

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1987

TEORIA GENERAL
DEL DERECHO,
LOGICA E
INFORMATICA
JURIDICAS



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



1987 / F I L O S O F I A / J U R I D I C A / Y / S O C I A L

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1987

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 5
1987

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 69.474

Diseño gráfico: Allan Browne E.
Impreso en
EDEVAL

Errázuriz 2120, Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1987

TEORIA GENERAL
DEL DERECHO,
LOGICA E
INFORMATICA
JURIDICAS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1987 - 1989)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge Cornea Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social fue fundada en Valparaíso en 1981, como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data, por su parte, del año 1909.

Nuestra sociedad aspira a reunir a todos quienes, en Chile, enseñan, investigan o promueven la Filosofía del Derecho, la Filosofía Social y otras disciplinas afines. Cuenta en la actualidad con un número de socios superior a cincuenta y su Directorio, por el período 1987 - 1989, está integrado por los profesores Antonio Bascuñán, Jaime Williams, Nelson Reyes, Mario Cerda, Jorge Correa, Juan Enrique Serra, Gonzalo Ibáñez, Fernando Quintana y Agustín Squella.

Por su parte, el actual Comité Directivo de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, elegido en 1987, está integrado por Alice Erch-Soon Tay (Australia, presidenta), por los vicepresidentes Aulis Aarnio (Finlandia), Dzhangir Kerinov (Unión Soviética), Ota Weinberger (Austria), Carl Wellman (Estados Unidos), y por los consejeros Eugenio Bulygin (Argentina), Kálman Kulcsár (Hungría), Adam Lopatka (Polonia), Nicolás López-Calera (España), Neil MacCormick (Escocia), Werner Maihofer (Alemania Federal), Karl Molinaw (República Democrática Alemana), Enrico Pattaro (Italia), Agustín Squella (Chile), Ton-Kak Suh (Corea), Francois Terré (Francia) y Mitsukuni Yasaki (Japón).

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social ha editado, desde 1983 a la fecha, cinco números de su Anuario, que han sido titulados, respectivamente, *La filosofía del derecho en Chile*, *Estudios en memoria de Jorge Millas*, *Filosofía, derecho y sociedad*, *Antología de filosofía jurídica chilena del siglo XIX* y *Teoría General del derecho, lógica e informática jurídicas*.

Por otra parte, la misma sociedad viene realizando, desde 1982, diversas jornadas de estudio destinadas al análisis y discusión acerca de los contenidos y finalidades de algunas modalidades del conocimiento jurídico, tales como Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, Sociología Jurídica, Teoría General del Derecho y Lógica e Informática Jurídicas. La última de estas jornadas tuvo lugar en 1987 y estuvo dedicada a la Antropología Jurídica.

Los trabajos presentados en cada una de tales jornadas han sido publicados en los distintos números del *Anuario de Filosofía Jurídica*.

y *Social*. El presente N° 5, correspondiente a 1987, reproduce por su parte los trabajos presentados en dos de estas jornadas, a saber, las que estuvieron dedicadas a Lógica e informática jurídicas (abril de 1986) y a Teoría general del derecho (diciembre de 1986). Los trabajos que sirvieron de base a estas dos últimas jornadas fueron preparados, respectivamente, por Manuel Manson y Antonio Pedrals. En cuanto a las restantes jornadas, los trabajos fueron presentados por Antonio Bascuñán (Introducción al Derecho), Mario Cerda (Filosofía del Derecho) y Edmundo Fuenzalida (Sociología Jurídica).

La Sociedad espera publicar en un número próximo de su Anuario el trabajo del profesor Carlos Aldunate, que sirvió de base a la jornada de estudio sobre Antropología Jurídica.

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, de 1988, estará dedicado, en su parte principal, a difundir una antología de filosofía del derecho chilena de la primera mitad del siglo actual, preparada por Manuel Manson.

Los mencionados números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser adquiridos en la librería *Andrés Bello*, de Santiago, o bien ser solicitados a la casilla 211-V de Valparaíso. A esta misma casilla deben enviarse los trabajos que sus autores deseen publicar en números futuros de esta misma publicación.

LOGICA E INFORMATICA JURIDICAS *

* Se reproducen a continuación los trabajos de Manuel Manson, Ismael Bustos, Eduardo Hajna y Sonia Doren, presentados en la jornada de estudio sobre Lógica e Informática Jurídicas, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 19 de abril de 1986, y que fue organizada por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

ESTUDIOS

rías discrepantes. Y el permitir el libre ejercicio de los derechos constituye precisamente el papel de la estabilidad en un sistema democrático. La coexistencia de distintos grupos es la que impide muchas veces que un grupo esté en condiciones de imponer su visión completa.

No se me escapa que la brevedad y forma de presentación de estas líneas pudieran producir la impresión de estar simplemente ante la solución de un acertijo, como si con haber adelantado un juicio sobre la estabilidad hubiéramos superado todos los escollos.

Desde luego, no es así. La formulación de un criterio —y aquí sólo hemos estructurado un esbozo del mismo— es sólo un hito en el camino. La tarea sigue con difundir socialmente tales enfoques, influyendo en las percepciones de la población. De hecho, la de estabilidad es una noción estrechamente ligada con las percepciones de la opinión pública. Y esto envuelve a menudo un círculo vicioso, ya que se produce la inestabilidad, entre otras razones, porque la gente cree ver eso.

Reconocer la vinculación entre estabilidad y opinión pública no comporta, con todo —y con esto quisiera cerrar estas páginas—, justificar lisa y llanamente que la valoración social dominante deba encontrar reconocimiento jurídico. En este sentido, no se divisa por qué tendría de suyo que acogerse la moral social predominante cuando ésta resulte ser intolerante y se contraponga con las normas fundamentales reguladas en las garantías constitucionales.

También hay entonces una tarea a este respecto: difundir que no se habrá de justificar la vigencia de los propios postulados intolerantes sobre la base del constante recurso a la "piedra de toque" de la estabilidad del estado de derecho.

SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA *

ALDO VALLE ACEVEDO **

I.— *Nota preliminar*

Antes de la experiencia de las dictaduras militares en nuestro continente, los sectores intelectuales y políticos no mostraron, en general, una preocupación muy atenta por el tema de los derechos humanos. Esto tiene interés decirlo, porque una consideración amplia del mismo nos lleva a la conclusión de que numerosa parte de la población que es víctima ahora de los atropellos que se denuncian, ya lo era en la historia previa de América Latina. Pensemos en el tema carcelario, en la institucionalización psiquiátrica, la represión de menores, la marginación geriátrica y otras a que se aludirá más adelante ¹.

Lo anterior nos lleva a sostener que en cuanto se afectó a la clase política (y con ello a la clase media), sin importar aquí —como se verá— su calidad crítica al orden social —es decir, sectores no críticos se sintieron y fueron brutalmente afectados— en este momento, la reacción fue lo suficientemente fuerte y llegó a provocar los efectos relevantes que conocemos en la conciencia política de nuestras sociedades. Lo anterior no niega para nada la autenticidad ética y jurídica del problema, y la urgencia de revertir la situación actual.

El sentido que tiene la constatación hecha se refiere a que reper-

* Este trabajo discute sobre la base de un primer informe acerca de este tema, entregado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, redactado por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.

** Abogado. Ayudante de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso.

¹ No escapan a esto la Iglesia Católica, otras organizaciones religiosas y los propios organismos internacionales en relación a América Latina.

cute negativamente en el modo de abordar eficazmente los caminos de solución. Surge una crítica apresurada al sistema, ocasional y subordinada al interés político inmediato, agotándose en aspectos no menos importantes pero todavía parciales. En otros casos, surgen críticas que aspiran a ser globales, pero producen un exceso de imprecisión; se confunden los aspectos generales con un mero discurso político-social, y la crítica aparece vaga o 'maximalista'.

Aquí tratamos de percibir las fallas estructurales dentro de un nivel específico, el sistema penal, como parte de un complejo represivo que no actúa sólo en el ámbito o espacio de la política². Lo que queremos dejar claro, es que se requiere desde ya una sistematización lo más amplia posible de los múltiples aspectos que implica un *sistema penal* desde la perspectiva de una sociedad democrática y de un Estado Democrático de Derecho³.

El informe consiste básicamente en una propuesta de investigación acerca del grado de adecuación que hay entre los *sistemas penales* de América Latina y la realización de los derechos humanos.

De mayor interés jurídico-penal resulta el proyecto de investigación cuando constatamos que ha recibido —aunque el autor no lo dice— una inspiración de ese inquietante y perspicaz pensamiento que dejó Michel Foucault para los temas del derecho y del castigo, en particular. A propósito de la prisión, Foucault nos dice que se trata de analizar un *régimen de prácticas*, donde éstas son consideradas como el lugar de encadenamiento de lo que se dice y de lo que se hace, de las reglas que se imponen y de las razones que se dan, de los proyectos y de las evidencias⁴.

Intentando dar cumplimiento a los criterios señalados, pasamos a revisar los diversos planos y niveles de lo que llamamos sistema penal en relación, a su vez, con los distintos derechos y personas que son sujetos de represión y privación por efecto del mismo.

2 Esto no quiere decir —refuerzo la idea— que desde el punto de vista político la solución no comience por el eje central que representa la recuperación democrática.

3 Ver para esto, Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus Ediciones, Madrid, 1981. Del mismo autor, *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo democrático*. Editorial Civitas, Madrid, 1978.

4 Foucault, Michel, *El discurso del poder*, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1983, p. 218.

II.—Noción de Sistema Penal

Esta expresión abarcaría todo control social punitivo institucionalizado. En este sentido se debe anotar que este concepto va más allá de lo que el derecho, en tanto conjunto de normas positivas, presenta como ámbito típico de lo penal. Hay, por el contrario, graves e importantes funciones, que no siendo propiamente jurídicas cumplen un rol punitivo. La voz *penal* considera todas las reducciones del espacio social que tienen o pueden tener una función punitiva, aunque el discurso justificativo sea terapéutico, educativo o asistencial. Según el informe, la experiencia enseña que no puede saberse cómo opera un sistema penal prescindiendo del conocimiento de las facultades de detención identificatoria de la policía, de las sanciones contravencionales que suelen estar a cargo de funcionarios que no pertenecen a la justicia penal —no son jueces—, de la forma en que se trata a los menores abandonados, del modo como se implementa la institucionalización siquiátrica.

A propósito de la operación de dicho sistema se distingue a diversos grupos humanos que convergen en la actividad institucionalizada del mismo, que no actúan estrictamente por etapas sino que tienen una influencia predominante en cada momento. No se puede pensar que el *sector judicial* define toda la suerte o los resultados de la función punitiva. El *sector policial* es determinante con ocasión de la selección inicial del sujeto, la sospecha, la detención, la evaluación de actitudes e identificación de signos frente a los cuales reacciona el sistema, son funciones de la policía; lo importante aquí es que este sector interviene en esta etapa con sus propias visiones, si bien materializando el sentido establecido por el conjunto. Actúa también un tercer grupo *ejecutivo* o penitenciario, que tiene ya un código de interpretación de conductas, de vigilancia, de recompensa y castigo que se expresa en el dispositivo carcelario.

Los tres grupos interesan porque no son homogéneos, están estratificados desde el punto de vista profesional, provienen de clases sociales y experiencias culturales diversas. También es relevante a efectos de conocer su funcionamiento dejar establecido que cada grupo está claramente diferenciado en su interior. El grupo judicial en jueces y actuarios, el grupo policial en oficiales y personal subordinado; la formación de unos y otros es en escuelas distintas dentro de la misma institución. Esto nos indicará el mayor o menor compromiso ideológico, social, económico o cultural que tengan con el sistema.

Un conocimiento de estos grupos, de la capacidad que cada uno tiene de incidir en el proceso, cualitativa o cuantitativamente, puede entregar aportes muy específicos a los fines de determinar sus mayores debilidades (o fortalezas), la necesidad de una reforma inmediata, el modo y sentido de ésta. Conviene reparar aquí en la ventaja de un conocimiento concreto y no pensar la represión o la prevención penal como un fardo cerrado. Esa manida recomendación de privilegiar el "bosque", sobre todo en los medios políticos, ha importado un nefasto desprecio por el modo particular y efectivo en que se comporta una institución determinada. Aunque sea esto una cuestión que se aparta del tema, insisto intencionadamente, en que el desinterés por lo particular, convierte a las instituciones no en entes sociales de este mundo sino en demonios misteriosos y sobredimensionados en su poder; no hablaremos de lo que ocurre con sus contrarios.

Luego el proyecto afirma como imperiosa la necesidad de revisar la ideología y la práctica que aquella funda, para saber en qué medida un sistema penal respeta o no los derechos humanos. En primer lugar, señala que en la realidad se presenta una pluralidad de ideologías y no una. Se trata más bien de distinguir los diversos discursos con que cada grupo de los que intervienen construye *su visión*. El eje formado por los discursos y los efectos reales se aparece como una óptima vía metodológica para conocer la relación de ineficacia declarada y evidente del sistema.

El vocablo *ideología* —precisa el informe— será empleado en el sentido propuesto por Abbagnano, esto es, como una noción creída que vincula a la conducta y que puede o no tener validez objetiva⁵.

De muchísimo valor considero la afirmación que hace para decirnos que es errónea la idea de que exista una única ideología. Reconoce una dada por los poderes políticos expresados en proyectos legislativos, otra por los juristas al explicar el derecho, los criminólogos al tratar de explicar las causas del crimen; también los jueces desarrollan un discurso judicial que expresa una cultura pragmática, legalista, reglamentarista, exegética. Conviene establecer aquí, que conocer esta variedad de formas de hablar de un mismo tema nos puede poner en la tarea específica, distinguiendo lo particular y concreto. Podrá decirse que detrás de determinado discurso hay una ideología que lo une con otros

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, ya citado, p. 14.

para llegar a la reducción *final*. Aquí, menos que eso, se trata de conocer las reducciones primeras y, de algún modo, las intermedias, o sea las que funcionan no más.

El discurso político expresado en principios, tales como los de legalidad, de culpabilidad, entre otros, se torna hueco e irrelevante ante la legislación de facto o deviene inexistente por la práctica judicial o policial que se las arregla para hacer fósiles las grandes conquistas de un pensamiento penal liberal. La forma en que es operado el dispositivo punitivo por los jueces y por la policía patentiza el sentido clasista, siempre latente en la ley.

Los otros segmentos del sistema: policial y penitenciario, desarrollan una ideología oficial o pública, que tiene como eje la jerarquización militar, y una tendencia moralizante a nivel oficial o público; ésta crea y recoge efectos de legitimación desde fuera del sistema represivo. En el momento carcelario predomina un énfasis reeducativo y correctivo del individuo. Tanto a nivel policial como penitenciario domina la apelación a la seguridad de la sociedad que justifica su intensidad represora; esto último legitima las prácticas no ortodoxas, esto es, excesos no admitidos en el discurso público.

Tanto el discurso jurídico, como el criminológico tradicional tienden a dejar fuera de discusión el contenido del dispositivo penal; el orden de lo que se castiga y por qué es aceptado, no es objeto de crítica.

Todos los lenguajes que se expresan en el derecho penal proclaman el fin preventivo de la pena; sin embargo, en los últimos decenios se ha puesto de manifiesto que el sistema penal suele operar en forma condicionante de "carreras criminales", esto es, el llamado efecto de criminalización. Los autores han descrito la forma cómo opera el *labeling* o etiquetamiento, cómo opera la profecía que se autorrealiza, cómo se amplía la violencia mediante el reforzamiento de la autoidentidad desviada por medio de la segregación, cómo se discrimina laboralmente al liberado, y se ha sugerido que del estudio biográfico de los expresidarios resulta que su proceso de marginación se inicia mucho antes —en la infancia—, que se proyecta hacia el futuro, lo que a su vez, genera la fundada sospecha de que en la realidad el sistema *filtra* personas y no conductas, es decir, deviene en represión selectiva y no en derecho penal. De lo que se trata, por otra parte, no es de eliminar la criminalidad sino de seleccionar algunas personas de sectores desfavorecidos, criminalizarlos aprovechando ciertas características de

labilidad (quizá fomentadas desde la niñez) que les inclinan a asumir el rol desviado. El objetivo pareciera ser *mostrar* al resto de la población, de tal forma que viene —esta función criminalizadora— a reemplazar a las ejecuciones en la plaza pública. Si se aprecia con detención el movimiento real de *lo penal*, vemos que está hecho no para terminar con la criminalidad sino para un infinito equilibrio; en la mayoría de los casos el individuo que entra al sistema, ya no sale de él, entra para quedarse y salir temporalmente⁶.

En este sentido llama el informe a tener cuidado de la estadística, pues ésta nos indica el funcionamiento *del* sistema, pero nunca la relación de éste con la realidad social completa, no informa por ejemplo del aspecto selectivo del mismo.

El encuadramiento teórico mínimo a nivel jurídico, para los efectos de una crítica, viene constituido por el conjunto de requisitos formales y principios jurídicos de legalidad, de culpabilidad, de *nullum crimen sine conducta*, de racionalidad y humanidad de la pena, de judicialidad de la detención preventiva, esto es, que siempre sea ordenada por un juez, etc. Esto constituiría una referencia ideal para alcanzar un Estado de Derecho. En América Latina se estaría frente a procesos de desfiguración grosera de este ideal, pues en tanto éste supone la sujeción de todos por igual a la ley, implica a su vez cierto equilibrio de poder político. En nuestro continente la debilidad de vastos sectores es evidente, esto hace que sean víctimas frecuentes del sistema penal y que los grupos superiores queden al margen y sean invulnerables al mismo. Se dice, y con razón, que si un grupo tiene poder para crear las normas también lo tiene para escapar a ellas, lo que se refleja tanto en la creación como en la aplicación⁷.

En el plano social, esta desfiguración grosera del Estado de derecho, se lograría mediante la creación de un estereotipo criminal que señala los sujetos por criminalizar, incluyendo individuos de estratos inferiores y excluyendo los sectores hegemónicos. Dicho estereotipo, mediante una publicidad monopólica, es infundido a las 'nuevas clases medias latinoamericanas', que formadas al amparo de procesos de acumulación de capital defectuosos e interrumpidos, no llegan a constituir

6 Id. p. 18.

7 Ver aquí, Bergalli, Bustos y Miralles, *El pensamiento criminológico*, Barcelona, 1983.

burguesías nacionales, pues se debaten en alucinantes contradicciones, transformándose en funcionales y factor legitimante a nivel ideológico. Otra causa, en consecuencia, clave para esta desfiguración es nuestro subdesarrollo y la estructura económica periférica.

El conocimiento de diversos efectos reales se ve obstaculizado también por otras causas específicas: a) la pluralidad de discursos que hace más eficaz su función escamoteadora de la realidad; b) la carencia de investigaciones empíricas; c) la extraordinaria difusión de una criminología con un sentido marcadamente *clínico*.

La criminología en tanto estudia el delito y el delincuente como fenómeno de la realidad social, y desde un punto de vista diferente al normativo o jurídico, tiene en América Latina un intenso acento positivista, todavía inspirada por Lombroso y Ferri, es decir, de signo biológico, para decaer en un etnocentrismo criminal. Este fondo ideológico, sugiere el informe, lleva a calificar —a jueces, órganos policiales y penitenciarios—, como inferiores a los indígenas, negros o población sometida a formas de explotación preindustrial. Sus características culturales son "defectos" debidos a la degeneración, al alcoholismo o a la coca; su cosmovisión es fanatismo, ignorancia o superchería; "indios", "negros" son un lastre social que delinque por su inferioridad biológica que no les permite competir con los hombres del grupo de poder.

Esta práctica teórica a nivel de la criminología, y la concepción que funda dicha práctica, son refractarias a una idea del hombre y a un concepto de persona que tenga como centro de gravedad los derechos humanos. Es decir, el sistema se ve reforzado por una "ciencia" que juega al final en un complejo de saber y de poder llamado *sistema penal*.

La 'ciencia' criminológica determina un tipo *no delincuente* que es por lo general, blanco, inteligente, bien alimentado, respetuoso de las pautas sexuales y de clase media. Correlativamente, el delincuente es por lo general, indio, negro, mestizo o mulato, poco inteligente, mal alimentado, alcohólico, no proclive a respetar las pautas sexuales y de clase inferior⁸. Así, esta "ciencia" diluye su labor crítica y racional en un tinglado mayor, de justificación sutil y alambicada, de la selectividad y del carácter represivo de la ley penal.

8 Zaffaroni, *idem*, p. 66.

III.— Criterios para una lectura crítica

Se trata de proponer un alfabeto para leer la relación efectiva entre la consagración de los derechos humanos y los efectos que en la práctica tiene el sistema.

Cinco criterios servirán para medir el grado de realización de los derechos humanos o de su negación. En primer lugar, debemos establecer el *nivel de seguridad jurídica* que se garantiza. Por seguridad jurídica entendemos el grado de certeza que existe en relación a los límites de lo punible. Aquí es muy importante la claridad con que se señala una acción que es constitutiva de delito, lo que se llama tipificación, pues esto da los límites para que alguien no sea acusado por cualquier delito o por cualquier hecho, sino por figuras que están determinadas de antemano y claramente en la ley. Interesa que se defina con precisión la pena correspondiente, el procedimiento que debe seguirse para establecer el juicio inculpatario. De máxima importancia resulta estudiar la amplitud de las facultades administrativas de la autoridad política que permite detener, interrogar, aplicar medidas de relegación, prohibir ciertos actos públicos, culturales.

La seguridad jurídica es una vía para proteger y realizar los derechos humanos fundamentales, y no deviene para nada una forma irrelevante.

En segundo lugar, se debe estudiar la *represividad* del sistema, esto es, la intensidad de las consecuencias penales. El concepto de represividad debe estar referido a la función garantizadora necesaria y mínima del derecho penal, todo cuanto excede esta finalidad se torna represivo. No se debe dejar en el olvido la dosis de castigo por el daño ya hecho que la sociedad por vía del derecho aplica. Pero en todo caso, este castigo debe quedar claramente explicitado y ser aplicado a título de tal, no confundido con otras instituciones o normas técnicas de averiguación.

Asimismo, con motivo de la represividad, debe analizarse el conjunto de consecuencias penales, es decir, de las penas y medidas de seguridad, ponderarse la amplitud que se concede a la privación de libertad, el grado de alternativas que esta misma admite. También debe examinarse las formas penitenciarias, el tratamiento en la cárcel; en materia de procedimiento judicial debe estudiarse todo aquello que se aparta de la racionalidad de la pesquisa, pues se inflige verdaderos castigos no contemplados en la ley con dilaciones y omisiones del juez,

del Estado o de la policía. Un dato demostrativo de esto es que la gran mayoría de los presos permanecen en tal calidad sólo en virtud del auto encargatorio de reo y no por sentencia definitiva (es decir, se permanece en la cárcel por largo tiempo con el mérito de meras presunciones) Nótese aquí que el *sistema penal* puede absorber una ilegalidad manifiesta, por lo menos en el caso chileno. No es la ley la que permite esto, por el contrario, manda otra cosa. Pero los otros niveles y segmentos producen este resultado.

También se pueden encontrar grados de represividad abundantes en el momento de la pesquisa, la detención por sospecha viene a ser una oportunidad privilegiada para poner al órgano policial en acción represiva. Esto se multiplica en períodos de dictadura militar. Conviene tener presente que existe una serie de prácticas judiciales, penitenciarias y policiales que no están formalizadas ni asumidas conscientemente por el sistema, no están escritas en ninguna parte, pero encadenan lo declarado con lo omitido; no se pueden determinar de un modo general, pero son muy relevantes a propósito de establecer la ecuanimidad y justicia del dispositivo penal.

Se incluye en esta indagación sobre la represividad el estudio de la legislación contravencional, por hallarse en relación más inmediata con el ciudadano común, y por carecer de las garantías suficientes al no atribuírsele carácter penal. Esta constituye un formidable instrumento de control social, con mayor importancia práctica, puesto que penetra en ámbitos que por lo general, la legislación penal no abarca (espectáculos públicos, libertad de creación artística, de crítica social, religiosa, de reunión, etc.).

En tercer lugar, debe apreciarse la *selectividad*, esto es, la medida en que se permite o consagra privilegios o desventajas para individuos en situaciones equivalentes. Se trata aquí de establecer con la mayor nitidez cómo el sistema discrimina y cómo opera esta discriminación. En este sentido podrá averiguarse cómo ciertos sectores o niveles sociales están más vinculados al efecto punitivo, cómo otros grupos sociales aparecen —y están— muy lejos de lo penal; se verá que suele reunirse la delincuencia por estratos. Conviene tener presente justamente, a propósito de la selectividad cómo los operadores del mecanismo penal —policía, jueces, gendarmes, personal administrativo— se conducen como portadores de una ideología o sentido básico del mismo. La policía ha creado —no sola por cierto— signos de identificación del delincuente. Existe una categoría *social* que corresponde al tipo

delincuente, por ésta se guían jueces, policías, etc. Un análisis de esta categoría social nos conducirá a establecer algunas constantes que tienen que ver más con un orden social estructurado, que con individualidades yuxtapuestas en la sociedad. Esto desfigura el sentido declarado por el discurso jurídico que discute sobre la base de individuos iguales con una equivalente proximidad a lo penal. Me parece oportuno insistir un poco sobre esto. Se podrá decir que esta categoría social —delincuente— es más o menos evidente que resulte creada. Lo importante, pudiendo ser cierto esto último, es que el discurso jurídico, el derecho penal, hace como que aquello no ocurriera y deviene no un derecho igual para individuos más o menos libres, sino un derecho para grupos desiguales, y con esto, un derecho no igual.

Es decir, en relación a la selectividad, se debe hacer dos tipos de estudio. Uno para determinar la selectividad a nivel del ordenamiento jurídico; otro, para discernir algunos criterios que permitan descubrirla en las prácticas y representaciones de los grupos operadores.

Otro criterio propuesto es el de la *estigmatización*. Esta se entiende como el efecto de señalización social o jurídica que produce la pena, una medida judicial que no tenga carácter de pena, como la institucionalización de un menor, y también una medida policial como el fichaje o registro de personas que se hace por meras sospechas.

En el plano legal existen importantes mecanismos que provocan dicho efecto, entre otros: las disposiciones sobre reincidencia, habitualidad, inhabilitación, registro de condenas. En Chile actúa por vía del llamado "papel de antecedentes". Estos efectos estigmatizantes muchas veces están fuera de la legislación penal ordinaria y se encuentran en leyes orgánicas de servicios o empresas del Estado, en el mismo código del trabajo está prohibido ser elegido dirigente sindical si existe una anotación pronuarial. Esto impide, como se verá, una reintegración a la sociedad y el resultado consecuente es la marginación progresiva y sin retorno. Esta conducta selectiva que tiene el Estado es asumida por el sector privado y se exige a los que buscan trabajo un certificado de antecedentes y recomendaciones⁹.

⁹ Es cierto que estos antecedentes para efectos civiles, y no penales, se pueden borrar, pero transcurridos cinco años. Es decir, socialmente la pena se prolonga vía estigmatización por cinco años más.

Un quinto criterio que se propone para poder efectuar una lectura crítica del sistema penal, es la *humanidad* de éste. Aquí se trata de establecer si el conjunto de valores que constituyen el sentido humanista y que se expresaría en bienes jurídicos representativos de esos mismos valores, están consagrados o protegidos por el dispositivo penal.

Este criterio opera preguntando si el individuo es realmente considerado en su dignidad personal. Si las instituciones penales y el funcionamiento práctico y global del sistema hace del individuo en tanto ser integral su referencia superior. Este criterio pregunta por la relación jerárquica de los bienes jurídicos entre sí. Un orden penal que pone al patrimonio en lugar privilegiado con relación a la vida o la integridad de la persona no está precisamente fundado sobre una base humanista. También suele encontrarse, en especial, por las reformas o leyes penales dictadas bajo las dictaduras del último tiempo, una sobrevaloración de la seguridad estatal. Por ejemplo, en Chile, se permite la incomunicación de veinte días por sospecha de delito terrorista. Más grave resulta pensar que esto aspira a predominar y a ser permanente.

Los criterios hasta aquí propuestos no deben ser referidos a un solo nivel del sistema, sino a todos. Por ejemplo, en la ley penal, en los reglamentos carcelarios, de policía, en la propia Constitución Política del Estado se pueden encontrar instituciones que son represivas, que tienen efecto estigmatizante; pero en la práctica real de lo penal, los jueces, el personal policial o carcelario se conducen de tal modo relevante a los efectos del resultado punitivo que es preciso detenerse en los comportamientos de éstos y tratar de establecer cómo frustran o facilitan la realización de los derechos de las personas. Los jueces interpretan muchos momentos del proceso penal no a partir de experiencias puras, sino como personas portadoras de discursos e ideologías que a su vez habrá que interpretar a la luz de estos criterios. Esto es, los discursos y las ideologías deben también ser leídos con estos criterios.

La idea de *sistema* sugerida por el informe tiene la virtud de aproximarnos a la realidad penal con un sentido totalizador en cuanto son muchas las variables que entran a considerarse, nos entrega una visión dinámica y no una fotografía. Lo penal no queda reducido al Código, se comprende otras partes y la relación que hay entre ellas. Esto indica que no es cuestión de modificar unas cuantas leyes en un Estado democrático.

IV.— *Comentario sobre la institucionalización de menores, locos y ancianos*

Relevante es la atención crítica que presta el informe en relación a la legislación de menores. El pretexto tutelar, o sea aplicación de medidas de corrección y seguridad, puede esconder gravísimas lesiones a las garantías individuales del joven, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia. Es intolerable que la plena responsabilidad penal preceda a la capacidad civil, que los jóvenes tengan obligaciones militares pero no puedan disponer sexualmente de su cuerpo. El informe propone una revisión de la institucionalización indiscriminada del menor, esto es, el sometimiento o ingreso obligado en casas correccionales. Esto se suele fundar en un discurso terapéutico de reeducación o resocialización. Desde la perspectiva de los derechos humanos podría pensarse que muchas veces esta competencia resocializadora del Estado lesiona el derecho a la propia personalidad.

Su concepto amplio de derechos humanos no podía omitir a dos olvidados de siempre: el loco y el anciano. En la actualidad es bien sabido que la psiquiatría constituye un capítulo más del control social; tanto la locura como la delincuencia son ante todo un problema que se debe discutir, sobre todo a esta altura de sus evoluciones, dentro de lo que es y significa un Estado de derecho. El debate acerca de la legalidad de ciertos tratamientos los ha puesto en cuestión: intervenciones quirúrgicas tendientes a modificar conductas, choques eléctricos e insulínicos, condicionamiento de reflejos inhibitorios. Se trataría de formas punitivas despiadadas que se esconden en el discurso terapéutico, y que realizan un sistema de valores grupales de control ideológicamente signados desde el poder.

En cuanto a la marginación geriátrica, apunta el informe a ver el grado de lesión que pueda importar a los derechos humanos. La institucionalización del *viejo* aparece justificada en actitudes y características que se atribuyen a la ancianidad como producto biológico, pero en realidad son socialmente determinadas¹⁰.

En la actualidad, la revalorización de estos temas supone agregar al humanismo de las estructuras una discusión más integral sobre

¹⁰ Zaffaroni, idem, p. 104.

esta doliente marginalidad creada no sólo en el capitalismo sino producto del industrialismo en sus dos expresiones.

V.— *Observación sobre algunas materias especiales*

Quisiera mencionar al menos, todas aquellas materias que consigna el proyecto de investigación y que a la vez deben ser sometidas a revisión a partir de los criterios que propusimos en el trabajo (punto III). Entre otras, queremos señalar: la legislación de ejecución penal, de procedimiento penal, la legislación penal militar, de servicio militar, de tribunales militares, facultades de detención ordinarias y extraordinarias, reglamentación del uso de armas por particulares, fuerzas de seguridad y policía, custodias privadas.

Una materia especial distinta, es cierta ineficacia jurídica del sistema. Destaca aquí la criminalidad económica que siendo real y de tremendos efectos en las economías nacionales subdesarrolladas y también en las economías centrales, pero dramáticamente en las primeras, queda fuera —decimos— del sistema formal afectando el orden público económico. No se trata del delito de *cuello blanco*, sino de un concepto criminal más amplio.

Dentro de esta ineficacia estaría comprendida la criminalidad del poder y el terrorismo. Se puede decir, sin alarmismo oportunista que el crimen desde el poder y el terrorismo representan situaciones límites para el derecho penal en el contexto del Estado moderno y de la sociedad de nuestros días. El abuso del poder político es la tumba de los derechos humanos. Se menciona aquí como típicas formas de violencia institucionalizada las ejecuciones sin condena, la *ley de fugas* y otras aberraciones análogas. El informe propone distinguir entre el terrorismo como práctica de un poder despótico y el terror de grupos minoritarios desestabilizadores.

Una tercera observación está referida a la criminalidad ecológica y propone reducir el tema a la posible tutela jurídica del medio ambiente y la nueva y terrible problemática que nos plantea la amenaza de la delincuencia atómica o la negligencia culpable en el manejo de esta energía.

Como otros bienes jurídicos desprotegidos se señala el derecho a la privacidad y el derecho a la información. Estos se encontrarían seriamente dañados por el control monopólico de los medios de comunicación masiva.

VI.— *Ver y oír desde los derechos humanos*

Una crucial investigación es la reunión de información sobre la práctica de los sistemas penales. Ahora se trata de ver y oír en clave de derechos humanos. Esto se hace necesario porque no hay regla para saber cómo se produce, por ejemplo, la selección que lleva a que en la cárcel se queden únicamente los pobres; interesa indagar las eximentes atenuantes y agravantes, no reconocidas legalmente, pero que operan a nivel consciente e inconsciente en el personal de los diferentes estratos del dispositivo penal.

VII.— *Nota final*

Para quienes creemos en general en la democracia como forma de vida, si no queremos abordar estos temas desde una pura dimensión política contingente y, lo más importante, desde un modelo de pensamiento todavía no bien desarrollado en estos aspectos, es urgente iniciar una producción en este sentido.

La relación de la democracia con el derecho penal, y de éste con los derechos humanos, no tiene todavía un lugar privilegiado entre nosotros, al menos en Chile¹¹. Esto da lugar a una politización mecánica e improvisada que poco contribuye a un tratamiento serio del tema.

A mi entender, la idea liberal que funda varias instituciones penales no está en contradicción con un Estado Democrático de Derecho como la forma institucional de una sociedad democrática. Aquí están contenidas preguntas demasiado importantes acerca de la sociedad que queremos y de cómo la imaginamos cuando llega tan cerca del individuo.

¹¹ Digo en Chile, porque se debe dejar constancia de los trabajos de los profesores, en el exilio, en especial, Juan Bustos, Eduardo Novoa y Sergio Politof.

LA REFORMA PENAL DE LA ILUSTRACION *

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA

I. Es un alto honor que aprecio y agradezco en cuanto vale intervenir en los actos de clausura —a lo menos, por el año 1987— del cincuentenario del Instituto Chileno de Ciencias Penales, corporación benemérita por su dedicación precisamente a las *disciplinas criminales* —como hoy parece preferible decir— y también por la emoción liberal que siempre la ha animado. Y constituye una inmensa satisfacción para mí hablar en una sala que lleva el nombre preclaro de don Luis Jiménez de Asúa.

II. El tema que nos congrega esta tarde no tiene mero carácter arqueológico, de recreo en las antigüedades jurídicas por las antigüedades mismas y que se preste para hacer un alarde de erudición, sino que ofrece un interés histórico y debe servir o aspira a servir de medio de comprensión. A diferencia de lo que ocurre en el mundo de la naturaleza, cuyo conocimiento lo explica por sus causas, el conocimiento de una entidad cultural no es explicativo; consiste en una comprensión, esto es, en su consideración histórica, contemplándola —como en el *thorein* griego, de donde proceden el concepto de *teoría* y asimismo la palabra— en su devenir en el tiempo y poniéndola en contacto, o, lo que viene a ser igual, entendiéndola, comprendiéndola, por los cambios que repercuten en ella de las más diversas manifestaciones del valorar y del hacer humano. Al fin y al cabo, el Derecho

* Reconstrucción, anotada, de la conferencia que el autor pronunció en el Instituto de Ciencias Penales, de Santiago de Chile, el 15 de diciembre de 1987, coincidiendo casualmente con el vigésimo aniversario de su incorporación a dicha entidad. Al publicarla, se dedica a la memoria de dos laboriosos penalistas españoles que acaban de morir, los profesores doctores Manuel López-Rey y Arrojo, y José María Rodríguez Devesa.