantive and procedural mechanisms concerning the detection and repression of computer crime. The importance of research was also emphasized, since further advancements in this area will help in the analysis, implementation and evaluation of different approaches to cybercrime.

The scientific community should be active in promoting and organising training activities for law enforcement personnel, prosecutors and judges, and in contributing to the full understanding of the new reality of cybercriminality.

In this regard, participants also stressed that technology and science are interrelated activities fostering each other in a complementary manner.

#### *Research and public policy*

Participants stressed the need to address criminology, its theories and methodology in order to make the discipline more responsive to the control of crime, especially of those more serious kinds. In this connection it has been commented on the need to create new departments of crime science parallel to those existing in relation to criminology. We should be less interested in explaining criminality and more concerned with studying crime itself, more on how crime is committed and less on why it is committed. Crime mapping would become as much an essential tool of criminological research as statistical analysis is at present.

It has also been said by some participants that the challenges of the present in relation to criminality are not very different from others that new crimes have posed to researchers in the past.

The first challenge is the ability to access the data and the second challenge is interpreting the findings. This is a result of the technical language and nuances of the technology. The policy implications of these challenges result first in the need

to develop baseline databases and the creation of partnerships that must include the data owners, the corporations or the victims and the governments. Finally, the researchers must learn technology basics.

Closer interrelation between international public policy is needed in areas such as corruption, organised crime, terrorism, drug consumption, trafficking and production and the gathering of reliable data at international level. Research should become policy relevant rather than policy dependent. The incremental process of improving the quality of data of international surveys concerning transnational criminality should continue and the partnership between international agencies in the area of criminality and drug trafficking abuse should include also the network of regional institutes and national research agencies.

The role of ISPAC in further stimulating discussion at international level was particularly stressed, in order to address the apparent conflict between privacy, profits and public duty. In this respect, a series of partnerships should be built, first, at the national level industry, law enforcement, legislators and regulators and, after, at the global level.





**INFORMATIONS – *INFORMATION***



**Un signe de reconnaissance à la mémoire de Adolfo Beria di Argentine / A Tribute to the Memory of Adolfo Beria di Argentine**

En tant que marque de gratitude envers Adolfo Beria di Argentine pour les multiples activités qu'il avait déployées pour la Société, le numéro 2000 des *Cahiers de défense sociale*, paru en mai 2001, lui avait été dédié.

Le 19 juin 2003, la Municipalité de Milan lui a dédié une petite place au centre de la ville, pour confier son souvenir aux citoyens et à la postérité.

*As a mark of gratitude towards Adolfo Beria di Argentine for his numerous activities in favour of the Society, the 2000 Issue of the Cahiers de défense sociale (published in May 2001), had been dedicated to him.*

*On 19 June 2003 the City of Milan dedicated to him a small square thus entrusting the memory of him to all citizens and to the posterity.*

## **Bulletin d'informations de la Section hellénique**

Le XIXème Bulletin d'information a été publié par la Section hellénique et concerne l'activité de l'année 2002 (pp.63). La présentation est due au président de la Section le professeur Constantin Vouyoucas.

Nous estimons devoir signaler, en particulier, une étude (suivie par un résumé en langue allemande) sur le système pénitentiaire grec des mineurs mis en comparaison avec le système allemand. Les Auteurs en sont: A. Pitsela, M. Walter e F. Neubacher.

## **IXème Edition du Prix Filippo Gramatica**

La Section de criminologie et de psychiatrie légale de l'Université de Gênes a décerné, le 3 avril 2003, le Prix "Professeur Filippo Gramatica", qui est parvenu désormais à sa IXème édition, ainsi que l'a dit le professeur Uberto Gatti, directeur de l'Institut de psychiatrie légale.

Le Prix a été offert par l'avocat G. B. Gramatica au docteur Francesca Mineo, auteur d'une brillante thèse en doctorat sur *La théorie de la défense sociale: la pensée de Filippo Gramatica*.

A' Gramatica (né à Gênes en 1901 et décédé à Naples en 1979) est consacré un buste commémoratif placé dans l'*Aula Magna* de Médecine légale, où – en 1946 – le *Centre international de défense sociale* fut fondé qui devint ensuite la Société internationale de défense sociale.

Co-fondateurs du *Centre* furent les professeurs Di Tullio, Macaggi, Vidoni et Vassalli.

La remise du prix a été précédée par la conférence du professeur Martin Killias, de l'Université de Lausanne, sur "La délinquance en tant que destinée familiale".

## **Laurea “Honoris Causa” au Professeur Giuliano Vassalli**

*Le 24 octobre 2002 l’Université de Castilla-La Mancha a octroyé le doctorat “Honoris Causa” au Professeur Giuliano Vassalli.*

*Nous reproduisons ci-dessous un extrait de l’Allocution par laquelle le Recteur, Professeur Luis Arroyo Zapatero a clos la cérémonie.*

“...Giuliano Vassalli es, junto con Hans-Heinrich Jescheck, el patriarca de los penalistas europeos y, por tanto, aquí sí, del mundo: son expresión máxima de los penalistas surgidos de una Europa arruinada por la guerra y que reconstruyen la idea de Estado y de Sociedad del tiempo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Ilustración y de la Revolución Francesa y construyen de nueva planta un Estado y un Sistema Jurídico que los constitucionalistas han acuñado como Estado Social y Democrático de Derecho y que no es cosa distinta que un pacto material entre las trágicamente enfrentadas clases poseedoras y clases trabajadoras.

A ese nuevo estadio de organización social y política pertenece como propio también un nuevo Derecho penal, inspirado y regido por los principios de la humanidad, garantía, resocialización y protección de los intereses colectivos (...).

Esa obra europea, política y jurídico-penal, ha tenido numerosos protagonistas y, entre ellos, ¿quién podía dar mejores frutos que un penalista conocedor privilegiado de la cárcel – ese lugar en el cual dice Miguel de Cervantes que toda incomodidad hace su asiento – e incluso de la pena criminal por excelencia: la pena de muerte? Mas aún, cuando tal conocimiento provenía no de la distracción o de un mal paso, sino de la mas radical afirmación de la dignidad de la persona humana como es el poner en juego la propia libertad y la vida por una causa universal que son los Derechos Humanos de todos y, para Giuliano Vassalli, con igual peso la libertad y la igualdad, lo que se expresa en su militancia política, un compromiso que le llevó al Tribunal Constitucional y a su Presidencia y al Ministerio de Justicia (...).

Vassalli representa la antítesis del tecnopenalista y lo mejor: finura dogmática, contextualización histórica y cultural, y pasión por el ser humano, su dignidad y la igualdad.”

**Sergio García Ramírez**  
**Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos\***

Nuestro colega, Sergio García Ramírez, Profesor de la Universidad Autónoma de México y de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, y antiguo Fiscal General de la República Mexicana, ha sido elegido Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que era Magistrado desde 1997, responsabilidad que es la más alta en el espacio jurídico latinoamericano.

El Dr. García Ramírez, autor de cuarenta libros – el último sobre la Corte Penal Internacional – y numerosos artículos de Derecho penal, Criminología, y con alguna incursión literaria, es miembro de la *Société Internationale de Défense Sociale* desde hace más de 30 años y del Consejo de Dirección. Ha sido, también, miembro del Comité de Prevención del Delito de Naciones Unidas y lo sigue siendo del Consejo Consultivo del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas en Costa Rica.

El Consejo de Redacción de los *Cahiers* y el Comité Ejecutivo de la *Société* le desean todos los éxitos en la difícil responsabilidad de la tutela de los derechos humanos en el gran continente latinoamericano. (*Luis Arroyo Zapatero*).

---

\* Sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

## **NOTES BIBLIOGRAPHIQUES**





BARBOSA L., (2001), *Direito de execucao penal*, Goiânia, Ed. Século XXI, pp. 320.

BARBOSA L., (2002), *O novo codigo civil: principais inovações*, Goiânia, Ed. Século XXI, pp. 104.

BARBOSA L., (2002), *Direito penal*, Goiânia, Ed. Século XXI, pp. 593.

BASSIOUNI M.C., ed. (2000), *A Manual on International Humanitarian Law and Arms Control Agreements*, pp. XIX-844.

CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, (2002), *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Milano, Ed. Giuffré, pp. XIX-370.

FORUM EUROPEEN POUR LA SECURITE URBAINE

- RATINI N., *Sécucités femmes victimes de la traite à des fins d'exploitation sexuelle et coopération transfrontalière*, Paris, s.d. pp. 80.
- RATINI N. et autres, *Seguciedades mujeres mayores maltratadas*, Paris, s.d. pp. 80.

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE CRIMINAL LAW SERIES,  
Transnational Publisher, Inc. – Ardsley, New York.

KNOOPS G. G. J., (2001), *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, pp. XXXVIII-297.

MULINARI S., (2003), *Cyberlaundering (Riciclaggio di capitali, finanziamento del terrorismo e crimine organizzato nell'era digitale)*, Milano, Pearson Education Italia s.r.l., pp. XIX.

PISANI M., a cura di (2003), *I procedimenti speciali in materia penale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Ed. Giuffré, pp. XVI-718.

PISANI M., (2003), *Italia-Svizzera: cooperazione in materia penale*, Milano, Ed. Giuffré, pp. VII-256.

SADAT L. N., (2002), *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, pp. XVIII-566.

TIEDEMANN K., (2003), dir., coordinador de la edición española, *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, A. Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 168.

TREVES. T., PINESCHI L., FODELLA A. (Ed.), (2002), *International Law and Protection of Mountain Areas*, Milano, Ed. Giuffrè, pp. 325.

UNICRI, (2002), *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale: condizioni per un'efficace collaborazione*, Torino, pp. VIII-181.

UNICRI, (2003), *International Terrorism Prevention Strategies*, Torino, pp. 126.

WALMSLEY R. , (2003), *Further Developments in the Prison Systems of Central and Eastern Europe*, Heuni, Helsinki, pp. XXXVII-556.

## **Les Congrès internationaux de la SIDS ISSD International Congresses**

Les Congrès internationaux de défense sociale se sont déroulés comme suit:  
*The International Congresses on Social Defence have taken place as follows:*

- Ier Congrès, San Remo 1947 “Pour la transformation des actuels systèmes pénaux et pénitentiaires en systèmes d’éducation et de traitement en rapport avec la personnalité individuelle des délinquants”.
- IIe Congrès, Liège 1949 “La personnalité humaine du point de vue des droits de la société dans ses rapports avec les droits de l’homme”.
- IIIe Congrès, Anvers 1954 “L’individualisation de la sentence et de l’exécution (observation et resocialisation)”.
- IVe Congrès, Milan 1956 “La prévention des infractions contre la vie humaine et l’intégrité de la personne humaine”.
- Ve Congrès, Stockholm 1958 “L’intervention administrative ou judiciaire en matière d’enfance et d’adolescence socialement inadaptées”.
- VIe Congrès, Belgrade 1961 “Dans quelle mesure se justifient des différences dans le statut légal et le traitement des mineurs, des jeunes adultes et des délinquants?” .
- VIIe Congrès, Lecce 1966 “Les interdictions professionnelles”.
- VIIIe Congrès, Paris 1971 “Les techniques de l’individualisation judiciaire”.
- IXe Congrès, Caracas 1976 “Marginalité sociale et justice”.
- Xe Congrès, Thessalonique 1981 “La ville et la criminalité”.
- XIe Congrès, Buenos Aires 1986 “L’internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale”.
- XIIe Congrès, Paris 1991 “Défense sociale, protection de l’environnement et droits fondamentaux”.
- XIIIe Congrès, Lecce 1996 “Défense sociale, corruption, protection de l’administration publique et indépendance de la Justice”.
- XIVe Congrès, Lisbonne 2002 “Défense sociale et droit pénal pour la protection des générations futures”.



INTERNATIONAL SOCIETY OF SOCIAL DEFENCE  
AND HUMANE CRIMINAL POLICY  
(Organization in consultative status with the  
Economic and Social Council of the United Nations)

**APPLICATION FORM**

(to be returned, duly filled out, to the General Secretariat of the Society –  
c/o Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale – Palazzo Comunale  
delle Scienze Sociali – 3, Piazza Castello – 20121 Milano – Italy)

I undersigned,

**Name and Surname** (in block letters)

.....

**Profession and Titles** (in block letters)

.....

**Address** (in block letters)

.....

E-mail:.....

**Proposé par/Recommended by:** .....

.....

applies for membership to the International Society of Social  
Defence and Humane Criminal Policy.

date

Signature

.....

---

Applications will be submitted to the Board of the Society. The Secretary-General will  
notify in due time relevant admissions. Thereafter new Members will be requested to pay  
the annual fee (€ 20,00 or 20,00 US\$) which entitles to receive the «Cahiers de défense  
sociale».

Finito di stampare nel mese di aprile 2004  
dalla WELT KOPIE S.a.S.  
per conto del  
Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale / CNPDS  
Piazza Castello, 3 – 20121 Milano