

DERECHOS HUMANOS: ENTRE VIOLENCIA ESTRUCTURAL Y VIOLENCIA PENAL

Dr. Alessandro Baratta*

El concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes. En el ámbito de la filosofía política, el concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes.

El concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes. En el ámbito de la filosofía política, el concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes.

El concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes. En el ámbito de la filosofía política, el concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes.

El concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes. En el ámbito de la filosofía política, el concepto de derechos humanos ha sido objeto de una reflexión teórica y política que ha alcanzado un nivel de complejidad y profundidad que no tiene precedentes.

* Universidad del Saarland, Saarbrücken, (RFA).

1. *DERECHOS HUMANOS Y NECESIDADES REALES*

Cuando hablamos de Derechos Humanos, utilizamos un concepto complejo integrado por dos elementos: hombre y derecho. Estos elementos están vinculados entre sí, mediante una relación de complementariedad y de contracción. Complementariedad en el sentido de lo que pertenece al hombre en cuanto tal según el derecho; contradicción en el sentido en que el derecho no reconoce al hombre lo que le pertenece en cuanto tal. Esta relación obedece al hecho de que en la historia de nuestra cultura, hombre y derecho son definidos desde el punto de vista ideal con una remisión recíproca.

La idea de hombre es definida en relación con la esfera de libertad (entendida como autonomía) y con los recursos que en la historia de los ordenamientos políticos son reconocidos como derechos de los individuos y de los grupos. La idea del derecho, o sea del derecho justo o de la justicia, es definida en relación con las libertades y con los recursos que deben ser reconocidos a las personas y a los grupos para que ellos satisfagan sus necesidades. En esta tensión, entre lo que es y lo que debe ser, el concepto de derechos humanos indica no sólo la posible divergencia entre el derecho como es y el derecho como debe ser, sino entre lo que debe ser según el derecho que es (el derecho vigente o positivo) y lo que es (los hechos).

En el primer caso nos referimos a las injusticias del derecho y más precisamente a determinadas normas que hacen parte del orden jurídico existente; en el segundo caso, a las ilegalidades de los hechos que violan normas del ordenamiento. Aquí es necesario hacer una distinción: dichos hechos pueden ser "normativos", en particular acciones y decisiones de órganos competentes previstas en las reglas de producción del ordenamiento como fuentes de normas.

Piénsese por ejemplo en decisiones del legislador, de los jueces y de los órganos del gobierno y de la administración pública: no es raro que estas decisiones y las normas que ellas producen en el respectivo nivel del ordenamiento, estén en contraste con normas de grado superior del ordenamiento nacional o con normas del ordenamiento supranacional; que en particular decisiones judiciales y administrativas, violen normas de leyes que tutelen derechos fundamentales, que decisiones del legislador no respeten normas constitucionales; que decisiones judiciales a cualquier nivel del ordenamiento nacional violen normas del derecho supranacional que tutelan derechos humanos.

Cuando no se trata de derechos normativos, las ilegalidades se refieren a comportamientos, situaciones y relaciones sociales que violan normas positivas del ordenamiento nacional, supranacional o internacional que tutelan o reconocen derechos fundamentales o derechos humanos. La diferencia entre tutelar y reconocer, es más una diferencia de grado que de cualidad y se refiere a la diversa naturaleza e intensidad de las consecuencias jurídicas (sanciones) que son previstas en los distintos ordenamientos para los casos de violación de normas y de los medios jurídicos, puestos a disposición de los interesados (personas, grupos o Estados) para hacer valer frente a órganos de control jurisdiccional o políticos, las propias pretensiones legítimas en el caso de violaciones de derechos fundamentales y derechos humanos.

A su vez la presencia de normas que prevén sanciones y atribuyen facultades de recursos así como la eficacia de estas normas y facultades, la existencia de estructuras adecuadas para impedir o sancionar la violación de derechos humanos, así como responder a las exigencias de las víctimas de tales violaciones, son un aspecto integrante de la fundamental tensión entre ser y deber ser que acompaña la historia de los derechos humanos. Se trata de la tensión entre la esfera de los hechos por un lado y por otro, la esfera de las normas, sean éstas de derecho positivo o normas de justicia.

Es precisamente porque como se ha visto, la idea de hombre remite a la realidad del derecho y por otra parte, la idea del derecho remite a la realidad concreta de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos, que hay en la historia de los derechos humanos un continuo excedente de normas respecto de los hechos; éste es el valor contrafáctico de las normas que son válidas y a las cuales se puede apelar, precisamente porque los hechos las violan, sean ellas normas de derecho o de justicia. Hay sin embargo, al mismo tiempo, un continuo excedente de la realidad del hombre respecto de las normas.

Es la realidad la que produce la idea y no viceversa. Si la historia de los derechos humanos hubiera sido solamente la historia de una idea, ella se habría limitado a llenar de hojas escritas o imprimidas, las bibliotecas, antes que llenar de violencia y de sangre el camino de los pueblos como ha sucedido y sucede hoy en día.

Cuando hablo de la realidad del hombre, me refiero a las personas, a los grupos humanos y a los pueblos en su concreta existencia al interior de determinadas relaciones sociales de producción. Considerado en una determinada fase del desarrollo de la sociedad, el hombre es un portador de necesidades reales. Desde este punto de vista histórico-social, las necesidades reales son un concepto correspondiente a una visión dinámica del hombre y de sus capacidades.

Cada persona, cada grupo, cada pueblo, es sede de capacidades específicas de existir, de expresarse, de dar sentido a la vida y a las cosas. Estas ca-

pacidades individuales reciben su contribución en la historia de la interacción productiva del hombre con la naturaleza y con los otros hombres. En la medida en que crece la capacidad social de producción material y cultural y con ella también el grado de satisfacción de las necesidades, crecen también las capacidades de los individuos y de los grupos; las necesidades se vuelven más apremiantes, más diferenciadas.

Al desarrollo de la capacidad social de producción corresponde entonces el desarrollo de las necesidades y de las posibilidades de satisfacerlas, y a ésta satisfacción corresponde el ulterior desarrollo de las capacidades de los individuos, de los grupos y de los pueblos. Podemos así definir las necesidades reales como las potencialidades de existencia y de calidad de la vida de las personas, los grupos y los pueblos que corresponden a un determinado grado de desarrollo de la capacidad de producción material y cultural en una formación económico-social.

2. *VIOLENCIA COMO REPRESION DE NECESIDADES REALES Y DERECHOS HUMANOS*

Los derechos humanos son la proyección normativa, en términos de deber ser, de aquellas potencialidades, o sea, de las necesidades reales. El contenido normativo de los derechos humanos entendidos en esta concepción histórico-social, por tanto excede cada vez a sus transcripciones en los términos del derecho nacional y de las convenciones internacionales, así como la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea, del principio de la dignidad humana. Pero la historia de los pueblos y de la sociedad, se presenta como la historia de los continuos obstáculos que dicho camino encuentra, la historia de la continua violación de los derechos humanos, o sea, del permanente intento por reprimir las necesidades reales de las personas, de los grupos humanos y de los pueblos.

El sociólogo John Galtung habla a este propósito de una discrepancia entre condiciones potenciales de vida y condiciones actuales. Las primeras son aquellas que serían posibles para la generalidad de los individuos en la medida del desarrollo de la capacidad social de producción. Las segundas son debidas al desperdicio y la represión de estas potencialidades. Una concepción similar, encontramos en la obra de Marx. Al desarrollo de las fuerzas productivas en la sociedad, corresponde como escriben Marx y Engels en "La ideología Alemana", una "manera humana" de satisfacción de las necesidades; pero esta manera humana es obstaculizada por el intento permanente de imponer una "manera deshumana", o sea, aquella en la cual, la satisfacción de

las necesidades de los unos se produce a costa de la satisfacción de las necesidades de los otros.

En contextos teóricos y con lenguajes diferentes, Marx y Galtung dan expresión a un mismo concepto. Para Marx la discrepancia entre condiciones potenciales y actuales de vida, depende de la contradicción existente entre el grado de desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas y las relaciones de propiedad y de poder dominantes en la sociedad. Las relaciones injustas de propiedad y de poder impiden la "manera humana" de satisfacer las necesidades. Igualmente, en Galtung, la discrepancia entre situaciones actuales y potenciales de la satisfacción de las necesidades, es efecto de la injusticia social.

Para Galtung, "injusticia social", es en este sentido, sinónimo de "violencia estructural". Si usamos esta definición, podemos sostener, que la violencia estructural, es la represión de las necesidades reales y por tanto de los derechos humanos en su contenido histórico-social. Violencia estructural es una de las formas de violencia, es la forma general de la violencia en cuyo contexto directa o indirectamente encuentran su fuente en gran parte, todas las otras formas de violencia. Podemos distinguir estas otras formas, según el agente, en "violencia individual", cuando el agente es un individuo; "violencia de grupo" cuando el agente es un grupo social, que a su vez se sirve de individuos particulares: a este tipo de violencia pertenece la violencia realizada por grupos paramilitares. Podemos hablar además de "violencia institucional", cuando el agente es un órgano del Estado, un gobierno, el ejército o la policía. La violencia institucional puede tener formas legales, o sea conforme a leyes vigentes en un Estado, o como sucede en muchos casos, ilegales. A esta forma de violencia institucional pertenecen el terrorismo de Estado y las distintas formas de dictadura y de represión militar. En fin, podemos hablar de "violencia internacional", cuando el agente es la administración de un Estado, que se dirige con determinadas acciones a través de órganos propios o de agentes sostenidos por aquella, contra el gobierno y el pueblo de otro Estado. A este tipo de violencia, pertenecen los crímenes internacionales, como el mercenarismo, el sabotaje económico, etc. Otras distinciones posibles en el concepto de violencia, hacen relación a las formas en que ella es practicada (violencia directa e indirecta, física, moral, etc.) y a los sujetos contra quienes ella es practicada (minorías étnicas, miembros de movimientos políticos y sindicales, grupos marginales, obreros, campesinos, mujeres, niños, homosexuales, etc.).

En todas sus formas, la violencia es represión de necesidades y por tanto violación (o "suspensión") de derechos humanos. Las declaraciones modernas de derechos y las constituciones, han hecho una amplia distinción entre diversas categorías de derechos humanos, pero sobre ellos, no considero oportuno detenerme en esta ocasión. Me limitaré a subrayar una posible clasi-

ficación que se deriva de la definición extralegal de derechos humanos que he propuesto aquí en términos de necesidades reales. Definiendo las necesidades reales en términos de esfera de autonomía y recursos, podemos clasificar dos grupos fundamentales de derechos humanos, que a su vez pueden ser posteriormente diferenciados. Al primer grupo pertenecen el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, a la libertad de opinión, de expresión, de religión, pero también, los derechos políticos. Al segundo grupo, pertenecen los derechos llamados económico-sociales, entre los cuales, el derecho al trabajo, a la educación, etc. Otras distinciones tienen en cuenta las necesidades específicas de los sujetos. En este caso se distinguen los derechos de las personas, de los grupos, como por ejemplo minorías étnicas, y los derechos de los pueblos entre los cuales el derecho a la autodeterminación y el derecho al desarrollo.

Frente a una fenomenología global de la violencia entendida como represión de las necesidades reales y derechos humanos, se presentan en la perspectiva de la criminología crítica, cuatro órdenes de consideraciones que tienen relación con el papel del derecho penal y las alternativas a él.

La primera consideración se refiere a los límites del sistema de la justicia criminal como reacción a la violencia y defensa de los derechos humanos; la segunda consideración se refiere al sistema punitivo como sistema de violencia institucional; la tercera, al control social alternativo de la violencia y, la cuarta, a la concepción de la violencia y la defensa de los derechos humanos en el contexto de los conflictos sociales. En lo que respecta a los tres primeros puntos, me limitaré a algunas indicaciones, remitiéndome a algunos de los resultados a los cuales he llegado, en mi trabajo al interior de la criminología crítica.

3. "CONSTRUCCION" Y CONTROL DEL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA EN EL SISTEMA DE LA JUSTICIA CRIMINAL

- 3.1 La manera como es percibida la violencia en el sistema del derecho penal, o sea, es "construida" como problema social, es parcial. De todas las formas de violencia anteriormente mencionadas, en el sistema de la justicia criminal son tomadas en consideración sólo algunos tipos de violencia individual. La violencia de grupo y la violencia institucional, son consideradas sólo en relación con las acciones de personas particulares y no en el contexto del conflicto social que ellas expresan. La violencia estructural y en su mayor parte, la violencia internacional, queda fuera del horizonte del concepto de crimen. Por esto, desde el punto de vista de las previsiones legales, la

violencia criminal es sólo una pequeñísima parte de la violencia en la sociedad y en el mundo.

- 3.2 El modo como el sistema de la justicia criminal interviene sobre este limitado sector de la violencia "construido" con el concepto de criminalidad, es estructuralmente selectivo. Esta es una característica de todos los sistemas penales. Existe una enorme discrepancia entre el número de situaciones sobre las cuales el sistema es llamado a intervenir y aquel sobre el cual puede intervenir y efectivamente interviene. El sistema de justicia penal está completa y constantemente dedicado a administrar un reducidísimo porcentaje de infracciones que seguramente es muy inferior al 10%. Esta selectividad depende de la estructura misma del sistema, o sea, de la discrepancia de los programas de acción previstos por las leyes penales y las posibilidades reales de intervención del sistema. La inmunidad y no la criminalización, es la regla en el modo de funcionamiento de este sistema.

Inmunidad y criminalización son realizadas generalmente por los sistemas punitivos según la lógica de las desigualdades en las relaciones de propiedad y de poder. La sociología jurídico-penal y la experiencia cotidiana, demuestran que el sistema punitivo dirige su acción principalmente hacia las infracciones de la parte más débil y marginal de la población; que grupos poderosos en la sociedad están en capacidad de imponer al sistema la casi completa impunidad de las propias acciones criminales.

La impunidad de los crímenes más graves es cada vez más elevada en la medida en que crece la violencia estructural y la prepotencia de minorías privilegiadas que pretenden satisfacer las propias necesidades en desmedro de las necesidades de los otros y reprimir con la violencia física las demandas de progreso y de justicia, así como a las personas, a los grupos sociales y a los movimientos, que son sus intérpretes.

- 3.3 Aún si el altísimo porcentaje de inmunidad impuesta al funcionamiento de la justicia penal por su misma estructura, fuera repartido con una lógica opuesta a aquella descrita; si la intervención del sistema punitivo pudiera ser concentrada en las infracciones más graves, su respuesta a la violencia permanecería, de todas formas, inadecuada para defender a los más débiles de la prepotencia de los más fuertes. La respuesta penal es ante todo, una respuesta "simbólica" y no "instrumental". Es decir, real y eficaz. Esto depende del mismo modo en que son elaborados los programas de acción del sistema, o sea, las figuras de delito y las normas procesales. Quisiera a este propósito resaltar cuatro aspectos.

- a) El control penal interviene sobre los efectos y no sobre las causas de la violencia, o sea, sobre determinados comportamientos con los que se manifiestan los conflictos, y no sobre los conflictos mismos.
- b) El control penal interviene sobre personas y no sobre situaciones. La persona es considerada por el derecho penal como una variable independiente y no como una variable dependiente de las situaciones.
- c) El control penal interviene de manera reactiva y no preventiva. Esto quiere decir que él interviene cuando las consecuencias de las infracciones se han producido, mas no efectivamente para evitarlas; cualquier progreso que se pueda hacer sobre la ampliación de los derechos de las víctimas, los sujetos destinados a tener lo peor en las situaciones conflictivas de las que la justicia penal se ocupa, aparecerán frente a ésta sólo cuando se han transformado en víctimas y no antes de serlo. Las consecuencias de la violencia, no pueden ser eliminadas efectivamente, sino simbólicamente; por esto, el sistema de la justicia punitiva se presenta como una forma institucional y ritual de venganza. Así como la venganza, él interviene en forma de violencia, con la pena, para compensar simbólicamente un acto de violencia que ya ha sido realizado.
- d) Finalmente, el retraso de la intervención penal respecto de las situaciones contra las cuales él reacciona, trae como consecuencia también el hecho de que el individuo responsable en el momento del juicio, sea considerado como el mismo individuo del momento de la comisión del delito; pero sabemos que ésta es una ficción, la ficción de la identidad del sujeto, que no corresponde a la realidad.

Por todos estos aspectos, que he señalado suscitadamente, la respuesta penal se presenta como una respuesta simbólica. La pretensión de que ella pueda cumplir una función instrumental, o sea, de defensa social y de efectivo control de la criminalidad, en la cual se basan las teorías de la pena, como la de la prevención general y de la prevención especial, debe considerarse, a la luz de las investigaciones empíricas, como falsificada o no verificada. No sabemos entonces si la amenaza penal o la sanción de algunos infractores, pueda representar efectivamente una contramotivación para otros potenciales infractores. Sabemos que, generalmente las intervenciones penales estigmatizantes como la cárcel, producen efectos contrarios a la llamada resocialización del condena-

do. También en un hipotético sistema de justicia criminal que funcione según los principios constitucionales del Estado de Derecho y los principios del derecho penal liberal la pena no puede representar una defensa adecuada de los derechos humanos en relación con la violencia. Ella no puede tener un efecto relevante en la disminución del número de infracciones a las normas, sino, si acaso, la de confirmar su validez, no obstante su infracción. Las teorías sociológicas de la pena que han colocado al centro de la atención esta función simbólica, como la de Durkheim y la actual teoría llamada de la prevención-integración, reconocen implícita o explícitamente que las penas no cumplen las funciones de eliminar los delitos: Durkheim incluso consideraba que los delitos son "funcionales" dentro de ciertos límites para la realización de la función simbólica de la pena: si no hubiera infracciones, no se confirmarían las normas y los valores vigentes a través de la reacción social contra ellas.

4. EL SISTEMA PUNITIVO COMO SISTEMA DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Sostener que la pena no puede cumplir una función instrumental relevante, sino sólo una función simbólica, significa negar que se realicen las funciones "útiles" declaradas de los sistemas penales, precisamente la de defender los bienes jurídicos, reprimir la criminalidad, condicionando la actitud de los infractores reales o potenciales o neutralizando a los primeros.

Esto no quiere decir sin embargo, que en lugar de las funciones instrumentales declaradas, el sistema de la justicia penal no produzca efectos reales y no cumpla funciones latentes, que no son declaradas. Estos efectos y funciones, inciden negativamente en la existencia de los individuos y en la sociedad, y contribuyen a reproducir las relaciones desiguales de propiedad y de poder. Desde este punto de vista, la pena se presenta como violencia institucional que cumple la función de un instrumento de reproducción de la violencia estructural.

- 4.1 La pena es violencia institucional: ella es represión de necesidades reales. La suspensión de los correspondientes derechos humanos en relación con las personas consideradas responsables penalmente, es justificada en la teoría tradicional del *ius puniendi* con las funciones instrumentales y simbólicas que la pena debe cumplir y con la infracción llevada a cabo por parte del sujeto declarado responsable. Sin embargo, sabemos que tales funciones no se realizan, no son "útiles" y que tal

suspensión de derechos se cumple en un grandísimo número de casos respecto de imputados en espera de juicio; que en la mayor parte de los sistemas punitivos, el indiciado desde su primera relación con la policía, cumple una pena extralegal o de otro modo anticipada; igualmente, que esto sucede generalmente en los procesados que provienen de los grupos más débiles y marginales de la población, los cuales de todas formas son los clientes fijos del sistema de la justicia criminal.

- 4.2 La violencia de la pena ha sido estudiada sobre todo en relación con la cárcel. También la cárcel que respondiera a los estándares mínimo establecidos por los acuerdos internacionales para tutelar los intereses del condenado, o sea, la cárcel que prácticamente no existe, produciría una situación de privación y de sufrimiento que se extiende más allá de la persona del detenido, hasta su ambiente social más cercano. Pero no solamente la cárcel es violencia institucional, ella también es un lugar de concentración extrema de otras formas de violencia: violencia interindividual y violencia de grupo. Ya Foucault en su libro "Vigilar y Castigar", había insistido sobre la circunstancia de que las garantías del derecho reconocidas por el derecho penal liberal, se detienen generalmente antes de la puerta de la cárcel; que ella es una zona franca de arbitrio en relación con los detenidos. No obstante los progresos hechos por las legislaciones penitenciarias más modernas, esta situación de hecho no ha cambiado sustancialmente en la mayor parte de los Estados. El arbitrio y la violencia en la cárcel tienden a aumentar alcanzando grados extremos, con el aumento, en la sociedad externa, de la violencia estructural y con la suspensión de hecho o de derecho, de las reglas de la democracia. La cárcel es un lugar privilegiado de violación de derechos humanos.

- 4.3 El estudio de las funciones latentes de la cárcel y en general de la justicia penal, así como los análisis históricos de los sistemas punitivos, muestran la relación funcional que subsiste entre él y la reproducción del status quo en las relaciones sociales. Desde sus inicios, la institución carcelaria moderna, en las formas en que ella todavía no se distinguía de las casas de trabajo o de asilo para los pobres y marginados, ha sido siempre una institución de disciplina de los grupos marginados en la sociedad. También hoy la mayor parte de la población carcelaria es reclutada entre los sectores más vulnerables y marginados de la población. Para la mayor parte de sus clientes, la marginación carcelaria es una forma "secundaria" de marginación que sigue a la marginación "pri-

maria" debida sobre todo a su ubicación marginada en el mercado de trabajo.

A estas funciones materiales de reproducción, de institucionalización de la desigualdad social, se agregan funciones simbólicas no menos importantes. La selección de una pequeña población reclutada sobre todo entre las capas más bajas de la población y dentro de un número mayor de infractores distribuidos en todas las clases sociales, condiciona un estereotipo de criminal que actúa tanto en el sentido común como en las instancias mismas del sistema de la justicia penal con dos efectos principales de legitimación: en primer lugar, la legitimación de la misma forma selectiva de obrar del sistema, dado que el estereotipo de criminal corresponde sobre todo a las características de los individuos pertenecientes a las clases más bajas y marginadas. En segundo lugar, una legitimación de las relaciones sociales de desigualdad y de la situación de desventaja de los grupos más bajos en la escala social, porque precisamente en estos grupos, se encontrarían las tendencias a realizar acciones penalmente relevantes. En general, la imagen de la criminalidad promocionada por la cárcel y la percepción de ella como una amenaza a la sociedad debida a la actitud de personas y no a la existencia de conflictos en la sociedad, produce una desviación de la atención del público, dirigida en modo privilegiado al "peligro de la criminalidad", o a las llamadas "clases peligrosas", antes que a la violencia estructural. En este sentido, la violencia criminal adquiere, en la atención del público, el puesto que debería corresponder a la violencia estructural, y en parte contribuye a esconderla y mantenerla. Sobre todo en momentos de crisis de los gobiernos y de la democracia, el "peligro de la criminalidad" utilizado en las campañas de "Ley y Orden", se convierte en un instrumento de producción de consenso de las mayorías silenciosas frente a las relaciones de poder existentes. A un tipo particularmente perverso de intento por legitimar la injusticia en las relaciones sociales, la represión violenta de la demanda de justicia, pertenece el uso público de la doctrina de la "seguridad nacional" y de la pena legal y extralegal como guerra al "enemigo interno".

4.4 Observando los sistemas penales como efectivamente son y funcionan, y no como deberían ser, sobre la base de las normas legales y constitucionales que lo sostienen, podemos decir que en la mayor parte de los casos, más que un sistema de protecciones de derechos humanos, son un sistema de violación de ellos. En innumerables situaciones locales, estudios y controles realizados por instituciones y comisiones de defensa de los derechos humanos, nacionales e internacionales, han

puesto en evidencia las graves y hasta gravísimas violaciones presentadas por el funcionamiento de la justicia criminal en relación con casi todas las normas previstas para la defensa de los derechos humanos en este campo en la legislación local y en las convenciones internacionales. Se trata de graves y gravísimas ilegalidades cometidas por parte de órganos de policía, en el proceso penal y en la ejecución de las penas. En no pocos casos se trata de desviaciones hasta de leyes y reglamentos nacionales frente a principios del derecho penal liberal nacionales e internacionales. Un ejemplo reciente de legislación y praxis punitiva fundamentalmente desviada de elementales principios del Derecho penal del Estado de Derecho nos lo presenta la legislación especial llamada antiterrorista en algunos países de Europa Occidental en los años setenta y actualmente en países de América Latina. También en los países de regímenes democráticos regidos por las reglas del Estado de Derecho, el funcionamiento de los órganos de la justicia criminal al margen de la legalidad, es frecuente. Pero el traspaso de la función punitiva de los límites de la ley, de la constitución y de los derechos humanos, es la norma en el caso de sociedades en las cuales de hecho o de derecho, las reglas del juego democrático han sido suspendidas y en situaciones de profundas desigualdades sociales en las cuales los grupos dominantes ejercen a través de las instituciones del Estado o al lado de ellas, una acción de represión dirigida al mantenimiento violento de sus privilegios.

4.5 En estos casos, la degeneración de los sistemas de la justicia criminal, puede alcanzar grados de extraordinaria gravedad en presencia de los cuales, es más realista hablar de un sistema penal extralegal, de penas extrajudiciales ante que de delitos y de inaplicación de las normas que regulan el sistema penal legal. Si la obra de grupos armados de represión, de grupos paramilitares o de los llamados "de autodefensa", es tolerada por los órganos del Estado o incluso admitidos por algunas normas excepcionales; si vejámenes, intimidaciones, torturas, desapariciones forzadas, hacen parte de un plan determinado en las oligarquías en el poder con el apoyo directo o indirecto del ejército y la inmunidad garantizada por los órganos del Estado que deberían sancionar aquellos comportamientos, nos encontramos entonces frente a un fenómeno que podemos estudiar como el ejercicio extralegal de la violencia penal de grupos o de la violencia institucional para el mantenimiento de la violencia estructural y la represión de las personas y de los movimientos que intentan reducirla.

5. *DERECHOS HUMANOS ENTRE VIOLENCIA INSTITUCIONAL Y VIOLENCIA ESTRUCTURAL*

De lo que hemos visto hasta ahora, resulta que los derechos humanos no pueden encontrar en el derecho penal una adecuada protección, que por el contrario muchas violaciones de ellos se presentan al interior de la función punitiva legal o extralegal. La criminología crítica toma conciencia de esta doble dimensión de la violencia que amenaza los derechos humanos: la violencia penal y la violencia estructural.

- 5.1 La teoría del derecho penal mínimo, que es una propuesta de política criminal alternativa en la perspectiva de la criminología crítica, es ante todo un programa de contención de la violencia punitiva a través del derecho basado en la más rigurosa afirmación que las garantías jurídicas propias del Estado de Derecho en el sistema de la justicia penal y de los derechos humanos de todas las personas y en particular de los sindicados y condenados frente a dicho sistema. En segundo lugar, su programa consiste en una amplia y rigurosa política de descriminalización, y en una perspectiva final, en la superación del actual sistema de la justicia criminal y su sustitución por formas más adecuadas diferenciadas y justas de defensa de los derechos humanos frente a la violencia.
- 5.2 La intervención del sistema de la justicia penal sobre los conflictos y problemas, es sobre todo una intervención simbólica que no puede representar una efectiva solución de ellos. Eso no quiere decir que en ciertas circunstancias, también la función simbólica ejercida por un correcto y riguroso uso de la justicia penal, no pueda representar un momento de la acción civil y política para la defensa de derechos humanos y su reafirmación; por ejemplo, después de que se haya consumado en la impunidad, formas de violación generalizada o constante. Dos ejemplos actuales aunque diversos entre ellos, lo constituyen las acciones por la reforma de las normas sobre la violencia sexual llevadas a cabo por movimientos feministas en ciertos países, y el gran movimiento popular que ha sostenido inmediatamente después del regreso a la democracia en Argentina, los procesos contra los generales responsables de las violaciones de los derechos humanos durante la guerra sucia. También la demanda civil democrática de eliminar la impunidad de los que gozan grupos paramilitares y de sicarios en los países en los que ellos están al orden del día, puede representar un llamado legítimo a la función simbólica de la pena, un elemento de una acción dirigida al restablecimiento de la legalidad y de la paz.

Pero existen ejemplos bastante actuales en sentido contrario, que permiten palpar los límites y también los gravísimos costos sociales que van ligados a intentos por usar el sistema penal para el control de situaciones de indudable negatividad social; piénsese por un lado en la prohibición penal de ciertas drogas, que ha agregado a los graves problemas de la toxicodependencia, otros nuevos, y no menos graves, ya que ha dado ocasión al desarrollo de un colosal mercado ilegal a nivel planetario, del cual se alimentan grupos poderosos capaces de condicionar en ciertos países la acción del gobierno y de competir con el poder y la autoridad de los órganos legítimos del Estado.

Por otro lado, se puede poner el ejemplo de la intervención del sistema penal en el campo de la ecología que parece traducirse paradójicamente en una situación de menor y no de mayor defensa ecológica. En efecto, como sabemos, la intervención penal en este campo, es substancial o formalmente accesoria a las normas y a las decisiones administrativas. O sea, esto presupone que los comportamientos lesivos del ambiente, deben ser irregulares desde el punto de vista de la disciplina administrativa para poder ser objeto de sanciones penales. Pero sabemos también que la gran mayoría de perjuicios ecológicos no provienen de comportamientos irregulares desde el punto de vista de las normas administrativas y penales, sino de comportamientos regulares que hacen parte de un sistema de producción y de explotación de los recursos naturales, que se desarrolla independientemente de las necesidades reales de los productores y de todos los individuos. Por lo tanto así como en el campo de la droga, también en el de la ecología, la intervención del sistema penal produce una concentración de la atención y de los recursos en políticas de control que no tienen por objeto las situaciones en las que realmente surgen los problemas que se pretenden resolver, contribuyendo en cambio a disminuir antes que aumentar las defensas de los derechos humanos.

6. *EL CONTROL ALTERNATIVO DE LA VIOLENCIA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS*

La criminología crítica se ha dedicado al análisis de las contradicciones y los límites del sistema de la justicia criminal, su fundamento epistemológico mismo está ligado al reconocimiento de que la criminalidad no es una cualidad natural de sujetos y de comportamientos, sino una cualidad atribuida a ellos a través de procesos de definición. Esto no significa, sin embargo, que ella no se mida con la exigencia de

poner en práctica estrategias de control social más justas y eficaces frente al "referente material" de aquellas definiciones, cuando él exista; o sea frente a todas aquellas situaciones de negatividad social, estén o no en la base de las normas penales, que representan represión de necesidades reales y violaciones de derechos humanos. Se trata de contribuir al proceso a través del cual la mayoría de los miembros de una sociedad, organizan defensas públicas eficaces frente a la violencia de minorías prepotentes y a la negatividad social. Este control social alternativo deberá tener características opuestas a las que son propias del sistema de la justicia criminal para evitar la injusticia y la ineficacia que caracterizan las intervenciones de este sistema.

- 6.1 Debe ser un control basado en una estrategia global que tenga en cuenta toda la fenomenología de la violencia y no sólo una pequeña parte de ella; globalidad no significa, naturalmente, homogeneidad de los instrumentos usados por el control, sino adecuada diferenciación entre ellos, aún al interior de una estrategia general.
- 6.2 El control debe basarse en los principios de la igualdad y de la legalidad, es decir, debe evitar estratégicamente la discriminación de los más débiles y la impunidad de los más fuertes y funcionar según reglas generales como garantía de las personas que pueden volverse objeto de él para evitar arbitrariedades y la formación de posiciones de poder conectadas con una excesiva discrecionalidad de la intervención. También en la defensa de los derechos humanos, se deben respetar los derechos humanos hasta donde sea posible.
- 6.3 Debe ser un control eficaz y real, no simbólico. Esto implica por lo menos, cuatro consecuencias:
 - 6.3.1 Se dirige a las causas y no sólo a las manifestaciones de los conflictos y de la violencia;
 - 6.3.2 Tiene por objeto las situaciones y no sólo los comportamientos de los actores implicados en ellas.
 - 6.3.3 Sin negar formas de compensación y de restitución frente a las víctimas, cuando sean posibles y necesarias, el control social alternativo de la violencia debe ser sobre todo un control social proactivo o contextual a la agresión. Esto corresponde a un "principio general de prevención". De este principio deriva entre otros, la prevalencia fundamental de la función de "policía" del Estado con respecto a la función punitiva.
 - 6.3.4 Debe considerar al infractor en su identidad actual.

7. CONFLICTOS SOCIALES Y NEGATIVIDAD SOCIAL

He planteado anteriormente que todas las formas de violencia pueden generalmente relacionarse directa o indirectamente con la violencia estructural. Aunque no fuera posible excluir situaciones particulares de violencia que no tengan relación con ella, es posible sostener que la violencia estructural es la forma general de la violencia. La aplicación del principio general de prevención significa también y ante todo una estrategia de contención de la violencia basada en el control de su forma general. Esto significa una estrategia de justicia social. Pero la prevención de la violencia estructural es al mismo tiempo parte del conflicto social y de la acción política a su interior.

- 7.1 Una característica general de la construcción de los conflictos al interior de las categorías del pensamiento penal y criminológico tradicional, es su "despolitización" en términos de una supuesta ciencia del comportamiento individual y de una técnica de respuestas a él. Los sujetos y comportamientos por controlar son "los criminales" y los "crímenes"; las técnicas de respuesta son la "pena" como disuasión o como tratamiento, y en general, la "política criminal". Frente a esta visión tradicional y restringida, la criminología crítica se presenta como una crítica de la criminología. Ella demuestra que los comportamientos definidos como criminales no son "diversos" a los otros, que en la producción de conflictos y de violencia estructural sólo ocasionalmente intervienen los factores definidos socialmente como criminales o como tales definibles en el ámbito de las leyes penales. Por estos la criminología tradicional: la penología y la política criminal, son generalmente discursos inadecuados para una política de control eficaz de los conflictos y de la violencia. Se trata, ante todo de restituirles a las situaciones conflictivas su dimensión política al interior de un análisis realista de los conflictos sociales. Problemas "criminológicos" de grandes dimensiones como la corrupción, la criminalidad organizada, la criminalidad económica, las graves desviaciones de los órganos estatales, la actividad de grupos paramilitares y el terrorismo, son ante todo problemas políticos que no pueden ser afrontados confiándoselos a "técnicos" o por lo menos, que no pueden ser confiados sólo a ellos. Se trata de problemas que tienen que ver con la actividad de los órganos de representación política y con todos los ciudadanos, los partidos políticos, los sindicatos, los movimientos sociales, en función de participación política; problemas que hacen parte del objeto de la lucha de las clases subalternas para liberarse de la opresión de las clases domi-

nantes, de la lucha por la justicia social y por la democracia. El principio general de prevención corresponde entonces, a la estrategia de un control democrático de la violencia. Esto significa que los portadores de las necesidades reales, de derechos humanos, se unen para producir una articulación autónoma de las propias necesidades y de sus propios derechos y formas públicas de defensa de ellos que actúen efectivamente a su favor. El principio de "la autonomía de articulación de las necesidades y de los derechos", se realiza a través de una comunicación libre del poder entre los portadores y presupone la construcción y el mantenimiento de la democracia representativa y participativa. O sea, presupone que el ejercicio de los poderes públicos y la actividad de los órganos del Estado no sean expresiones de un poder alienado de la voluntad popular y de los intereses generales. En este sentido, la lucha por un sistema penal más justo y por un sistema de defensa de los derechos humanos mejor del actual sistema de la justicia criminal, es uno de los frentes de la lucha para la democracia y la justicia social.

7.2 Hablar de intereses generales no significa descuidar la existencia de conflictos de intereses en sociedad, de grupos sociales contrapuestos o concurrentes; no significa negar la existencia de un conflicto social fundamental entre clases subalternas y clases dominantes, entre las mayorías portadoras de la fuerza de trabajo y minorías detentadoras de la propiedad y del poder. La historia de los derechos humanos es también la historia de este conflicto social, la historia de la violencia que cotidianamente busca reprimirlos. La afirmación de los derechos humanos a través de la democracia, es al mismo tiempo la vía para la superación de la violencia. Creo que para contribuir a la superación de la violencia es necesaria una acción intelectual, civil y política, la cual en sus premisas teóricas, debe escapar a dos errores contrapuestos: el relativismo y el dogmatismo. Para escapar del relativismo se puede utilizar el "principio de la universalización de los intereses"; se puede resolver, por lo menos en parte, el contraste histórico entre intereses de grupos en conflictos buscando de individualizar cuáles son los intereses potencialmente más generales o sea, los que corresponden a un avance hacia relaciones sociales que permitan una forma humana de satisfacción de las necesidades.

Para superar el dogmatismo, es necesario escapar de la idea de que los intereses generalizables sean expresados en una determinada fase de la vida de una sociedad, por un solo grupo social, por un solo sujeto histórico. En la historia de la liberación hay un espacio para una pluralidad de sujetos. El respeto al pluralismo de los sujetos en la lucha con-

tra la violencia, es el presupuesto para que esta lucha no alcance, como frecuentemente ha sucedido, falsas metas, y se instauren, en el sitio de las viejas dominaciones, otras nuevas; en el sitio de viejos grupos privilegiados, nuevos que se autoproclaman con violencia sobre todos los demás como el "verdadero sujeto histórico".

7.3 Cuando el conflicto social alcance niveles extremos de violencia, el principio de la universalización de los intereses, puede comportar la definición de objetivos intermedios. Se puede hablar en este sentido de "pacificación de los conflictos", es decir, del llamado a los sujetos implicados en ella para establecer un acuerdo que permita transformar la lucha armada en lucha política con reglas de juego concordadas y garantizadas.

En el marco de la contradicción fundamental entre trabajo y capital, tienen lugar una pluralidad de conflictos dependientes e independientes de aquel, y actúan una pluralidad de personas, grupos y movimientos que se colocan y se desplazan cada vez más, en nuevos frentes que no pueden ser simplemente reducidos a la contraposición fundamental; ésta adquiere al mismo tiempo, contenidos específicos en diferentes áreas. Los frentes del conflicto son muchos, porque las percepciones de los actores implicados son heterogéneas y cambiantes. La lógica de la historia es más rica que cualquier esquema lógico. Dentro del conflicto general para mantener o para cambiar la forma de satisfacer las necesidades, o sea, las relaciones sociales de producción y de distribución, es posible que se formen convergencias parciales de intereses y de proyectos entre grupos ubicados en frentes políticos diversos, convergencias basadas en la necesidad de la paz y del orden civilizado que puede ser en un determinado momento, la necesidad más generalizable y más general, por ser condividida por la mayor parte de los miembros de una sociedad.

Es posible así, que portadores de intereses diversos se unan por la defensa de este interés general en el frente de la paz y del respeto por la vida, para aislar a los portadores del proyecto de barbarie, para poner fin a la violación de los más elementales derechos humanos e imponer el respeto a reglas del juego concordadas con el fin de hacer más humana y civilizada la forma de conflicto.

La pacificación de los conflictos, puede ser de esta manera, una frontera avanzada de la resistencia popular contra la violencia y al mismo tiempo una batalla en el que son vencedoras todas las fuerzas progresistas y liberales de toda la sociedad independientemente de su colocación en los conflictos: en esta frontera común, el objetivo

inmediato se llama: un espacio seguro para la vida. En ciertos casos, se trata incluso, de una frontera nacional. Esto se verifica cuando los contenidos del conflicto y las formas de represión de los derechos humanos son condicionados o también inmediatamente impuestos por una lógica de violencia punitiva y estructural cuyo centro está fuera del país. En estos casos la lucha por los derechos humanos coincide con la lucha por el interés general de una nación.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO EN EL DELITO PENAL

Dr. Eduardo Morales Fernández
Médico Cirujano - Licenciado en Derecho