

Prácticas, discursos, funciones, disfunciones: Herramientas para entrenar la mirada crítica sobre el sistema penal.

Mariano H. Gutiérrez.

Tras las anteojeras jurídicas: Las prácticas y sus propias normas.

Lo que voy a proponer en este texto dirigido a abogados y estudiantes de abogacía, es, en un principio, abandonar al menos durante su lectura la mirada jurídica, acostumbrada a mirar el mundo a través la lógica formal de la ley, y afilada en discutir sobre la fortaleza interna del discurso legal en función de su coherencia vertical. Es la mirada que cuando se hace críticamente se limita a acusar: “Tal ley -o tal sentencia- no respeta tal garantía”, “X no cumple con tal condición legal o constitucional”. La mirada jurídica es tan fuerte en la formación del abogado que aún cuando analiza la realidad, los comportamientos materiales y observables de las instituciones penales sólo puede frente a ellos decir si están bien o están mal según qué principios no se respetan o qué nuevos principios se deben crear o aceptar. Siempre, en el fondo *juzga* los hechos, éticamente o jurídicamente. Si cumplen o no cumplen con tal principio, si cumplen o no cumplen con tal criterio legal.

Las cosas, sin embargo, pueden (y deben desde el punto de vista sociológico) ser analizadas desde la racionalidad misma de su funcionamiento. Y esto es lo que intentan hacer los sociólogos que aquí tomamos como puntos de partida para quebrar el sentido común jurídico. Si analizamos un hecho social que se manifiesta con regularidad de cierta forma, podemos establecer de él leyes o tendencias, afirmaciones con mayor o menor grado de precisión y certeza, sobre sus leyes de funcionamiento. Pero no leyes en el sentido jurídico sino en el sentido que tiene para un científico, supongamos, un físico: las leyes que el objeto nos dicta sobre él mismo sobre cómo funciona, no sobre cómo debe ser según un cano cualquiera, sino cómo es, redondo o cuadrado, más blando o menos blando, menos flexible o más flexible; leyes que nosotros debemos descubrir, no imponer, ni intentar hacer encajar.

Por ejemplo, una lectura de las prácticas penitenciarias desde la visión jurídica sólo permitirá establecer que tales prácticas están más o menos alejadas de la ley, de los estándares internacionales, que son legales o ilegales, y en el mejor de los casos *prescribir* que deben ser modificadas. A eso es a lo máximo que puede aspirar el discurso puramente jurídico cuando se presume crítico. Una mirada verdaderamente crítica (y la mirada sociológica siempre es crítica en el campo del derecho) nos llevará a observar que el mundo penitenciario tiene su propio criterio de legitimidad, que ha desarrollado un código de conducta hacia el interior de la cárcel que se cumple y se reproduce, que además han generado un discurso técnico (de la disciplina o de la seguridad) que acompaña (ya veremos que hay distintas formas de “acompañar”) esa forma de proceder, que hay ciertas condiciones históricas y de contexto que han facilitado, permitido o impuesto esa particular forma de castigo con esas particulares manifestaciones. Si quisiéramos entonces abordar el problema de si es posible transformar la cárcel –por ejemplo- y cómo, tendríamos que trascender la mirada juricista y entender y estudiar este nivel del problema. De otra manera, caeremos siempre en la falacia de que es posible cambiar la realidad sólo a partir de denunciar el defecto y, en consecuencia, prescribir un cambio legal. Es decir, caeremos en la trampa de creer en el efecto mágico que tiene la ley.

Una primera y gruesa herramienta que es útil a nivel introductorio para cambiar esa mirada que aquí se critica es establecer la distinción entre *prácticas* y *discursos*. Luego intentar definir que relaciones se establece entre ellos. No qué relaciones *se deben* establecer, sino que relaciones se han establecido, se verifican en la realidad, sin importar aquí ningún tipo de “*debe*”, es decir debemos abandonar la cuestión de cómo deben ser las cosas, de lo correcto e incorrecto para observar cómo son. Esto implica también desconfiar de las declamaciones, de lo que los discursos dicen que vienen a hacer, y en su lugar ver cómo funcionan, cuáles son sus reglas, y evaluar los efectos y resultados de esos discursos, que siempre son en algo (a veces en mucho) distintos a los que proponen respecto de las prácticas a las que dicen estar referidos.

Esta primera distinción resultará familiar al jurista penal o al estudiante porque se corresponde en cierta forma con una discusión política-jurídica. Aquella que distingue entre el *ser* y el *deber ser*. La norma indica el deber ser. Es algo así como una referencia desde la cual juzgar a la realidad. Sabemos sin embargo que la realidad observable siempre es distinta a lo que la norma indica (el *ser*), y en términos de lógica jurídica esto es lo que indica la necesidad de la norma. La norma construye artificiosamente sobre una ausencia. Sobre algo que no está, o al menos, está incompleto, y por eso debe señalar su lugar. No tendría sentido la norma que fije la obligatoriedad de algo que por naturaleza todos hacen: dice Resta (1995) que la norma aparece cuando desaparece la virtud (aunque esta presencia de la virtud alguna vez no sea más que mítica o ficticia).

Nuestra propia experiencia permanentemente nos señala la diferencia entre lo que dice el derecho en la academia por un lado y lo que hacen los jueces (o la policía o los operadores penitenciarios), por otro, que afirman, sin embargo aplicar ese mismo derecho. Tenemos entonces conciencia de que hay una fisura de variables intensidades entre una práctica (el comportamiento material y observable de las agencias penales) y un discurso (el discurso legal, el derecho entendido como lenguaje jurídico que se estudia en la academia a partir de las normas formales).

Identificaremos así a *la práctica* como el comportamiento concreto, empíricamente verificable, de una persona, o grupo (y en nuestro caso, “grupo” incluye espacialmente a un grupo organizado institucionalmente, es decir a una “institución”): las relaciones concreta que establece sobre otros, sean estas visibles a nivel de los discursos o no. Y *el discurso* como aquella producción principalmente comunicativa, con base en un lenguaje, que marca o crea conceptos, concepciones, relaciones y valores en referencia a algo, que marca un régimen de visibilidad de otra cosa que no es el sí mismo (en el caso del derecho que aquí nos interesa, al *deber ser* de las prácticas estatales de administración de la violencia), y al hacerlo permite juzgarla o cuestionarla: adecuada, inadecuada; correcta, incorrecta; eficiente, ineficiente, etc. El discurso no sólo existe atado a la práctica a la que hace referencia sino que tiene sus propias “reglas” (recomiendo, por ejemplo ver cómo desnuda Foucault las reglas del discurso científico en “El orden del Discurso”, 1992 [1970]), y en sí mismo es práctica.

Esta primera distinción es importante para ingresar en las tramas del funcionamiento de las agencias penales, en las que el discurso es tan importante. Pero hay que advertir que no hay *práctica* que sea absolutamente invisible, y por tanto no hay práctica que no cree *discurso*, al menos tácito o implícito, al menos oculto o invisibilizado. Es decir toda práctica tiene una dimensión comunicacional, y entonces puede ser analizada como discurso y tener efectos de discurso. Y por otro lado, todo *discurso* es una *producción* de conceptos, es producido por alguien en un contexto en el que esa producción puede ser posible y está condicionada, y es dirigido a alguien; por lo cual, también es *práctica*.

En un primer nivel se hace evidente que esta distancia entre la ley escrita y la práctica no es un espacio vacío. En él se tejen relaciones cruzadas entre un polo y otro, y esas redes están en permanente devenir, pero también tienen características estructurales. Las últimas décadas se ha popularizado, particularmente en el derecho penal la acusación de “legitimante” o “deslegitimante”. Por ejemplo, los “zaffaronianos” suelen afirmar que tal otro discurso penal es “legitimante” del sistema penal; lo que implica que el sistema penal es algo ilegítimo en términos ético-políticos *per se* y por tanto requiere de un discurso que lo legitime socialmente, eso lo haría tal otro discurso. Justamente esto intenta poner el foco sobre esa relación. Significa: “tal discurso (jurídico) es funcional a tal práctica (penal), porque la justifica o la defiende”. Es decir, da cuenta de que hay un nexo que ata a uno y otro en razón de una cierta función.

Una lectura bastante más compleja de estas relaciones entre prácticas penales y discursos legitimantes del sistema penal se encuentra en *Vigilar y Castigar* (Foucault, 1999 [1976]). Allí se evidencia que lo que nace como *técnicas* de organización y producción (las técnicas de la disciplina) con una lógica similar en distintas instituciones o distintos contextos sociales, es apropiada por una creciente mirada economicista y utilitaria (con el criterio de maximización de la eficiencia), se generaliza por la nueva clase gobernante (la burguesía), y crea nuevos criterios de eficiencia, estándares, reglas generales, hasta que se expande y muta en una racionalidad política general, en un proyecto de la sociedad en su conjunto (la “sociedad disciplinaria”).

Es decir, una técnica de dominio y aprovechamiento económico intensivo del cuerpo de los hombres (de entrenamiento del soldado, del encauzamiento del alumno, de la organización del tiempo y el espacio del trabajador), que se aplica en diversas áreas con los fines más variados, es tomada por pensadores políticos y termina siendo propuesta como la herramienta general que permitirá sostener un orden jurídico basado en el principio de la libertad más que en el de la obediencia a la autoridad.

El efecto paradójico es que la disciplina, sujeción programada, construcción de sujetos en los que la obediencia a nuevas reglas sociales debe surgir como elección propia, es la condición de funcionamiento del nuevo discurso de las libertades del hombre. Una racionalidad política que tiene su propio proyecto y se define contra otras, incluso contra otras que permitieron y facilitaron su existencia. Y esta racionalidad crea como apoyo un discurso que le da inteligibilidad y legitimidad: en el caso de Foucault, las modernas ciencias del hombre, que nacen desde la racionalidad disciplinaria (la medicina, la psiquiatría, la psicología); y, específicamente en el caso que nos ocupa, la criminología como la ciencia disciplinaria del delincuente a corregir.

La mentalidad economicista (burguesa, podríamos añadir) que necesitaba terminar de derribar al *Ancien Regime* (englobando en ello a todo lo “premoderno”) y someter su lógica del exceso y del derroche a la noción de la ética utilitaria crea un sistema ético que se formaliza en la revolución europea de la justicia estatal (pensemos en Beccaría, pero también en Napoleón). Pero esta misma mentalidad necesita sostener su nuevo sistema ético “universalista” y su discurso de las libertades en la generalización de la mentalidad utilitarista, en la generalización de una concepción de orden que si no puede ser expandida hasta todos y cada uno de los individuos (pues, ¿qué le importan a los artesanos libres y a los labriegos toda esta cuestión de la disciplina que tiene que ver con la fábrica y la ciudad?) debe ser aceptada. Deben ser quebrados e infiltrados con la aceptación de la concepción de su cuerpo como maquinaria productiva. En el proyecto burgués, la sociedad disciplinaria es el correlato del discurso liberal iluminista, y sin embargo, sus consecuencias reales se presentan en

muchas dimensiones como absolutamente contrarias a sus postulados explícitos. En este gran proyecto histórico libertades y disciplinas parecen términos contrapuestos, pero se implican mutuamente y se necesitan.

Como dijimos antes, los penalistas estamos acostumbrados desde Zaffaroni, a calificar todo postulado penal como legitimante o deslegitimante. Pero tal como vimos en el caso de las disciplinas, las relaciones entre todos los elementos del sistema penal son complejas, a veces paradójicas y contradictorias. Hay mucho para decir entre las relaciones derecho penal (y pensamiento jurídico) y sistema penal (prácticas de las instituciones penales), más allá de la relación dicotómica legitimante-deslegitimante. Incluso esta relación puede ser cierta, pero darse de una manera compleja y a veces hasta paradójica.

Y esa paradoja puede venir por una “ley” oculta de los objetos sociales, que señala e identifica Nietzsche y que yo llamo “la ley de la deslealtad de las cosas”, que habla a la vez de la autonomía, de la reconexión con el origen, del establecimiento de nuevas relaciones de afinidad y parentesco, y del sometimiento. Como introducción podríamos decir que las leyes de los objetos sociales no siguen a las leyes morales de la lealtad. Más bien lo contrario. Cuando una cosa (una práctica institucionalizada, una forma de procedimiento, un principio ético, una costumbre) ya existe con sentido propio, no importa su origen, puede formular otros criterios de funcionamiento y permanencia, se la puede tomar y hacerla cumplir otra función. Toma autonomía y también es tomada, aprovechada, sometida, transformada por otras fuerzas que se conectan de ella, que la ponen a funcionar de otra manera: la tuercen, la contienen, la desplazan, la potencian.

En la *Genealogía de la Moral*, justamente un libro dedicado al castigo, Nietzsche lo resume de la siguiente manera: “*La causa original de una cosa y su utilidad final, su empleo efectivo, su clasificación en el sistema de causas finales son dos puntos separados por completo; una cosa que existe, una cosa que ha sido producida de una manera cualquiera es siempre llevada por un poder que le es superior hacia nuevos propósitos, siempre puestas a requisición, puestas y transformadas para un empleo nuevo... su uso puede ser una cadena ininterrumpida de interpretaciones y de aplicaciones siempre nuevas, cuya causa no tienen que ser si quiera ligadas entre ellas*”.

Tomando este principio como punto de partida, me gustaría aquí mencionar dos herramientas clave para el abordaje crítico de la cuestión penal. Algo tan atravesado de ocultamientos, dobles discursos e intereses ocultos. La primera, que ya introdujimos, es **la distinción entre prácticas y discursos**. La segunda, **el concepto de función**. Y con él comprender la conexión o desconexión, la relación de valor, entre lo manifiesto y entre las funciones efectivas de un objeto o estructura social. Luego intentaremos usar esas dos herramientas conjuntamente.

Prácticas y Discursos.

A pesar de la ambivalencia constitutiva que ya señalamos (que toda práctica genera discurso o tiene una dimensión discursiva; y que todo discurso es construido y sostenido, y por tanto también es práctica) es posible observar como dos fenómenos actúan en relación entre sí, funcionando uno como discurso de la práctica del otro.

Por ejemplo, la producción intelectual iluminista-liberal sobre la responsabilidad penal ha funcionado como un nuevo *discurso* sobre el sistema penal. Intentaba cuando surgió en el siglo XVIII forzar un sistema penal puntual, crearlo, sustentarlo, derribando al mismo tiempo otra forma de sistema penal, otras manifestaciones de ejercicio del

castigo. Así, se atacaban viejas prácticas, primero desde el discurso, y al hacerlo se apoyaban nuevas prácticas que emergían alternativa o conjuntamente con las viejas.

Hemos señalado antes que libertades y disciplinas se implicaban mutuamente. Pero también se frenan. Como se ha visto repetidamente en *Vigilar y Castigar* y en varias producciones de la criminología crítica, este discurso de la libertad individual como eje de la nueva construcción política en gran parte entorpece el funcionamiento que las agencias penitenciarias y policiales pretenden de sí mismas, la disciplina policial y penitenciaria no tenía el mismo lenguaje ni funcionamiento que aquel que declamaba el discurso de los hombres libres y racionales, por lo que desde estas mismas agencias se han generado también sus propios *discursos* que permitiesen justificar esa forma de accionar, darle un vocabulario propio, criterios de funcionamiento y hasta un sentido que les permitiera expandirse y crecer. *Vigilar y Castigar* es también la historia de cómo la práctica penitenciaria que surge de la combinación de las técnicas disciplinarias, y que es referente de toda una racionalidad política, produce su propio discurso, que le permitirá ampliarse en las ciencias de la criminología. La criminología será así un discurso mucho más *afín y funcional* a las necesidades de la práctica penitenciaria que el discurso liberal, que la posibilitó en un primer momento.

Y es que, sumadas ambas relaciones entre libertades y disciplinas (el del apoyo mutuo y el de freno y conflicto), en *Vigilar y Castigar* pareciera que el discurso liberal sirvió como una bisagra, como una articulación que permitió derrumbar el “*ancien regime*” pero no pudo imponer su propia práctica –al menos no como racionalidad dominante- más que en la letra legal. Y sí, en cambio, permitió el dominio definitivo de la racionalidad disciplinaria por un largo tiempo.¹

Se generan entonces, relaciones complejas y no sólo “de correspondencia”, no lineales, entre los discursos referidos a unas prácticas y las prácticas mismas. Volviendo al ejemplo de *Vigilar y Castigar*, las prácticas institucionales y extra institucionales atravesadas por la mirada maquiánica y utilitaria, por la mirada del costo-beneficio y la organización en forma de “procesos” temporales y espaciales, da lugar a una forma de pensar e intervenir más o menos reconocible que Foucault llama “disciplinas”. La forma disciplinaria de reproduce, expande, se estabiliza y genera sus propios discursos legitimantes.

Tanto en *Vigilar y Castigar* como en el *Nacimiento de la Biopolítica* (2007) vemos que hay una relación compleja entre el liberalismo y las disciplinas. Se complementan, se permiten pero también chocan y se frenan. Son el ejemplo más conocido por los penalistas de un análisis de las relaciones funcionales y disfuncionales entre prácticas y discursos.

La “Función”: lo “funcional” y lo “disfuncional”.

Cuando hablamos entonces de legitimación/deslegitimación (o bloqueo/facilitación, apoyo/ataque) entre prácticas y discursos, estamos hablando de relaciones “funcionales”. Estamos diciendo, “respecto de tal práctica, este discurso cumplió esta *función*”. Por supuesto la cuestión de la función no necesariamente se reduce a la de prácticas/discursos, puede analizarse sobre dos prácticas, sobre “instituciones sociales”, costumbres, incluso sobre reglas estructurales de la sociedad, sobre mecanismos psicológicos, etc. Incluso, es un vocabulario tomado de las ciencias duras y de la biología así que se refiere a muchas más cosas. Vamos a resumir algunas

¹ En el “Nacimiento de la Biopolítica” se ve que sin embargo la relación es más compleja: el liberalismo sí termina por inventar una racionalidad de gobierno propia, que se expande en la forma de “biopolítica” y que termina por imponerse como dominante dos siglos después.

de las advertencias metodológicas respecto del uso sociológico del concepto de la “función” que hace R.K. Merton (1995, Cap. IV), tal vez quien mejor ha convertido este abordaje metodológico de la sociología en un concepto heurístico:

Lo más importante para entender este concepto es **distinguir bien lo que se llama función de las intenciones, disposiciones subjetivas, intentos, etc. La “función”, que puede o no coincidir con una disposición subjetiva, se plantea en el plano de los “efectos” observables.**² Así, las personas pueden darle razones a sus conductas, o hacerlas en función de ciertos propósitos, sin ver que esas conductas cumplen una función respecto de un estado de cosas.

En segundo lugar, cuando hablamos de que hay una “función” o de que algo es funcional, no estamos diciendo necesariamente que eso es funcional a un *sistema general*, o estamos indicando una “función” universal. Hay que identificar los dos términos o cosas sobre las cuales estableceremos el análisis de funcionalidad. Por lo tanto nuestro análisis de funcionalidad, depende del nivel micro o macro en el que situemos el análisis y del recorte analítico entre términos u objetos que hagamos. Esto porque no hay que caer en el simplicismo y la trampa de creer que todo se explica por su funcionalidad al sistema social (así, hay funciones psicológicas de la conducta dentro de la psiquis de un individuo; respecto de un grupo podremos encontrar funciones grupales de cierto comportamiento, respecto del sistema social u orden social determinado la función de cierta estructura o práctica institucional; del un sistema cultural la función de una costumbre o un rito, etc.). En nuestro caso que nos interesa distinguir entre prácticas y discursos, debemos establecer tal análisis sobre el discurso X y la práctica Y, o a la inversa, y luego se puede repetir la operación a distintos niveles de análisis desde lo más “micro” a lo más “macro”.

Por otro lado, la función es una determinación analítica que surge de evaluar las consecuencias que se plantean en la relación entre un objeto o cosa y otro. Esas relaciones se dan en múltiples niveles y aspectos. Algunas pueden resultar favorables, otras desfavorables y otras inocuas. Para afirmar que algo es funcional o disfuncional a otra cosa debemos evaluar el “saldo líquido”³, es decir la suma o el conjunto de todas las consecuencias. Si las consecuencias favorables superan a las desfavorables, la relación será funcional. A la inversa, será disfuncional. En definitiva, sin pretender dar un concepto exhaustivo, **algo es “funcional” a otra cosa cuando las consecuencias de su existencia, de su presencia y de su funcionamiento facilitan, ayudan o mejoran las posibilidades de la existencia, presencia y funcionamiento de lo otro.**

Todas aquellas otras cosas relacionadas con el elemento analizado que se ven beneficiados funcionalmente por sus efectos, de alguna manera tienden a sostenerlo, tienden a generar una resistencia a su desaparición, de alguna manera “necesitan” que siga funcionando. Pero tampoco podemos creer (como suele afirmarse simplifcadamente) que porque algo cumple una función respecto de un grupo de cosas o de un fenómeno, su presencia es indispensable. Si está allí justamente por la función misma, lo que importa es el cumplimiento de la función. Podría ocurrir que el objeto fuera reemplazado por otro que cumpla una función similar o haga innecesaria la de este (o que coexistan, pero desplazando su importancia). Se abre así la puerta a la posibilidad de “alternativas funcionales” (o “sustitutos funcionales” o “equivalentes funcionales”). Es decir que aunque hay posibilidades de alternativas funcionales, el margen de variaciones a este respecto está delimitado por la “coerción estructural” que

² “La expresión función social se refiere a *consecuencias objetivas observables* y no a *disposiciones subjetivas* (propósitos, motivos, finalidades)”. (Merton, Ibid. pp. 97).

³ Merton, Ibid.

surge de la interdependencia de los elementos de una estructura social. (Merton, Ibid. p. 128).

Así, todo fenómeno o estructura está inserta en un cruce de redes que lo sostiene y atraviesa, un tejido de relaciones con otras estructuras, fenómenos o prácticas sociales; y aquellas de estas que se benefician con su presencia generan una especie de “demanda” para que continúe. El efecto provocado por esa coerción estructural es que de “extirparse” el fenómeno (por ejemplo, porque nos provoca indignación moral: la mafia) tenderá a reaparecer o a aparecer otro fenómeno que cumpla esa función si no se alteran las condiciones estructurales que lo sostienen. Se genera algo así como una demanda de que tales cosas existan, *en función del* resto de la estructura.⁴ Merton lanza un teorema útil para los reformistas de cualquier orden de lo social: “*Todo intento de eliminar una estructura social existente sin suministrar otras estructuras adecuadas para llenar las funciones que antes llenaba la organización abolida, está destinada al fracaso*” (p.157).

Pues bien, como dijimos al comienzo, es muy importante distinguir los efectos y consecuencias reales que se ponen en marcha (sobre todo en nuestro caso en que nos interesa distinguir las prácticas), de las intenciones, motivos y propósitos (que se hacen explícitas en los discursos). Existen infinidad de objetos y efectos que tienen cierta relación de funcionalidad con otras cosas, condiciones, estructuras, fenómenos que no son visibles, ni explícitos, ni son dichos (a veces *no pueden ser* dichos por la misma naturaleza de la función que cumple). A estas funciones que permanecen en lo oculto a la simple vista, al vocabulario de los motivos, Merton llama **funciones latentes**, para diferenciarlo de las **funciones manifiestas** (aquellas que coinciden con los propósitos, motivos, o que se hacen conscientes). En el caso que pusimos antes de la mafia resulta claro: la mafia italiana en los años 30 en EE.UU. venía a abrir canales de ascenso social e integración en la estructura productiva y política para los inmigrantes italianos, que se encontraban con todos los espacios ya ocupados por las oleadas migratorias anteriores. Pero está claro que esto no puede ser dicho. Por la misma naturaleza criminal de la mafia nadie podía aceptar abiertamente que cumpliera funciones sociales. Para eliminarla, entonces sólo se podía suplantar ese mecanismo por otro que cumpla la misma función (abrir canales de integración y ascenso para los inmigrantes) pero legal. De eso se encargaron políticas públicas en el marco del welfare state.

Como ejemplos de la utilidad de esta distinción entre funciones manifiestas y latentes, Merton menciona un caso sencillo y muy gráfico. En sobre la ceremonia de la lluvia de los *hopi*. No da muchos detalles pero es fácil imaginar que los indios *hopi*, como tanto otros tenían una danza de la lluvia para hacer llover cuando la sequía amenaza su supervivencia. Si nos quedamos en la función manifiesta, sólo podemos preguntarnos si efectivamente el ritual *hopi* puede hacer que efectivamente llueva (problema meteorológico); si indagamos en las funciones latentes, nos tenemos que preguntar para qué sirve el ritual en relación a los *hopi*, a sus individuos y a su grupo (problema sociológico). Claro, los *hopi* no saben que en realidad el ritual de la lluvia sirve para mantener cohesionada su comunidad y no para hacer llover. Si tomaran conciencia de ello, el ritual perdería su verdadero efecto, su *función*. Este ejemplo me parece no sólo muy ilustrativo sino además muy aplicable a la mirada jurídica sobre

⁴ También podemos usar el teorema a la inversa: si una cosa, fenómeno o estructura, resiste los intentos de reforma, o es extirpada y vuelve a surgir o aparecen en su lugar otros fenómenos o estructuras que producen los mismos efectos, podemos sospechar (y proceder a investigar) que esta estructura o fenómeno estaba cumpliendo funciones latentes, no visibles (encuentro esta advertencia muy pertinente para pensar las reformas institucionales en el sistema penal)

cuestiones sociológicas que antes criticamos. El jurista opera sobre la ley como un *hopi* con la danza de la lluvia, y cuando se muestra crítico con ella lo hace a lo sumo como el meteorólogo que sólo se pregunta si tiene o no el efecto buscado.⁵ Aclaremos nuevamente: las estructuras y fenómenos que cumplen una *función* sea latente o manifiesta, está sometidas al efecto de coerción estructural. Si le sacáramos a los indios *hopi* su ceremonia de la lluvia su comunidad inventarían un nuevo ritual de unión o se desintegraría.

Como advierte el mismo Merton las funcionalidades en general se plantean en una serie de efectos funcionales respecto de una pluralidad de objetos y situaciones con las que la estructura o fenómeno está relacionado.

El análisis de Merton sobre la máquina política nos puede servir de ejemplo para ver como, en realidad todo análisis funcional debe plantearse una serie de consecuencias que operan conjuntamente pero de forma distinguible. Nosotros lo llamaríamos un análisis sobre los “aparatos” políticos. Comienza advirtiendo Merton contra la mirada moralista de los que suponen de que hay cierta bajeza moral característica de la profesión y que todo se arreglaría con “mejores” políticos. Contra este análisis ingenuo, debe plantearse la posibilidad de que el aparato político cumpla funciones a múltiples niveles:

- Respecto de la política y la posibilidad de fragmentación del poder, cumple funciones de centralización de poder que otras organizaciones más sancionadas desde lo moral no pueden cumplir.
- Satisface gran parte de las necesidades sociales insatisfechas de grupos sociales.
- Mediante complejas redes de relaciones personales, humaniza y personaliza la ayuda social.
- Proporciona a ciertas empresas puntuales (sobre todo las de servicios públicos), privilegios (sí, privilegios ilegales) y evita así un “caos en la competencia”; fuera del control público del organismo de gobierno (al que las empresas consideran tabú).
- Provee caminos de movilidad social a personas de sectores en desventaja (en nuestro caso, podríamos pensar, la estructura del partido peronista -por ejemplo- puede distribuir cuotas importantes de poder político a personas provenientes de estratos sociales bajos). -En esto cumple funciones complementarias con las del crimen organizado (rackets)-.

Bien, creo que esto ha bastado para salir del análisis ingenuo y moralista. El análisis de las cosas tal como son, de los sistemas tal como funcionan nos impone no sólo ver lo que está bien y lo que está mal, sino ver su funcionamiento real, abandonando en un primer momento la preocupación moral, para poder comprenderlo.

Pues bien, a lo que voy a llegar finalmente es a demostrarles la opinión que ya les adelanté de que los penalistas reformistas nos comportamos como los meteorólogos con los *hopi*. Sólo planteamos una mejora en la danza para hacer llover, y medimos la

⁵ Los sociólogos utilizan sin embargo esta mirada a menudo aunque no la hallan conceptualizada necesariamente bajo este nombre que Merton propone. Hay varios ejemplos que cita Merton: T. Veblen analiza el consumo de artículos de lujos (y yo agregaría el vino y la comida gourmet), yendo más allá de la afirmación obvia de que los artículos caros se adquieren, según se entiende a nivel consciente, para ser consumidos, porque son mejores que otros, etc. Pero más allá de esa justificación los artículos de lujo tienen la función de distinguir a través de los símbolos a una clase social superior, de elevarla: la gente compra cosas caras no porque sean mejores, sino porque son más caras. Mead que analiza cómo la actitud hostil hacia el agresor tiene la *ventaja* de provocar la unión emocional de la comunidad. Durkheim analiza cómo esa misma respuesta sostiene la solidaridad mecánica. Todo ello ocurre fuera del nivel visible en la superficie de los motivos y propósitos, sólo observable a nivel de los efectos constantes.

luz en la empresa. Pero nunca nos planteamos las funciones latentes estructurales en nuestro propio comportamiento, incluso en la formación y práctica de los discursos legales liberales que se pretenden críticos, y eso nos lleva a un análisis ingenuo y a encontrarnos, años después, con consecuencias “inesperadas” de nuestras bien intencionadas reformas. Estas reformas –de las que haremos hincapié en dos- terminan por funcionar a lo sumo, como *alternativas funcionales* a las viejas estructuras penales, por efecto de la coerción estructural ¡Pero era justamente la función lo que se suponía que queríamos cambiar con la reforma!

Relaciones Prácticas-Discursos: Pensar la complejidad

Podríamos utilizar estas dos herramientas (la distinción prácticas/discursos y la distinción función manifiesta/ función latente) la para analizar cualquier fenómeno -por ejemplo- del sistema penal, con la condición de que intentemos abordar tantos elementos fácticos como sea posible y parezca relevante, según la lógica del funcionamiento de las prácticas, y no sobre lo que nos dicen los discursos.

Quiero decir, podemos analizar si un discurso es funcional o no a una práctica, más allá de que ese discurso diga que no lo es, niegue toda vinculación o incluso diga que su función (explícita) es justamente todo lo contrario.

La pregunta que al final intentaré hacerles (y dejar abierta) es: ¿Es posible que un discurso jurídico penal pretenda ser funcional a un cierto tipo de prácticas, pero a nivel de los efectos materiales está sosteniendo, permitiendo o fomentando otro tipo de práctica (incluso más allá de lo que pueden ver y creen los principales actores que sostienen ese discurso)?

Foucault nos dice en el capítulo “Illegalismos y delincuencia” (de *Vigilar y Castigar*) que la cárcel que se supone una institución disciplinaria de transformación para la obediencia y el sometimiento al trabajo, ha producido, estructuralmente, necesariamente, una clase delincuente absolutamente no apta para el trabajo, condenada a ser la clase peligrosa, que sostiene y alimenta el mismo sistema penal. Y gracias a esto, se pueden poner en marcha muchos otros mecanismos de control. Es decir que su supuesto fracaso es su verdadera función en el sistema de control.

De creerle, podríamos repensar todos los otros discursos penales y criminológicos de la misma manera ¿realmente funcionan como dicen que funcionan? Por ejemplo ¿Tal discurso dice ser “deslegitimante”, lo es realmente? ¿O están produciendo otros efectos distintos (a veces opuestos) a los que afirman producir, y en esos efectos se teje su verdadera relación funcional con otras prácticas y funciones del sistema penal?

Intentemos ahora cruzar ambas dimensiones del problema: retomar la distinción entre la práctica y discurso, analizando si se puede pensar entre ellos la relación legitimación/deslegitimación en términos de funcionalidad/disfuncionalidad. En un primer momento, nuestro terreno, el penal, parece muy apto para esto, puesto que desde la criminología crítica en adelante es una acusación muy frecuente “este discurso es funcional a los intereses de las clases dominantes” así como “este sistema penal funciona reproduciendo las condiciones de la estructura social” y afirmaciones por el estilo.

Pero antes de ello, debemos advertir que, como ya mencionamos al hablar del “saldo líquido”, la relación (“función”) entre un discurso y una práctica no necesariamente es la de ser funcional o disfuncional por completo. Más bien, es compleja, incluye una serie de efectos no coherentes a distinto nivel que se combinan pero que van variando de acuerdo a los valores de los componentes de la relación (y su

valor relativo varía de acuerdo al contexto, de acuerdo a otros fenómenos históricos que los impactan, los tocan, los influyen, crecen en ellos, etc.). Así, entres dos estructuras o fenómenos complejos, los resultados pueden ser también complejos. Debemos reconocer la mayor cantidad de relaciones en esta complejidad para poder evaluar el “saldo líquido” final.

Algunos de los efectos generales de estas relaciones pueden ser:

- De choque/ deslegitimación/ ataque: el discurso X es abiertamente contrario a la práctica Y, y por alguna razón la práctica es expuesta (se logra traducir la práctica en discurso) y así mostrarla como su opuesto, su contradicción. Por ejemplo: el discurso liberal humanista del siglo XVIII contra el *Ancien Regime* y sus rituales de exhibición del poder. O el primer impacto de la criminología crítica sobre el correccionalismo.
- De freno: si bien se plantea un discurso X como contradictorio de la práctica Y, lo ataca directamente suponiendo su eliminación, el efecto es sólo lograr impedir que la práctica se expanda. Curiosamente este efecto puede resultar funcional a la estabilidad de la práctica en tanto la protege de su expansionismo, de sus excesos, y por tanto le aporta estabilidad, la ayuda a integrarse con otras estructuras frente a las cuales, de otra manera chocaría. El expansionismo llevaría a la práctica a hacerse explícita o a transformarse en otra cosa. Por ejemplo, podríamos pensar que este es el efecto del discurso liberal durante los siglos XIX y XX contra las instituciones disciplinarias, hasta los años 70, en que se convirtió en punta de lanza para de desarmado.
- De apoyo: hay cierta coherencia entre un discurso y una práctica, y la construcción de legitimidad que propone o logra el discurso sirve de apoyo a las prácticas. Por ejemplo: ha habido una función legitimante pura, directa y explícita en la criminología positivista como saber generado por y para sobre las prácticas penitenciarias y policiales de observación y clasificación.

Pero como dijimos, estas relaciones pueden darse en varios niveles distintos, o entre varios componentes o elementos distintos, de los fenómenos u objetos que estemos estudiando, y por tanto funcionar de manera distinta en cada uno de esos niveles.

Por ejemplo, en el mundo académico siempre el discurso penal liberal chocó con la criminología positivista. Pero a nivel de las prácticas del sistema penal se mostraban complementarios. El profesor aborrecía del positivismo. Pero el juez podía condenar, y descargar la responsabilidad de la manifestación de la condena en el penitenciario que tendría la función de corregir o resocializar, y para ello debía echar mano de su saber positivista. El penitenciario quería “transformar”, y el Juez se lo permitía al no invadir su área de *expertise*. Ambos se sentían parte de un necesario mecanismo de defensa social que los aunaba y su choque no era tan grande en la práctica; por el contrario, uno sin otro entraría en crisis, tendría que volver a inventarlo.

Por otro, cada práctica-discurso tiene niveles de visibilidad y entre esos niveles la relación varía. Por supuesto un *discurso* que emana de una *práctica* es producción de visibilidad. Pero no necesariamente todo discurso es público, puede ser un discurso más o menos restringido. En nuestro caso el discurso de la criminología positivista sobrevive restringido al nivel técnico penitenciario (a sus producciones científicas, sus revistas, la carrera penitenciaria); hay también un discurso complejo sobre el derecho penal restringido al nivel académico jurídico (el discurso filosófico y luego técnico sobre la culpa y el castigo), o incluso, pueden existir discursos dirigidos a un pequeño grupo cerrado que produce su propio discurso que no intenta expandirse, ni ampliarse ni hacerse conocido a otros (el discurso esotérico, en cualquier campo temático).

Entonces, la relación práctica-discurso y discurso-práctica puede darse en varios niveles de visibilidad. Y así establecer, en cada una de esas aristas de la relación, relaciones de:

- Funcionalidad oculta: el discurso se presenta públicamente como contradictorio, pero genera efectos que favorecen a la permanencia o el crecimiento de las prácticas. Por ejemplo, choca aún más fuertemente con otras concepciones que compiten o que son aún más desfavorables –indirectamente favoreciéndola-⁶, o favorece una concepción “ingenua” que termina por encubrir a la práctica, permitiéndole operar con una menor grado de visibilidad⁷ (de esto se habla cuando se menciona la función “encubridora”).
- Disfuncionalidad oculta: el discurso se presenta públicamente como favorable a una cierta concepción, pero pone en marcha efectos y favorece condiciones que terminan por perjudicarla.⁸

El doble campo: lo jurídico y lo judicial.

Ya hemos advertido entonces de la naturaleza doble de la práctica y el discurso. Que uno siempre esté ligado a lo otro, o que uno siempre tenga una dimensión en el otro, no borra esta distinción analítica sino que la hace más compleja.

Pero para ingresar a la cuestión de cuál es el significado de esto en la materia que aquí nos importa, además deberemos comenzar por otra distinción de dos áreas problemáticas ligadas y que se suponen mutuamente (y sin embargo, son reconocibles, también, como distintas).

Bourdieu nos habla del “campo jurídico” englobando en él tanto la cuestión jurídica como la judicial y colocándola como dos estructuras constitutivas de ese campo, los “tóricos” (los juristas y profesores), y los “prácticos” (los jueces, funcionarios, abogados): *“Es preciso señalar, además, que el antagonismo estructural que en los diferentes sistemas opone las posiciones del “tórico” dedicadas a la pura construcción doctrinal, y las posiciones del “práctico”, limitadas a la aplicación está en el principio de una lucha simbólica permanente en la que se enfrentan definiciones diferentes del trabajo jurídico como interpretación autorizada de textos canónicos.”* (2001, p. 175)

Una vez establecida esta diferencia sobre dos dimensiones enfrentadas de este “campo”, que se suponen mutuamente, y están inexorablemente ligadas, pero que, sin embargo, son identificables como distintas (por su separación, por su distinto funcionamiento, por la posición de los actores en cada uno de ellos) se puede pensar las relaciones entre ellas.

⁶ Un caso muy usual actualmente a nivel de la macro-política se da cuando se denuncia que un grupo de izquierda le está “haciendo el juego” a la derecha. Esto quiere decir que por los reclamos y los choques de ese grupo con el gobierno -de centro o de centro izquierda- lo desestabilizan, pero una vez desestabilizado, quien podrá aprovechar la situación y ocupar el gobierno o imponer una política pública no será la izquierda sino la derecha. Lo que se dice en esta acusación es que el grupo rebelde es funcional a los conservadores, lo sepan o no, lo quieran o no, pues serán ellos (los conservadores, la derecha) quienes se verán finalmente beneficiados con su acción.

⁷ Así es el caso del humanismo correccionalista de las doctrinas “re-”: cuestiona la dureza de las disciplinas y los efectos destructivos, pero tiene los mismos principios de funcionamiento, con lo cual sigue sosteniendo la misma racionalidad en las prácticas, de lo cual resulta que son esperables los mismos efectos, sólo que más presentable al público, menos cuestionable (un “lavado de cara”, en lenguaje coloquial).

⁸ Por ejemplo, el discurso neoliberal de ataque a las instituciones disciplinarias parece ir de la mano con la concepción liberal iluminista de los derechos (y muchas veces la invoca en su favor), pero termina por favorecer un tipo de neo-conservadurismo donde se fortalecen racionalidades y expresiones “premodernas” del ejercicio del poder.

Hay mucho para decir al respecto. Pero en esta ocasión nos referiremos a la función del derecho en el orden social. Hay que pensarlo, entonces en este doble nivel, en el jurídico y en el judicial.

Y, tomando en cuenta que uno de estos niveles, el jurídico, está dominado por lo que Bourdieu llama los “teóricos” (los profesores y los autores), y el otro, el judicial, dominado por jueces y abogados (los “prácticos”) volvemos entonces a la advertencia de la dualidad discurso-práctica de todo discurso y de toda práctica; porque cómo se vé, la principal producción de los “teóricos” es a nivel del discurso; en tanto la principal producción de los “prácticos” es a nivel de la práctica. El discurso de los teóricos observa, evalúa, critica y propone sobre las prácticas (“la solución correcta debe ser esta”). Las prácticas (toda la actividad jurisdiccional y principalmente las sentencias), recurre al saber de los teóricos para sostenerse. La naturaleza de un discurso como tal o de una práctica como tal no es más que relacional. Es una **función respecto de**. Nada es sólo discurso ni sólo práctica: lo es respecto de otra cosa. Los tratados y manuales, las críticas a fallos, los artículos son *discursos* respecto de los fallos y de la producción judicial como *práctica* (particularmente de cómo debería ser esa práctica)

La complejidad del campo jurídico.

Una reflexión de orden histórico-político sobre este “campo jurídico” nos servirá para entender su naturaleza compleja, que va mucho más allá de entender la producción jurídica como *discurso* de la práctica jurisdiccional; tiene otras dimensiones, que interactúan e influyen en sus *prácticas*.

Desde que la legalidad (la ley del Estado) reclama el monopolio sobre la legitimidad (el poder de definir qué es legítimo y que no en términos colectivos), el derecho no es sólo un discurso legitimante o deslegitimante que se produce en la academia y el mundo satélite a ella. Por un lado, pretende ser el terreno mismo, el ring, la arena de la contienda, donde se debate lo legítimo y lo ilegítimo. Por otro es un instrumento casi indispensable para cualquier proyecto político, para poner en marcha a nivel estatal una serie de políticas públicas que respondan a una racionalidad determinada.

Es decir que “el derecho” es:

- Un *discurso* que funciona como *criterio de legitimidad* (y en ese sentido, legitimante, deslegitimante, encubridor o bloqueador) respecto de *una racionalidad de gobierno, de una norma escrita*, de una práctica política, etc. (función valorativa, dimensión discursiva);
- Un *instrumento* necesario respecto de las técnicas de *gobierno* (entendido como la conducción de una población) que permite su formalización para poner en marcha políticas a nivel estatal dotándolas de un cierto valor simbólico; también ligado a la legitimidad, en este caso legitimidad formal (Dimensión discursiva, función práctica de formalización de los actos públicos). Lo que vale tanto para el derecho administrativo, por ejemplo, como para el derecho procesal y la práctica burocrática tribunalicia (las “causas”, los decretos, autos, presentaciones, etc.).
- El producto de una *práctica* del *campo jurídico*: la práctica propia de los actores de ese campo: decir lo que el derecho es. Aquí se cruzan las funciones judiciales, legislativas y las científico-académicas (producto de la práctica de los actores del campo);
- El lenguaje de un escenario, de una *arena* de enfrentamientos (he aquí la dimensión jurídico-judicial); y por ello respecto de la *lucha política* la condición de funcionamiento de una escena privilegiada que contiene la manifestación violenta

del enfrentamiento y expande simbólicamente sus efectos y representaciones. (Dimensión discursivo-práctico respecto del manejo de la violencia y la administración de etiquetas sociales, principalmente producida en lo judicial-penal).

Todas estas naturalezas y redes de relaciones se cruzan, se condicionan, se frenan o potencian. Y ese efecto conjunto de fuerzas es lo que hace al derecho tal como se manifiesta.

Por ejemplo: el derecho como producto de los juristas requiere ciertas condiciones de coherencia interna que impide que funcione libremente de cualquier forma como discurso legitimante o como instrumento. Hay una cierta fuerza de resistencia implícita en el hecho de que el derecho se pretenda un sistema normativo coherente. Y además el derecho es por esencia tradicional: afirma su propia legitimidad desde la continuidad de un principio superior y anterior.⁹ Eso obliga a un sinfín de maniobras discursivas y legales para ocultar por ejemplo, a un gobierno de facto, el hecho de ser *de facto* (como lo opuesto a *de iure*),¹⁰ y esa artificiosidad le da fragilidad a la construcción jurídica legitimante del gobernante del facto o del estado de excepción que pretende no serlo. Esta misma naturaleza tradicionalista -y pretendidamente coherente en el tiempo- del derecho permite poner al desnudo una política que se dirige claramente contra, supongamos, un principio constitucional. Aquí el derecho como producto de los juristas manifiesta una naturaleza que le impide funcionar libremente como herramienta legitimante de los actos de un gobierno determinado.¹¹

Otro ejemplo: La naturaleza parcialmente cerrada del derecho como producción de los juristas, imbuida de formas solemnes, y bastante misterioso en su lógica para el lego, es también la que le otorga su especial condición de *arena privilegiada de representaciones para el enfrentamiento político*. Un escenario supone proveedor una legitimidad superior al resultado del conflicto por ser la construcción de un grupo de expertos de un saber específico, a la vez moralmente y técnicamente superior. Y constituido en la escena que *traduce la disputa y su resultado a un plano simbólico con pretensiones universales*, la producción de los juristas sobre ese derecho también se ve limitada. Las fuerzas extra académicas y extra judiciales que se enfrentan en esta arena (pienso, por ejemplo, en los reclamos populares de castigo, pero también podría pensarse en los discursos mediáticos sobre la justicia, dos fenómenos por lo general asociados), la quieren tomar como trofeo, impugnan sus normas, intentan imponer otra

⁹ Dice Bourdieu “*En efecto, es difícil no ver en principio de una complementariedad funcional dinámica en el conflicto permanente entre las pretensiones que concurren por el monopolio en el ejercicio legítimo de la competencia jurídica: los juristas y otros teóricos del derecho tienden a tomar el derecho en el sentido de la teoría pura, es decir, ordenado en un sistema autónomo y autosuficiente, y purificador de todas las incertidumbres y lagunas ligadas a su génesis práctica, gracias a una reflexión fundada en consideraciones de coherencia y justicia.*” (2001, p. 179)

¹⁰ En general los gobiernos de facto buscan representar no la ruptura del orden legal, sino su continuidad. Así, se justifican en la necesidad de salvar a la Constitución, a la República, o como en el caso reciente de Honduras, hace que los jueces ordenen la detención del presidente *de iure*, para justificar la medida de excepción. De todas maneras el artilugio legal siempre se presenta frágil en sus representaciones.

¹¹ En contraposición, hay que reconocer la enorme flexibilidad interpretativa propia del “derecho”, lo cual también es requisito de funcionalidad política: “*En efecto, es difícil no ver en principio de una complementariedad funcional dinámica en el conflicto permanente entre las pretensiones que concurren por el monopolio en el ejercicio legítimo de la competencia jurídica: los juristas y otros teóricos del derecho tienden a tomar el derecho en el sentido de la teoría pura, es decir, ordenado en un sistema autónomo y autosuficiente, y purificador de todas las incertidumbres y lagunas ligadas a su génesis práctica, gracias a una reflexión fundada en consideraciones de coherencia y justicia.*” (Bourdieu, *Ibid.* p. 184).

lógica, someterla simbólicamente.¹² Aunque el discurso jurídico se afirme absolutamente contrario a esta lógica extrajurídica de concebir la justicia y el enfrentamiento, es indudable que impacta, transforma y limita sus producciones. En este punto el plano judicial, aquel que transforma el *derecho como discurso académico* en el *derecho como instrumento* de la práctica del control social, se muestra más permeable y vulnerable a estas fuerzas “extrajurídicas”.

Tanto por efecto de la vía directa (cuestionamiento en el discurso de la víctima, de un grupo social o de la prensa del discurso académico), como por vía indirecta (forzar decisiones y transformaciones en el campo judicial, que a la vez se nutre del académico y le demanda un discurso que permita sostener su práctica), es indudable que el hecho de que la escena judicial y el lenguaje jurídico constituyan un teatro para el enfrentamiento, el conflicto y el antagonismo social (una teatralización necesaria a los fines de poder administrar el conflicto) impide que el derecho sea sólo lo que los juristas dicen o quieren que sea. Hace que otros factores “extrajurídicos” ingresen e influyan en la producción de lo jurídico.

Aplicación de las herramientas en el caso de las reformas penales.

¿Para qué sirve toda esta complicada herramienta teórica? Nos puede servir para repensar nuestra posición y acción estratégica una vez tomada una posición ideológica. Supongamos, por ejemplo, que realmente tomamos postura sosteniendo que el sistema penal no es algo ni bueno ni útil, sino un mal, un dato “de hecho” que preferiríamos que no exista (como la famosa postura agnóstica-negativa de Zaffaroni). Supongamos que prefiriéramos que la respuesta frente a la victimización (frente a la agresión a los derechos de alguien) se centrara más en prevenirla o evitarla que en castigar a cierto número de personas (no siempre correspondiente a los victimarios de esos derechos, o a los causantes de la situación problemática “de fondo”). Pues bien, entonces deberíamos plantearnos:

¿Los discursos jurídicos y políticos que nos articulan como abogados, como profesores, como juristas, los que nos dan una forma de presentación, los que reproducimos como axiomas, tienen realmente la naturaleza que dicen tener? ¿Provocan efectos materiales en la dirección en la que apuntan a nivel discursivo? ¿O tienen una naturaleza paradójica y a veces permiten, sostienen o encubren los mecanismos y efectos opuestos o distintos a los que afirman?

La historia de los sistemas penales está llena de estas paradojas. Tanto que casi se podría afirmar que nada funciona como dice que quiere funcionar. *Vigilar y Castigar*, en algún punto, es una historia de una transformación penal (iluminista) que con ideas humanistas derrumbó un viejo régimen de sanciones crueles (ineficientes) y ostentosas (mal administradas), para permitir la imposición de un nuevo régimen de sanciones mucho más medidas, pero también mucho más extendidas, y si se quiere, de efectos más “perversos”, o al menos, más inconfesables: no mediante la idea del castigo público que pretendidamente motivaba a los reformadores del iluminismo, sino mediante la liberación de las disciplinas y su extensión en el cuerpo social.

Stanley Cohen (1985) también relata cómo la crítica de fines del siglo XX a todo el sistema penal, y la incorporación de esa crítica al mismo sistema (los sistemas de control blando o difuso), lejos de reducirlo, le ha permitido expandirse (la probation y la pulsera electrónica no han reemplazado a la cárcel, sino que se han sumado a ella).

¹² A todo lo dicho en este párrafo he dedicado una larga investigación. Véase Gutiérrez, 2006.

Matthews hace una denuncia aún más extrema sobre las consecuencias perversas (endurecimiento del sistema penal) que provocó como consecuencia la criminología crítica. La crítica radical a todo el sistema correccional, no lo hizo desaparecer sino que lo volvió más duro y carente de sentido (y por ello más cruel).

En similar sentido en *La Cultura del Control*, Garland (2005) trata (entre otras cosas) de cómo atacada la legitimidad de la criminología y el correccionalismo, se abrió paso a más pena, más dura, a más gente.

Para Pat O'Malley (2004) la focalización (como opuesto de la universalización) de los riesgos sociales, y la transferencia de responsabilidades al individuo, ha permitido descargar sobre él la culpa penal con más dureza que cuando el problema de la culpa era colectivo, en el sistema positivista-correccional.

Y Feeley (2008) demuestra como una idea "humanista" sobre la excarcelación permite unos años después la transformación más represiva del sistema penal de la mano de lo que llama "la Nueva Penología".

Veremos algunas más de estas paradojas que nos tocan de cerca, aclarando antes un punto de partida. En el fondo de todas las críticas humanistas, democráticas y de izquierda al sistema penal se puede observar un número común de principios éticos desde los cuáles se hacen estas críticas. Los mismos argumentos que los profesores utilizamos para sacudir la conciencia del estudiante y que desnaturalice la confianza en la ley que los discursos jurídicos conservadores le imprimen. Estas críticas sintetizadas a su mínima expresión en forma de críticas éticas son:

- El sistema penal es cruel: castiga de más, aplica crueldad mucho más allá de lo que según sus propios supuestos sería necesario.
- El sistema penal es selectivo y desigual: se aplica con más dureza en los más pobres y es muy liberal y permisivo con los grupos poderosos. Persigue los delitos de los pobres y no los delitos de los ricos.
- Relacionado con los dos anteriores: el sistema penal funciona mal: Castiga a muchos inocentes (por ejemplo con el instituto de la prisión preventiva) y deja libres a muchos culpables.
- El sistema penal es un mal no necesario: La pena en general no tiene sentido – aunque se aplicara de forma más medida y humana- porque no logra ninguno de los objetivos que le dan sentido (resocialización, confianza general en la ley, ejemplo, amenaza, etc.)

En general yo estoy muy de acuerdo con estas críticas. Cualquiera que tenga libertad de criterio, sentido de empatía por el otro, y conozca el verdadero funcionamiento del sistema penal lo estaría. Esta es la base de nuestras críticas y supuestamente cambiarlo es el objetivo de nuestras propuestas de reforma. Por supuesto, todos dicen que lo es. Pero una vez puesta en marcha las reformas que se presentan como la solución, lejos de observar que sus efectos reales logran cambiar algunos de estos resultados perversos, los repiten y a veces los acentúan. Nuevamente, saliendo de la esfera del discurso y de las intenciones, y yendo a la de las prácticas y los efectos, entonces ¿a qué resultan funcionales estas reformas si no es repetir y recrear el mismo tipo de sistema penal? Esa puede ser una lectura, pero es un poco simplista si conocemos la complejidad de funcionamiento de este "campo".

La solución definitiva (I): el sistema acusatorio.

El proceso que Malcolm Feeley (2008) relata en su historia del actuarialismo - que antes mencionamos- es el de cómo, en los delitos leves "el castigo es el proceso". Y

los justiciables y operadores del sistema penal así lo sabían: lo que se sufre por el proceso mismo es más grave que la sanción. Por eso, se regula la misma entrada al proceso y sus consecuencias: los actores evalúan costos. En el caso norteamericano, el problema mayor con los “costos” del proceso para el imputado se encontraba en los delitos que podían ser excarcelados, pero en los que los imputados no tenían suficiente para afrontar el pago de fianza. La solución “intermedia” o humanista, fue crear una agencia administrativa encargada de hacer un *profiling* de los imputados, que aconsejaba al Juez cuándo permitir su excarcelación sin pago de fianza: cuando se evaluara que por sus características particulares el imputado no presentaba riesgo de evadir la acción de la justicia. Gradualmente esta idea fue aceptada y el juez delegaba la evaluación del riesgo en la instancia administrativa. Finalmente, cuando el sistema se endureció (particularmente por la “guerra contra las drogas”) el mismo sistema administrativo que calificaba el riesgo para excarcelar, sirvió a la inversa, para denegar excarcelaciones en función de los factores de riesgo que se prevenían (ya sin tomar en cuenta la aparente culpabilidad o la gravedad del hecho imputado).

En su relato sobre la historia del actuarialismo, Feeley (2008) relata la suerte de algunos procesos históricos de reformas similares al cambio que se viene produciendo en el contexto argentino: *“las reformas liberales tenían el potencial para ser puestas en función de un uso muy diferente de aquellos pretendidos por sus creadores. La legislación ostensiblemente diseñada para (...garantizar...) el “derecho” del defendido para acelerar el juicio, fue rápidamente adoptada por los fiscales como un dispositivo para presionar a los defensores para declararse culpables. La diversion previa al juicio, un programa cuyos orígenes se pueden rastrear en la criminología liberal del etiquetamiento, sirvió como una forma para imponer sanciones en casos menores sin necesidad de tener que llegar a la condena antes. Y por supuesto, los liberales defensores de la pena fija fueron cooptados por los conservadores y acomodados en la era de las sentencias draconianas.”* Si el poder absoluto del Juez para dejar a alguien privado de su libertad durante el proceso, sin que éste pueda oponerse, y sin culpabilidad de por medio, es un rasgo propio del sistema inquisitivo, podemos decir que el sistema procesal norteamericano pudo incorporar esta lógica actuarial de la prevención de riesgos porque se “inquisitivizó” (y a la inversa, se “inquisitivizó”, justamente, al hacerlo).

En nuestro caso, al contrario, ha sido la progresiva reforma hacia el acusatorio formal lo que ha permitido el surgimiento del “cálculo del riesgo” como parte importante del sistema penal, también en un efecto paradójico. El giro que tanto preocupa a Feeley en el proceso penal (dejar preso preventivamente a un presunto inocente, en función de ciertos rasgos sociales: trabajo estable, domicilio estable, no uso de estupefacientes, etc.) forma parte naturalizada de cómo nuestros sistema procesales inquisitivos o mixtos manejan su cálculo de “riesgo” de evasión; haciendo obvio desde siempre para los operadores y justiciables de nuestro sistema aquello de que “el castigo es el proceso” (más aún en nuestro sistema en el que históricamente rige la prisión preventiva generalizada como solapado adelantamiento de pena).

En nuestro caso la paulatina transformación hacia el sistema acusatorio ha implicado un desplazamiento del Juez y una transferencia de poder procesal a las partes. Esto se evidencia en la reaparición de la víctima en el proceso penal (cada vez con más fuerza)¹³, y en la reconsideración del imputado como sujeto de derecho, que tiene

¹³ Sobre la víctima basta recordar, como ejemplos de esta transformación, que a diferencia un sistema inquisitivo puro, a los fines de terminar el proceso con una suspensión del juicio a prueba, la víctima es consultada y puede recibir una reparación simbólica. Asimismo, en muchos circuitos judiciales (como en la Provincia de Buenos Aires) se abren instancias de mediación por las que se puede archivar el proceso

opciones para decidir el resultado del litigio¹⁴ (una de las partes más importantes, sin embargo, sigue siendo el Estado a través del Fiscal, a quien se le delegan competencias antes consideradas propias de Juez).

Tal vez la figura que mejor exprese esta transferencia de poderes y sus efectos sea la figura del “juicio abreviado”.¹⁵ El juicio abreviado es la posibilidad de negociar entre fiscal e imputado, una aceptación de la responsabilidad y un monto de pena. Lo que se formaliza en una presentación escrita ante el juez, firmada por ambas partes. Y el juez sentenciará, en principio, acorde a ese pacto, sin haberse llevado a cabo la audiencia de juicio oral. Como aún no hay juicio, el fiscal y el imputado evalúan que tan cierta o lejana es su posibilidad de condena. Si hay muchas pruebas que dan apariencia segura de condena, la pena a pactar será alta. Si hay muy poca pruebas en contra o muchas a favor del imputado, el fiscal sólo podrá llegar a un acuerdo con el imputado por una pena baja (de otra manera el imputado preferiría ir a juicio). Y por otro lado, si el juicio abreviado se da estando el imputado detenido, se evalúa los beneficios que el acuerdo dará para obtener su libertad inmediata. Esto es, si al firmar el acuerdo sale en libertad antes de lo que lo haría si sigue esperando el juicio, el imputado seguramente firmará el acuerdo. Sin ese beneficio no tendría por qué hacerlo. Por ello, lo que de verdad se negocia en el juicio abreviado son montos de dolor y *riesgos* de resultado.

Los límites de la negociación los marca la calificación (que puede ser levemente modificada pero no resultar absurda frente a los hechos tal como están “escritos”). Dentro de esos límites, las partes negocian el *riesgo* que tiene el imputado de ser condenado y a qué pena y el *riesgo* que tiene la acusación de perder el debate, y sobre todo, de perder tiempo y esfuerzo llegando al debate. Negociación desigual, por cierto (y eso explica los resultados). Pero lo importante es que **en una tradición judicial que se maneja con criterios absolutos de verdad y culpabilidad (al menos en su retórica) se ha abierto el juego a una lógica de los riesgos y las posibilidades.** Y aún más, que esto es algo de lo que se deben encargar las partes, no el juez. La “devolución del conflicto a las partes” también implica darles *poder de negociación* sobre los riesgos que corren en el proceso, y por lo tanto de volver a introducir en él una *lógica económica transaccional*¹⁶.

La realidad de una reforma nunca se presenta tan moralmente lineal como quisiéramos, y en la misma transformación siempre puede encontrarse el germen de la destrucción de su sentido original. Las vinculaciones de lo que existe y los efectos que produce van mucho más allá de la voluntad original. ¿Podría pensarse por ejemplo, que una reforma procesal penal necesaria como la que ocurrió durante los años noventa y subsiguientes en muchas provincias del país, que logró por fin dar un sentido más acusatorio a muchos de los sistemas penales más arcaicos, hubiera sido posible si no se

de llegar a un acuerdo denunciando-víctima. En general, las prácticas del Fiscal cada vez más se abren a escuchar a las víctimas a la hora de proseguir con la persecución penal y graduar su dureza. Y finalmente, los poderes de la víctima como querellante o particular damnificado se aumentan lenta pero consistentemente en muchos sistemas procesales.

¹⁴ Sobre el imputado, resulta aún más claro: A diferencia del inquisitivo puro, el imputado sujeto-de-derechos tiene acceso a la causa, a todas las pruebas y rige (en la práctica *debería regir*) el derecho de defensa durante todo el proceso. Puede solicitar medidas alternativas de terminación del proceso, trocando su posibilidad de ser declarado culpable por obligaciones de hacer. Y, sobre todo, y lo más importante para el caso que queremos estudiar, puede negociar con el fiscal su pena y su calificación en la figura del “juicio abreviado” (y otras similares y emparentadas con ella, según el circuito judicial que se trate).

¹⁵ Una visión mucho más amplia del instituto del juicio abreviado como parte del “expansionismo” penal se encuentra en Anitua, 2001.

¹⁶ Lógica transaccional que –aclaremos una vez más–, como observa Anitúa (Op.Cit.) es la de un mercado desregulado, en la que hay un actor mucho más poderoso que el otro.

hubiera extendido *un clima político cultural particular que reivindica la libertad individual* (que tiene como dos facetas inescindibles la libertad política y la libertad económica) *y ataca la autoridad estatal?* ¿Y este clima político cultural dominante no fue impuesto acaso, *gracias a y para promover al*, liberalismo economicista que enarbolaba como bandera el proyecto neoliberal?

No se trata de creer que el sistema acusatorio significa neoliberalismo económico. Sin embargo, la crítica liberal que desde aquellos años venía atacando al Estado “elefantiásico”, su autoritarismo, sus arcaísmos ¿no preparó el terreno, para que adquiriera fuerza la crítica liberal un sistema penal también autoritario, atrasado y arcaico, y de esta forma posibilitar la reforma acusatoria? ¿No fue la deslegitimación del Estado en general un abono a la deslegitimación de los “viejos” sistemas penales, y a los nuevos sistemas más fragmentarios, más flexibles y por tanto también más maleables a poderes extrajurídicos a los que antes se encontraba clausurado? ¿Acaso podríamos pensar en todos esos mecanismos de “devolución del conflicto” a la víctima o a la “comunidad” (suspensión del juicio a prueba, mediación, remisión), que parecen indudablemente humanistas y progresistas, sin un Estado al que le cuesta cada vez más sostener su legitimidad como interruptor de los conflictos, y que los devuelve no a su pesar, sino como quien devuelve una brasa caliente con la que no se quiere seguir quemando? ¿Los juristas progresistas le estamos arrebatando –¿recuperando?– la acción penal al Estado, o son los jueces los que se le están devolviendo a “la comunidad” y a las víctimas con un fingido pensar y con una sonrisa de alivio?¹⁷

Finalmente, es este mismo sistema pseudo-acusatorio que hoy predomina, el que tiene la flexibilidad suficiente para imprimir sobre el sistema penal una serie de transformaciones claramente “economicistas” de “gestión” es términos de la eficiencia de costo-resultado.¹⁸ La transformación por supuesto, está pensada y justificada con un discurso irresistible de “gestión de la calidad”, “buen servicio”, “transparencia”¹⁹. Es un discurso tecnocrático aparentemente neutral en términos ideológicos (no se mete en la discusión de porqué, cuándo y cómo castigar), que sólo pretende hacer más eficiente al sistema. De esta forma, la legitimidad criminológica, ya cuestionada fuertemente hace mucho, da paso a la legitimidad actuarial-económica.

El sistema penal cambia su discurso legitimante, pero en sus consecuencias observables, sigue funcionando de la misma forma, pues lo cierto es que las tasas de encarcelamiento, desde los años noventa en que comenzó todo este cambio, no han parado de crecer. Y tampoco ha variado la clientela penal: se sigue encarcelando a los

¹⁷ Porque, reconozcamos que sólo la “devuelven” en los casos políticamente irrelevantes, cuya administración no interesa, o en los casos de privilegiados, aquellos a los que se quiere dar una salida decorosa que no afecte grandes poderes.

¹⁸ A través de los órganos máximos de la administración de Justicia (La Suprema Corte y la procuración General) se insiste mediante acordadas, normativas y órdenes en poner en marcha un sistema de evaluación estadística de los comportamientos de tribunales, fiscales y defensores, en razón de cuántos juicios orales producen por año; (y para los jueces y fiscales, cuántos de ellos se traducen en condenas; para los defensores, cuántos de ellos se terminan en absoluciones); cuántos juicios abreviados, cuántas causas irresueltas, etc. De más está decir que en términos de cuantitativos el fiscal más “eficiente” será el que realice más juicios orales y logre más condenas (se desplaza, entonces, en la práctica, el *principio de objetividad* a un segundo plano). Consecuentemente en la Provincia y en la Justicia Nacional se han puesto en marcha proyectos pilotos para evaluar a ciertas fiscalías y tribunales bajo las normas *ISO*[□] *9001:2000* de gestión de servicios, con la sospechosa fórmula “eficiencia=rapidez=cumplimiento de plazos” (nótese que desaparece en la evaluación criterios como *la certeza de la prueba* y la *adecuada justificación de la condena*)

¹⁹ La transformación está impulsada, entre otras fuentes importantes, por el Dr. Quiroga Lavié, desde el Consejo de la Magistratura de la Nación, y desde allí, por varios Consejos de la Magistraturas Provinciales.

“excedentes” sociales, los marginales, los lumpen, la *underclass* (o como e les quiera llamar). Debemos cuestionarnos si el sistema pseudo-acusatorio -que indudablemente es un *sistema más eficiente de protección de garantías* en el caso individual- no ha funcionado también como un *sistema más eficiente de administración de justicia penal*, en términos generales, es decir, una *fábrica más productiva y eficiente* de criminalización, que el viejo, torpe y lento, sistema inquisitivo.

Nuevamente esta no puede ser una respuesta definitiva. Las tasas de encarcelamiento han venido creciendo, pero también han venido creciendo las tasas delictivas y la alarma social. Con lo cual, podemos presumir que tal vez un sistema inquisitivo también hubiera reaccionado aumentando la criminalización. ¿Pero no es más flexible y más vulnerable a la “demanda pública” punitiva un tipo de proceso abierto y receptivo de las inquietudes de las partes como el acusatorio (o el semi-acusatorio)? Por otro lado ¿sería posible pensar otro tipo de proceso en este contexto “posmoderno” de crisis de las autoridades y de las instituciones estatales? Más allá de las buenas intenciones que guiaron a los adalides de esta reforma tal vez era la única salida posible para adaptar el sistema penal al contexto histórico y a los cambios sociales y políticos propios del fin del siglo XX. Tal vez se *necesitaba* (el mismo sistema lo necesitaba) en el contexto posmoderno-neoliberal que el sistema penal fuera menos rígido y autoritario, que desplazara la responsabilidad de la condena a las partes, y que se abriera a las demandas públicas y a la auditoría economicista de la “gestión eficiente” propia de la era neoliberal.

Así debemos tomar en cuenta todas estas conexiones estructurales para comprender cómo ha sido posible que llegara el modelo semi-acusatorio, y cómo ha sido posible que su llegada no cambiara nada de las críticas de fondo que tomamos como punto de partida, es decir que llegara para cambiar y sanear la lógica legal, pero que no cambiara sustantivamente las manifestaciones del sistema penal.

La solución definitiva (II): la teoría finalista del delito.

Desde comienzo de los años ochenta los nuevos profesores de la UBA (y desde allí los de las otras Universidades) hemos venido cuestionando de forma triunfante al causalismo como teoría interpretativa del Código Penal y proponiendo el finalismo. La punta de lanza de esta transformación ha sido la misma que la de su inspirador, Welzel: una crítica al no respeto de la “ontología de la acción”. La discusión filosófica gnoseológica en los tratados de derecho penal para justificar esta crítica ha sido absurda: en un reduccionismo²⁰ al menos irresponsable se critica a la fenomenología

²⁰ En el viejo Manual (el vigente hasta el 2001), en la página 333, Zaffaroni utiliza una imagen que también suele utilizar en sus clases: “*El desvalor no puede alterar el objeto, porque si lo altera estará desvalorando algo distinto del objeto; si decimos que los lobos son peligrosos y al mismo tiempo pretendemos que el desvalor “peligroso” puede ignorar la señalización zoológica del objeto “lobo”, pretendiendo que por lobo hay que entender un animal lanudo, con cuernos y que bala, resultaremos cuidándonos de las ovejas y nos comerán los lobos.*” La frase tiene alto impacto visual y tal vez por eso oblitera en el lector una serie de cuestionamientos que serían lógicos. Primero ¿que significará en Teoría del Delito que “nos comerán los lobos”? ¿a los causalistas, “se los comían los lobos”? ¿Qué lobo se comió a los causalistas de los cuales los finalistas están protegidos? (¿Por cuidarse de los lobos, no estarán exponiéndose a los leones?). La fenomenología -kantiana o postkantiana- sostiene que hay una cierta predisposición, categoría, aptitud o voluntad en el observador para que ese objeto visible, ser vivo, de cuatro patas y feroz sea construido como el objeto “lobo”. Es decir: el observador está buscando animales peligrosos o el observador está buscando caninos. Por eso no se confundiría el lobo con la oveja. Si el observador llamase “lobo” a la oveja, porque está buscando animales lanudos y el nombre le gustó, o porque sólo puede ver animales blancos, no importa si lo llama “lobo” u “oveja”, sabrá que ese es el animal lanudo. La única diferencia será que en el lenguaje de uno y otro observador los nombres estarán

emparentándola con el “neokantismo”. Y al neokantismo con el nazismo. Y por ende se supone (o se deja al alumno/escucha/lector suponer que la fenomenología lleva al nazismo). La realidad es que los mismos lazos pueden tejerse entre la fenomenología kantiana con la democracia y el liberalismo. La fenomenología es una posición compleja y de mucho éxito filosófico incluso en las ciencias duras que de ninguna manera puede emparentarse con el nazismo gratuitamente. Mencionar a los nazis neokantianos, y emparentar su idea de la fenomenología con la de Kant (y no mencionar a Husserl) es claramente una chicana destinada a estudiantes carentes de lecturas filosóficas. Por otro lado el vocabulario conceptual que usa Zaffaroni para afirmarse como “realista” y deslegitimar a toda la fenomenología de Kant en adelante (la terminología que habla de la “ontología” de las cosas) es tomado de Heidegger. Si hay algún filósofo cuestionado por ser abiertamente nazi, ese es Heidegger²¹. Zaffaroni olvida mencionar que su postura está tomada de un nazi. El Zaffaroni del 2001 en adelante se aparta –un poco- y se previene de estas mismas afirmaciones un tanto gratuitas. Yo creo que todo esto (incluso lo que estamos haciendo, al decir que Heidegger fue nazi) es para nuestro tema chismerío filosófico y de ninguna manera tiene nada que ver con los méritos o deméritos reales del finalismo y el causalismo.

Creo, entonces, que esta discusión debe ser dejada de lado y los méritos (humanistas, reduccionistas, etc.) de una teoría del delito evaluados en sus efectos. Más allá de una concepción humanista de la “verdad” que no tiene ninguna conexión determinante con una teoría del delito, la pregunta para salir del discurso y fijarnos en las prácticas debería ser **¿es tal teoría, que se dice humanista, realmente progresista en sus efectos? ¿Desde que es la teoría dominante ha mermado la tasa de criminalización, o la “tasa” de arbitrariedad del poder judicial?** ¿Alguien puede pensar que al imputado realmente le importa que le digan si toman en cuenta la naturaleza ontológica de la acción o que en cambio van a diseccionar su acción artificialmente? ¿O que es afortunado porque ya no llaman simplemente error de hecho a su error, sino “error de prohibición”? Al imputado “tipo” -en el que piensa cuando se critica al sistema penal- le importa si va a tener un juicio imparcial, el monto de la pena y si va a quedar peso ¿Realmente se cree que una teoría del delito que hable sobre la ontología de la acción va a frenar la orientación selectiva del sistema penal en su funcionamiento concreto?

A nivel sistema penal, a nivel de las preguntas básicas que antes planteamos, **no está probada una relación directa entre una teoría del delito, sus postulados explícitos, sus pretensiones ideológicas, las motivaciones de su autor, y el quantum de la persecución penal.** O dicho de otra manera: **una teoría que se presenta a si misma como más humanista, no necesariamente es menos violenta en sus efectos cuando es aplicada por el sistema penal.** Un mérito del finalismo puede ser que sea más coherente con los postulados constitucionales-legales, que es más coherente en su lógica interna, etc. Pero el finalismo no deja presa menos gente; ni a distinta calidad de gente, ni por distintos motivos: no reorienta la persecución penal; ni hace a la cárcel

invertidos, pero ninguna ventaja tendrá uno por sobre otro al esquilar al animal lanudo (aunque le pusiera de nombre “lobo”) ni en defenderse del feroz (aunque le llamase “oveja”). Los nombres son siempre arbitrarios, son una convención que hace al proceso comunicacional. Es Zaffaroni el que cae en la trampa anti-idealista al creer que hay una cierta cualidad intrínseca en el nombre de las cosas. Confunde –supongo que adrede- la discusión de las categorías de la percepción con la de los nombres (nominalismo), ridiculizando a la fenomenología a tal punto que él mismo cae en la trampa retórica de los nombres (y hace caer en ella a sus lectores).

²¹ No se trata tan sólo que de la página 29 a la 33 (las principales dedicadas a esta discusión) del viejo Tratado de Derecho Penal (Tomo I) haya cinco citas a Heidegger (Ser y Tiempo), sino que toda su argumentación lo toma como punto de apoyo.

menos destructiva. Entonces, ¿por qué se supone que es más o menos progresista? (Yo creo que sí hay aportes valiosos en los aportes zaffaronianos en este sentido, pero no son justamente los argumentos que él utiliza para defenestrar el causalismo y defender al finalismo)

Ya saliendo de la discusión finalismo-causalismo-funcionalismo, hay un dato curioso en la forma en que se plantean estas discusiones de la teoría del delito y que suele pasar desapercibido, y que tiene mucho que ver con esta gratuita discusión filosófica con las que les gusta presentarse a los finalistas. Bajo la premisa de que en principio no hay hechos sociológicos gratuitos, deberíamos prestar más atención a ese dato. Me refiero a la inútil complejidad en el lenguaje y la exposición de los temas. Pues bien, retomando nuestra técnica de las sospechas sobre las cosas que parecen erróneas pero que se resisten a desaparecer (me refiero a la técnica de la sospecha de funcionalidades latentes), no creo que sea realmente inútil. Esta inutilidad aparente unida a su persistencia nos permite arrojar sobre ella una sospecha de funcionalidad oculta.

Algo similar supone Bourdieu cuando nos dice sobre el lenguaje jurídico que *“El desfase entre la visión profana de quien va convertirse en un justiciable, es decir, un cliente, y la visión especializada del experto, Juez, abogado, asesor jurídico, etc., no tiene nada de accidental. Dicho desnivel es constitutivo de una relación de poder que funda dos sistemas diferentes de presupuestos, de intenciones expresivas, en una palabra, dos visiones del mundo.*

Este desfase, que es el fundamento de una desposesión deriva del hecho de que a través de la estructura misma del campo y del sistema de principios y de visión y división inscrito en su ley fundamental, su constitución, se impone un sistema de exigencias cuyo núcleo es la adopción de una postura global en materia de lenguaje.” (Ibid. 2001, P. 186)

Analizando la naturaleza del lenguaje alambicado, complicado, ostentoso en figuras, alocuciones y neologismos observamos que el operador académico y el que los produce no lo ve desde adentro, escribe en este lenguaje como si fuera normal. Hay un “punto ciego” en cada sistema. Hay que salir de esa posición para poder observarlo. Hay que salir entonces, de la Teoría del Delito para ver si esta complejidad y rebusque del lenguaje es o no gratuita.

A simple vista podemos señalar en muchísimos de los tratados (sobre todos los más nuevos) preferidos por los profesores de Derecho Penal:

- Esa misma discusión pretendidamente gnoseológica sobre “la verdad” que antes mencionamos, en la que se suelen meter los penalistas.
- La profusión de neologismos, parrafadas larguísimas y obscena exhibición de biblioteca a comienzo de los capítulos.
- La germanofilia interpretativa: citas de autoridad y discusión con autores alemanes, que por un lado, no discuten con los argentinos (no hay reciprocidad), por otro, toman como fuente y critican su propia legislación y jurisprudencia (lo que sí podría pensarse más lógico). Es decir nos apoyamos en y discutimos con autores cuya fuente de discusión es un Código Penal no muy parecido al nuestro y una jurisprudencia no relacionada con la de producción local, tampoco (es también esta tradición germana la que ha incorporado la discusión filosófica previa).
- La transformación de las metáforas en conceptos cerrados. El uso de analogías que luego se concierten en conceptos que terminan teniendo efectos de aplicación que superan al de la analogía. Por ejemplo, la metáfora de los filtros, tamices, o las

habitaciones adyacentes que se suele usar para explicar la teoría estratificada, se ha convertido en algo así como un principio de realidad ontológica y temporal por la cual se supone, una vez atravesada una categoría analítica no puede volverse “atrás” y revisarla en función de una valoración efectuada en una categoría “posterior”.

- La inserción por vía de la doctrina de categorías punitivas extralegales: el dolo eventual, la omisión impropia, la pena correspondiente al hecho doloso en casos de errores de hecho vencibles. En general provenientes de la doctrina y la jurisprudencia de otros países (como ya dijimos, principalmente Alemania). Esta tal vez sea la más grave en términos de coherencia legal-constitucional por la solidez que se supone debe tener el principio de legalidad en nuestra práctica.

Me estoy quedando corto, seguramente. Trato solamente de señalar “curiosidades” que no se explican por ninguna función utilitaria manifiesta, y que, según entiendo tampoco pueden ser reducidas al efecto de una tradición que persiste por inercia, porque son características que han sido *impuestas* (en general, hace poco), vendidas, publicitadas, y que son defendidas frente a los cuestionamientos. Y por ello creo que hay unas ciertas condiciones estructurales que las sostienen, cumplen algunas funciones latentes que generan ese efecto de “coerción estructural” que hace difícil desarraigarlas. Claro que cada una de estas observaciones de inutilidades o disfunciones aparentes en la teoría del delito merece su propia explicación, pero además general un efecto conjunto. Son efectos ellas mismas de la imposición de teorías interpretativas del derecho penal, y se reproducen entre las distintas teorías. Dan ese efecto que señalé antes de creciente complejización que aquí me gustaría analizar.

En segundo lugar hay un fenómeno estructural de largo plazo en la complejización del lenguaje jurídico-penal. La creciente complejización ha permitido un saber penal extremadamente complejo y diferente respecto del derecho civil, y con especificidad propia respecto del derecho constitucional. Se clausura así a la injerencia de las otras ramas del saber jurídico, a la vez que se abre al apoyo de ciencias sociales (la política y la sociología, principalmente). Los penalistas cierran así un círculo de pertenencia donde sólo serán válidas las reglas de discusión y el lenguaje específicamente *penalista*, delimitan un campo sobre el cual construir sus propias posiciones de valor, reglas de competencia, asignaciones ideológicas, etc.

Ha permitido también un discurso complejo y con pretensiones científicas que se desmarca y se separa del saber lego.²² Si las instituciones judiciales están perdiendo el misterio que es su condición operativa, el discurso jurídico fructifica en “misterios” que tienen el velo para la necesaria incomprendibilidad de la intervención penal (téngase en cuenta que la opacidad y la oscuridad del discurso penal no es una disfunción sino una función, que hace justamente al desplazamiento en la lógica de los conflictos).

En este sentido un discurso finalista -mucho más complejo que el esquema “causalista” simple- aleja al análisis penal del “sentido común” de la culpabilidad y responsabilidad en el lego. Vuelve a crear un coto de especialistas, a demarcar un saber específico. Y de esa manera opera una especie de “refundación” del saber penal (refundación que, en derecho penal, se presenta como una necesidad cíclica).

²² “En realidad, la institución de un “espacio judicial” implica la imposición de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que cuando se encuentran allí metidos quedan excluidos de ello por no poder realizar la conversión de todo el espacio mental –y en particular de toda la cultura lingüística- que supone la entrada en este espacio social. La constitución de una competencia propiamente jurídica, dominio técnico de un saber erudito a menudo contrario a las simples recomendaciones del sentido común entraña la descalificación del sentido de la equidad de los no especialistas y la revocación de su construcción espontánea de los hechos, de su “visión del asunto”. (Bourdieu, *Ibid*, p. 186)

En segundo lugar todas estas características pueden ser explicadas porque están asociadas al valor simbólico que adquiere una teoría del delito en el mundo académico-judicial al asumir en su discurso un cúmulo de valores como punto de partida, y a partir de allí una orientación teleológica explícita (es decir lo que presentan como parte de su función manifiesta). De hecho, es sobre el valor de estos puntos de partida axiológicos que discurren las discusiones más álgidas entre los principales representantes de cada corriente (si el individuo debe ser siempre protegido frente al Estado; si el individuo es parte de un Sistema que debe autorregularse; si hay un orden social sano y bueno que debe ser defendido, etc.). Estos valores simbólicos permiten poner en marcha en muchos niveles efectos que resultan funcionales para ciertos intereses, organizando las luchas políticas en su interior, haciéndolas explícitas, a la vez que ocultándolas bajo el halo legitimante del cientificismo y de la “verdad objetiva”.

Volvamos al caso del finalismo, que es el más cercano. En los años 80 y 90, su auge tiene mucho que ver con una lucha por la renovación política interna de las academias. Ha permitido a nuevas corrientes de juristas democráticos cuestionar la validez del saber jurídico de las “viejas” corrientes jurídicas y funcionar como hito de ruptura en las luchas políticas al interior del campo jurídico. El saber “causalista” pudo ser representado como aquel propio de los actores más viejos e ideológicamente más conservadores, que debía ser deslegitimado (Zaffaroni vs. Fontan Balestra, por ejemplo). Así, entre un saber penal “democrático” o de “Estado de derecho” (a partir de la restauración de 1983) y un saber jurídico penal cuyos exponentes han quedado atados a la complicidad (ficta o real, poco importa) con el no-estado de derecho, o con la época de la inestabilidad democrática y con los poderes “de facto”²³.

Si esto es cierto, esta correspondencia política en el interior y el exterior del campo judicial *tendería* reflejar cada cambio de clima político cultural general. Es decir, deberíamos observar una nueva corriente político-ideológica en la academia cada vez que ocurre un gran cambio político-cultural en el mundo exterior a ella. Por ejemplo, así como en los ochenta el finalismo vino a representar la “primavera” democrática, y por ello el causalismo quedó asociado al país dominado por los poderes de facto y conservadores; a partir de los años 90 debería emerger un nuevo movimiento en la academia en función de la nueva razón de gobierno neoliberal-conservadora que se instaló en esa década. Y, en efecto, hay una llamativa correspondencia entre las ideas neoliberales-neoconservadoras sistémicas “de mercado” y las del funcionalismo sistémico penal, conservador también en sus postulados (debería investigarse si efectivamente los jueces funcionalistas en la Argentina son más represivos que los finalistas: una primera impresión de la experiencia me indica lo contrario, pero nuevamente, eso es otra discusión.)²⁴

Finalmente, de acuerdo a las dos funciones que ha cumplido el discurso finalista ya analizadas, también ha logrado aumentar la posición de poder de la academia (“los teóricos”) respecto de los tribunales (“los prácticos”), que durante los años en que el poder militar gobernaba o vigilaba se encontraba invertida: los tribunales dictan la

²³ “La luchas entabladas por los recién venidos que ni por su posición ni por sus disposiciones son proclives a aceptar los presupuestos de la definición tradicional del puesto hacen emerger con toda claridad una parte del fundamento rechazado del cuerpo: el pacto de no agresión que unían al cuerpo con los dominantes. La diferenciación interna que hace que un cuerpo integrado hasta entonces en y por una jerarquización unánimemente aceptada y un consenso entero sobre su misión funciones como un campo de luchas lleva a algunos a denunciar ese pacto atacando más o menos abiertamente a los que continúan considerándolo como la norma absoluta de su práctica.” (Bourdieu, Op. Cit., p. 209)

²⁴ Esto es válido a nivel penal. A nivel del derecho en general, desembarca –simultáneamente– en el ámbito de la filosofía del derecho el movimiento ultraneoliberal “law and economics”.

realidad del derecho penal, la academia sólo sirve de filtro para dotar de mayor prestigio a unos y de menor a otros.

Con el finalismo, la academia -o mejor los jóvenes profesores de los años ochenta que terminarían por dominar la academia en los años 90 y en el siglo XXI- ha construido un discurso que deslegitima todo saber penal “anterior”, lo acusa no sólo de pobre y simplón, sino además de falso, engañoso y autoritario (y, como vimos, en el caso del finalismo zaffaroniano, hasta sugiere vínculos secretos con el nazismo en su ropaje de “neokantismo”). Por supuesto, ese saber deslegitimado era el que había formado a la mayoría de los jueces en vigencia de los años 80 a los 90 (y a muchos también ahora). En este sentido, hay un reflejo de la lucha política-ideológica de la academia en los tribunales: el saber de los nuevos jueces jóvenes (formado académicamente según estas ideas “nuevas”) impugna y hace quedar en ridículo a los jueces viejos.

En definitiva, en este caso, no hay grandes méritos o deméritos jurídicos intrínsecos de una teoría del delito por sobre otra en términos de sus resultados puramente jurídico-formales, sino funcionalidades instrumentales a luchas políticas que pueden cumplir unas y otras teorías. El finalismo ha cumplido funciones en todos estos aspectos. Ha cumplido funciones en la lucha académica-jurídica, ha funcionado como ariete, permitiendo posicionar nuevos referentes, y con ellos ha convertido al discurso dominante en la academia a una postura demócrata/de izquierda contra las viejas elites intelectuales conservadoras.

Por otro lado, y como efecto secundario, hay un sin fin de actores y estructuras asociados ideológicamente a esa misma lucha político académica, que se ven indirectamente beneficiados por el dominio de tal o cual postura. Estos son otros actores, en su general extrapenales, que pueden ser -por ejemplo- planificadores o ejecutores de políticas públicas. Así hay una especie de apoyo indirecto, trasvasado (con mucha pérdida en el medio) entre un discurso penal progresista y la modificación de ciertas relaciones de fuerzas políticas, en el gran cuadro de la macropolítica general.

La utilidad de la discusión de la teoría del delito puede servir a lograr una mayor coherencia y fortaleza en el discurso jurídico e incluso a posicionar ciertas cuestiones sociales en el imaginario jurídico y sus discursos, hacer ingresar cuestiones como la pobreza en la discusión (aquí y con la inserción de la “vulnerabilidad”, la apuesta más revolucionaria en lo formal de parte de Zaffaroni), pero ello será un efecto relevante únicamente a nivel de la academia y los reordenamientos político-ideológicos dentro de ella y asociados a ella (en general no siendo los tribunales los más directamente influenciados por ella, más bien, son un mundo particularmente inercial y resistente).

Preguntas Abiertas.

Para el jurista que conozca el funcionamiento de las agencias penales, estas afirmaciones pivotean entre lo tautológico y lo inaceptable. Pero lejos de no haber necesidad de probar lo evidente, lo evidente debe ser probado, analizado, diseccionado, cuestionado: deconstruida su producción de “evidencia”. La negativa de esta afirmación también debe ser probada. Y lejos de rechazar lo inaceptable debemos empezar a preguntarnos la posibilidad de que sea cierto: Que es mentira que nuestros siglos de esfuerzo y entusiasmo, nuestras “heroicas” luchas contra el causalismo, por una teoría de la verdad que haría más humano al sistema penal, y por un sistema acusatorio que haría mas igualitario al sistema penal, no logren cambiar para nada la vida de los presos ni de las clases marginales, y sí la vida de los profesores de las facultades (que además

se sienten más humanistas al permitirse pensar que lo que hacen sí le está cambiando la vida a los pobres).

El mismo análisis podemos hacer sobre la otra gran reforma que se impulsa desde hace diez años con fuerza: el cambio de sistema tutelar-penal de menores, por un sistema penal juvenil (que bien podríamos llamar “la solución definitiva” III). Resumidamente, se supone que distinguir entre un sistema asistencial de los niños, niñas y adolescentes, y un sistema puramente sancionatorio (que de todas maneras tendrás funciones educativas e integradoras, es decir que cae nuevamente en la utopía de la resocialización) de jóvenes, que tenga las mismas garantías que el sistema penal adulto, será la solución para el injusto cruel y absurdamente violento sistema de internación coactiva de los niños. Pero esta reforma a nivel teórico supone que debe estar acompañada (y sólo tendría sentido si lo estuviera) de amplios y activos “mecanismos de protección” de la niñez, es decir que, sobre todo a nivel del Poder Ejecutivo hubiera instituciones que garantizaran canales de promoción social amplios, un mecanismo generalizado de ascenso social y de integración que se encarga de la gran mayoría de los niños y jóvenes; y el sistema judicial sólo se tuviera que encargar de las excepciones, de los casos especialmente resistentes, de los niños más vulnerados y vulnerables.

Sin embargo los promotores de esta reforma (despectivamente llamados por algunos críticos los “niñólogos”) la han vendido por toda América Latina como una reforma necesaria, imperativa, urgente bajo el argumento de que el sistema penal de jóvenes proveerá garantías para sus procesos judiciales que el sistema tutelar no les da. ¿De qué garantías estamos hablando? ¿De las mismas que los adultos? ¿Y cómo funciona en la realidad de la práctica el sistema penal de adultos? ¿Si funciona de la manera que ya sabemos y que aquí hemos aceptado, por qué se cree que el mismo sistema en los jóvenes funcionará mejor o de una manera más benigna? Nada lo hace preveer. ¿Qué ocurrirá en los países en que esta reforma ha sido “vendida” y que no cuentan con canales de integración y promoción social verdaderos para los jóvenes? Parece estar ocurriendo lo mismo que ha ocurrido en el sistema penal de adultos una vez caído el estado de bienestar: el sistema penal se endurece y se amplía e intensifica. De hecho, en Chile, y en países de América Central donde se ha impuesto el nuevo sistema de “responsabilidad penal juvenil” lo que ha ocurrido es que se están comenzando a disparar las tasas de encarcelamiento juvenil: los problemas sociales se derivan a la justicia penal; tal como se hacía en el sistema tutelar, tal como se hace desde siempre (y con especial énfasis los últimos treinta años) con los adultos.

Nuevamente, este discurso se emparenta con el de la caída del ideal resocializador y la transferencia de responsabilidades del Estado y colectivas, al individuo: el delito no es un problema social, es un acto individual, de un ser responsable y racional, que puede y debe ser sancionado. Como ya mencionamos, facilita una fuerte transferencia de responsabilidad del colectivo social y del Estado al individuo, que acompañó al aumento de penas. Y también se relaciona con el fenómeno que acompañó a la “acusatorización” de los procesos penales: es un proceso que se hace incluso necesario por la pérdida de legitimidad política del estado y sus instituciones.

Entonces ¿cómo explicar tanto entusiasmo de los reformadores en este cambio legal, cuando claramente ni el contexto social ni el político parecen hacer posible amplios mecanismos de integración y promoción social, y por ello el resultado lamentable de la reforma parece previsible? ¿No resulta sospechoso que a pesar de sus intenciones manifiestas, las propuestas de “bajar la edad de la inimputabilidad” (de derecha) y de un “régimen penal juvenil” (presuntamente progresista), hayan confluído en un mismo proyecto de ley en el Parlamento? Aún estamos a tiempo de pensarlo. Yo

creo que LA pregunta para pensarlo es: “Aparentemente el discurso parece sólido, coherente y humanista ¿pero cuáles serían los efectos de poner en marcha este sistema legal en la práctica? ¿Cómo lo usarían los jueces? ¿Cómo lo usaría el personal de las instituciones que cuidará a esos chicos? ¿Qué pasará con los jóvenes infractores realmente?”.

Planteo aquí preguntas abiertas. Se trata sólo de llamar a un tipo de reflexión incómoda, no complaciente. Sin dudas un tipo de reflexión que **no lleva a recetas de reformas legales fáciles ni a certezas morales**, demandas incansables del abogado. Tampoco lleva a la comodidad de proponer más y más reformas de la ley, vicio insuperable del jurista. Pero sí puede llevar la mirada crítica a prestarle más atención a las prácticas que a los discursos, a las a las instituciones más que a los principios, a los golpes de bastón más que a las letras.

Si realmente lo que nos interesa no es la belleza de la armonía de los artículos en la ley, sino los seres humanos que están del otro lado de ella, tenemos que empezar a pensar en esa dimensión de las cosas.

En definitiva, sólo intento que no caigamos en la trampa del discurso mágico-jurídico, no seguir siendo un indio *hopi* ni un meteorólogo proponiendo nuevas ceremonias para hacer llover.

Bibliografía

Anitúa, G. I., “*El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva*” en Maier J.B.J, y Bovino, A. Procedimiento Abreviado, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

Bourdieu, P. “*La Fuerza del derecho*” en Bourdieu, P. “Poder, derecho y clases sociales”. Ed. Palimpsesto, Bilbao, 2001.

Cohen, S. “*Visiones del Control Social*”. PPU. Barcelona, 1985

Feeley, M. “Reflexiones sobre los Orígenes de la Justicia Actuarial”, en Revista *Delito y Sociedad*, N° 26, UNL, 2008.

Feeley M. y Simon J. “La nueva penología”, en *Revista Delito y Sociedad*, N° 6/7. Buenos Aires, 1995.

Foucault, M. *El Orden del Discurso*, Tusquets, Buenos Aires, 1992.

Vigilar y Castigar, Siglo XXI, Buenos Aires, 1999.

El Nacimiento de la Biopolítica, FCE, Buenos Aires, 2007.

Garland, D., *La Cultura del Control*, Gedisa, Barcelona, 2005.

Gutiérrez, M.H., *La Necesidad Social de Castigar*, Fabián Di Plácido Ed., Buenos Aires, 2006.

La Dinámica de las Oposiciones y la Inseguridad Subjetiva, Fabián Di Plácido Ed., Buenos Aires, 2007.

“*Punitivismo y Actuarialismo en la Argentina*” en “El Dial.Com. Biblioteca jurídica On line”, mayo 2009.

Prensa y Persecución Pública, paper presentado en la *Jornada Sobre Prensa y Violencia Institucional*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Colectivo De Eso No se Habla, UNLP, (www.derechonline.com), 2008

Merton, R. “*Teoría y Estructura Social*”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1995.

Nietzsche, Federico, “*La Genealogía de la Moral*” (varias ediciones), Ed. Porrúa, México, 1999.

O'Malley, P.. "Riesgo, Poder y Prevención del Delito", en *Revista Delito y Sociedad* N° 20, año 13, UNL, 2004.

Resta, E. "*La Certeza y la Esperanza*", Paidós, Barcelona, 1995.

Sparks, R. "Perspectivas sobre Riesgo y Política Penal" en *Revista Delito y Sociedad* N° 23, año 16, UNL, 2007.