

**“EL CONTROL FORMAL,
LA CRIMINOLOGÍA Y LOS CASOS”**

Ernesto E. Domenech

*Profesor de la Especialización
en Derecho Penal y Criminología.*

*Instituto de Derecho Penal.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad Nacional de La Plata.*

Año 1999

Índice

1. Propuesta
2. La criminología y el control social formal
- 2.1 “Criminología”
3. La construcción de los casos
4. La construcción alternativa de casos
5. Las instancias de control formal y la criminología

“un ciego es en realidad mucho más desgraciado de lo que piensa, puesto que sólo cree en lo que oye, en lo que toca y en lo que huele
- y acaso la realidad no es eso
- No - dijo él. Nadie sabe qué es la realidad”.

Héctor Tizón. El hombre que llegó a un pueblo. 94

1) Propuesta

Me propongo en este trabajo analizar la incidencia de la Criminología en un segmento importante del control social formal, a saber, los procesos de construcción y evaluación de los casos penales.

También insinuar sus aportes posibles en la evaluación de nuevas instituciones penales, que han implicado nuevos roles judiciales y mecanismos alternativos de control social.

Sin embargo previamente considero importante asignar algún significado a las palabras “criminología” y “control social formal” y señalar la relevancia de la tarea propuesta en el contexto actual de nuestra sociedad, sus crímenes y sus vigilancias.

2) La criminología y el control social formal

2.1. “Criminología”

No pretendo al asignar significado a “criminología” referirme a su estatuto epistemológico¹. Ni resolver este problema a través de definiciones, sino simplemente convenir un uso de la palabra que supondré a lo largo de este trabajo.

Consideraré en consecuencia a la Criminología como un campo complejo en el que convergen estudios provenientes de distintas disciplinas sobre el Crimen o la Conducta desviada, sobre el Victimario, y las Víctimas, y sobre las Instituciones de Control Social Formal o Informal. Disciplinas que –por otra parte- pueden incluir en sus respectivos ámbitos más de un paradigma científico².

Con esta definición pretendo incluir en este campo muy importantes aportes provenientes de la Psicología de las Instituciones, la Sociología de las mismas, la Etnografía Institucional y la Antropología Jurídica, pero también, por ejemplo, de las Ciencias de la Administración.

Usualmente se ve restringido el campo criminológico a ciertas teorías de procedencia sociológica, psicológica o psiquiátrica sobre la etiología de la conducta desviada, o las funciones del

¹ Es esta una cuestión sumamente difícil de analizar a consecuencia de dos dificultades relevantes. La primera la significativa ambigüedad de la palabra “ciencia”, que complica su connotación, y luego su vaguedad no menos relevante. “Ciencia” connota un producto y también un método. Y para nada es claro, en la reflexión epistemológica cuando una actividad debe ser considerada “científica” sea por las condiciones de sus productos o por las de su método. La polémica Popper - Khun así lo demuestra. También su extrema vaguedad, con una amplia zona de penumbra en que la que deben incluirse muchas actividades de índole diversa. Se trata de una cuestión que de esta forma pensó Carlos Nino respecto del derecho y su estatuto científico trasladando observaciones procedentes de otros terrenos considerados científicos.

Por otro lado no pareciese acertado asociar la relevancia social de un cuerpo de conocimientos a su estatuto epistemológico. Existen disciplinas, cuyo estatuto epistemológico puede ser discutido desde diversas perspectivas –como la Medicina, el Derecho, o La psicología- cuya relevancia social es innegable. Un análisis de la condición epistemológica de la Criminología puede verse en **Elbert, Carlos Alberto. Criminología Latinoamericana. Teoría y Propuestas sobre el Control Social del Tercer Milenio.** Editorial Universidad. Buenos Aires 1996.

² Empleo la palabra paradigma como lo hace Thomas **Khun** en la Estructura de las Revoluciones científicas. En la concepción de este autor la existencia de una diversidad de paradigmas en el ámbito de una disciplina depriva a esta de su estatuto científico. La pluralidad de paradigmas indica, para Khun, una etapa precientífica de la disciplina de que se trate.

conflicto social³. Sin embargo los aportes de otras disciplinas son de una significativa relevancia al momento de analizar las prácticas concretas de los mecanismos de control social.

Es la criminología entonces un campo de convergencia disciplinar⁴ que, en ocasiones, ha sido atravesado por paradigmas compartidos por pensadores provenientes de profesiones diversas, como ocurrió con el “positivismo criminológico”.

2.2. “Control formal”

Emplearé la palabra “control social formal” para referirme a los mecanismos e instituciones sociales del estado, destinadas al abordaje de las desviaciones del marco jurídico y los conflictos que las mismas producen⁵. Un marco cuyo contenido es normativo⁶.

2.3. Contexto y relevancia

He seleccionado el tema que presenté **consciente** de que lo hago en un contexto singular, de gran conflictividad penal y de alguna manera paradójal. Deseo no eludir las condiciones de este contexto y señalar las razones de una elección.

Desde el advenimiento de la democracia en nuestro país⁷ el crecimiento de nuestra conflictividad ha sido incesante. A punto tal que se ha insinuado una suerte de Guerra Civil Molecular⁸. Pero este crecimiento ha sido acompañado de otras mutaciones y transformaciones que no pueden olvidarse.

Se ha transformado y casi disuelto el Estado Benefactor con sus políticas sociales y sus políticas de intervención⁹.

La distribución de la renta se ha concentrado y han crecido indicadores preocupantes de desocupación y de necesidades básicas insatisfechas. También –con variaciones- la mortalidad infantil.

Ha surgido un “nuevo derecho penal”¹⁰ que instrumenta diversos y erráticos modelos de política criminal. Los códigos añosos, de cierta sistematicidad han sido modificados una y otra vez, con pérdida de la misma, y técnica legislativa deficitaria. Los bienes jurídicos, otrora frontera del Poder punitivo del Estado se han convertido en una suerte de legitimación del mismo, en una verdadera inversión copernicana de su función.

Se han modificado los Códigos de Procedimiento Penal para incorporar la oralidad y el sistema acusatorio y las garantías constitucionales. Pero la gestión de estas mutaciones ha sido descuidada y gravosa. Se han incorporado mecanismos destinados a evitar la oralidad, que colapsa como el juicio abreviado, y se propician modos de disponibilidad de la acción.

Se han instituido nuevos Tribunales y fueros –Como la Casación- o los Jueces de Ejecución y se ha revalorizado el rol de los jueces en la legislación¹¹. Asimismo se ha transformado el sistema de

³ Tal el caso de las denominadas teorías del etiquetamiento o del labelling approach por oposición a las teorías etiológicas, o las denominadas interaccionistas. Un panorama introductorio de las mismas puede consultarse en **Hassemer, W.** Criminología, págs. 51 – 63. También en **Hassemer, W.** Fundamentos del Derecho Penal. Bosch, Barcelona 1984.

⁴ Sin duda no el único campo vinculado al crimen y su dilucidación. También la Criminalística posee un estatuto análogo.

⁵ Quedan entonces segmentos muy importantes de las instituciones sociales que favorecen los procesos de socialización y por ende importante otros mecanismos de control social, como la educación o la familia, u otras instituciones capaces de producir procesos de uniformación social.

⁶ De este modo no identifico a las instituciones de control social con el marco normativo jurídico, aunque lo supongan.

⁷ El crecimiento de la conflictividad social, no es, sin embargo, un patrimonio regional, o de los países periféricos. La conflictividad social, y en especial la violencia también se han globalizado, a punto tal que Hans Magnus Enzenberger, habla de una suerte de Guerra Civil Molecular, que involucra nuestros jóvenes.

⁸ La expresión pertenece a **Hans Magnus Enzenberger**. Perspectivas de Guerra Civil. Editorial Anagrama.

⁹ Conf. **Barbeito, Alberto C. Y Lo Vuolo, Rubén M.** La Modernización Excluyente. Transformación Económica y Estado de Bienestar en Argentina. Unicef. Ciepp. Losada. Buenos Aires, 1992.

¹⁰ Empleo esta expresión como lo hace Hassemer en...

¹¹ En realidad los Jueces se han visto sometidos a una regulación que contrasta. Por un lado poseen mayores facultades para suspender el juicio a prueba, imponer condiciones en la condena de ejecución condicional, o dominar y controlar los procesos ejecutivos de las penas. Pero por otro se ven restringidos en y acotados por los principios del sistema acusatorio que se han instalado en los

reclutamiento de los magistrados con la incorporación de instituciones como el Consejo de la Magistratura. Sin embargo también el reclutamiento, la eficiencia del funcionamiento judicial y las formas de administración del conflicto social han sido duramente criticadas¹².

Los costos y los resultados del sistema judicial se han visto evaluados por conocimientos procedentes de la administración, lo que no debe extrañar frente a la escasez de los recursos disponibles. La negociación y la mediación se han convertido en vías alternativas de administración de los conflictos.

Y vías alternativas al control formal del Estado han sido la construcción de barrios significativamente protegidos, compañías de seguridad privadas, variantes de seguros y sistemas de seguridad y recupero de objetos robados, y un conjunto de organizaciones no gubernamentales de víctimas de delitos, que promueven diversas acciones preventivas y de asistencia. De este modo el control social formal ha cedido protagonismo frente a los controles sociales informales, "privatizados", un fenómeno que implica una suerte de "segmentación" del control social¹³. Mecanismos formales en crisis se oponen a variantes sólo accesibles a los consumidores de un mercado de la seguridad cada vez más relevante desde el punto de vista económico.

Por otro lado los procesos de vigilancia electrónica han concentrado y distribuido relevante información sobre los ciudadanos cuando éstos piensan como garantía el habeas data.

Paradójicamente ciertos procesos de vigilancia, distribuidos entre los no excluidos en las bases de datos coexisten con ciertas formas de crecimiento de la conflictividad social, en una sociedad llamada panóptica, transparente.

Esta transparencia se evidencia, además en los procesos de massmediatización que la atraviesan, y que cuestionan desde la administración del poder político, hasta la administración de los castigos. La televisión hace del *homo sapiens* un *homo videns*¹⁴. Y a su mirada se ofrecen desde crímenes por televisión, hasta juicios y castigos. La T.V. requiere estar presente en las calles mostrando la violencia policial, o en las escenas del crimen en vivo y en directo con cámaras ocultas. Pero también en las salas de ejecución penal, y en programas donde desfilan víctimas y victimarios enfrentados a las horas de las noticias. Una omnipresencia que contrasta con la limpieza de las imágenes de las guerras contemporáneas¹⁵.

Otras transformaciones no menos relevantes han sido las de las estructuras familiares¹⁶ y la distribución de los roles, y los cambios en la adolescencia¹⁷ que se ha extendido en detrimento de la infancia y la adultez. Han disminuido la autoridad parental, y las formas de contención social.

Por otra parte también han mutado las estructuras y roles policiales, jaqueadas por la corrupción y la violencia.

La condición paradójica de este contexto criminógeno y garantista, obliga más que nunca a repasar los procesos de gestión de cambios que en más de una oportunidad quedan en palabras legales y en una suerte de anomia institucional. Para ello es necesario descender del terreno immaculado de los "principios", al pantano incierto de las prácticas del control social. Pero muy en especial a las prácticas del control social de los aparatos del Estado. Al funcionamiento y eficiencia de las instituciones. Al control de su calidad. Y para ello, un conjunto nada despreciable de información procedente de especialidades distintas son, sin duda, de gran utilidad.

Este trabajo pretende demostrar cómo en los procesos de construcción y decisión de los casos penales reales, cobran relevancia singular los aportes interdisciplinarios y también de qué

procedimientos judiciales.

¹² Las Críticas reconocer fuentes e inspiraciones diversas. Desde las observaciones mediáticas y periodísticas como la que insinúan por ejemplo, y en forma de libro. **Pazos y Camps** en Justicia y Televisión, la Sociedad dicta sentencia. Edit. Hoy por Hoy., hasta las observaciones de índole administrativa y económica, como los informes elaborados por FIEL.

¹³ Esta segmentación diferencial también tiene lugar en la Educación y la Salud.

¹⁴ Utilizo la expresión que he tomado de Sartori, **Giovanni**, Homo Videns. La Sociedad teledirigida. Ed. Taurus.1998, Madrid.

¹⁵ Sobre la presencia de las imágenes de violencia en la vida cotidiana, y la "pureza" de las imágenes bélicas ver **Lister**, Martin. La imagen fotográfica en la cultura digital. Paidós. 1997, Barcelona. Sobre los procesos contemporáneos de vigilancia ver **Lyon**, David. El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia. Alianza Editorial, Madrid 1995.

¹⁶ Sobre las mutaciones de las estructuras familiares ver **Chapp**, María Esther. Juventud y familia en una sociedad en crisis. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.1990

¹⁷ Sobre los cambios y crisis de los jóvenes ver **Konterlniky**, Irene y **Jaciento**, Claudia. Adolescencia, pobreza, educación y trabajo. Losada, Unicef. Buenos Aires 1996. La edad y las formas de la violencia también se han extendido.

manera estos aportes pueden mejorar y esclarecer el control social que se administra en los casos, tanto como a su comprensión social. Una comprensión nada desdeñable si se piensa que en esta sociedad massmediatizada los casos son una fuente importante de comunicación social, en ocasiones precaria y engañosa¹⁸.

3) La construcción de los casos

Desde el nacimiento de los primeros usos de la palabra criminología, vinculados al positivismo criminológico¹⁹ en las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX el saber criminológico y otros saberes se proyectaron sobre la narrativa de los casos penales. Sobre los modos de su construcción –desde los contenidos puramente verbales a los probatorios -, hasta las formas de su interpretación y resolución.

La transcripción de dos casos diversos permitirá justificar y comparar estas incidencias. Un caso ha sido seleccionado de la obra Octavio Bunge²⁰ Casos Penales, el otro lo he tomado al azar de una sentencia cotidiana.

Dos observaciones se imponen:

. Ambos son casos reales, o mejor dicho versiones dentro de un caso real, sin embargo uno posee una pretensión pedagógica, el de Bunge, en tanto el segundo no.

. Casi un siglo los diferencia, diferentes repúblicas y códigos, ideas, y constructores. También los lugares de su producción. Una Gran Capital con conflictividad creciente, en el primer caso. Un pueblo de Provincia en el restante.

3.1. Los casos del positivismo.

Cuando en la Capital Federal el número de extranjeros superaba al de Nacionales, y a poco de concluidos los festejos del Centenario, Carlos Octavio Bunge compiló una serie de casos en los que intervino como Fiscal. El positivismo, y en especial el criminológico reinaba en las Academias, y se afianzaba entre los saberes que entornaban prisiones, manicomios, escuelas y sociedades de Beneficencia. He tomado el primero de los Casos de este libro. Transcribiré el sumario –que permitirá tener una vaga idea de los que he excluido- luego la descripción de los hechos, su interpretación psicológica, y su encuadre jurídico. Luego señalaré el impacto de las ideas y la formación de Bunge en la construcción y análisis de este caso.

He aquí un caso de Bunge

¹⁸ La importancia de los casos en los procesos de comunicación social actual ha sido destacada por Aníbal Ford en Navegaciones. Comunicación. Cultura y Crisis. Amorrortu, Buenos Aires 1994 pág.81, como así también sus límites severos que afectan el debate social.

Las advertencias de Hassemer coinciden con las de Ford “Los medios de comunicación –sostiene- informan casi exclusivamente de casos penales porque así satisfacen el interés de sus lectores, aunque sea a costa de desfigurar la realidad de la Administración de Justicia”. Introducción a la Criminología, pág. 31.

¹⁹ Es conocida la obra de Garófalo, el pilar jurídico del Positivismo, como Criminología publicada en y también en nuestro país la de Ingenieros que data de 1919

²⁰ Octavio Bunge fue una persona multifacética. Un análisis sugestivo de su obra puede encontrarse en Terán, Oscar, Carlos Octavio Bunge y la Institución Filosófica, educando al cacique progresista. En Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral. N.º. 12. Año VII. Primer Semestre 1997. Págs. 9-15. Fue Fiscal, severo crítico de la formación de los abogados que se manifestó en el libro La Actual Crisis de los Estudios Jurídicos. Buenos Aires Academia de Derecho y Ciencias Sociales. 1913, y profesor titular de Ciencias de la Educación en Filosofía y Letras de la UBA en los primeros años de este siglo que culmina. Su libro Casos, resume una colección de aquellos en los que interviniere como fiscal. Bunge deseaba construir una alternativa pedagógica a la que brindaban los estudios jurídicos alejados de las prácticas. Y poseía la convicción del rol pedagógico de las decisiones judiciales, en especial para el pueblo que poco conocía u olvidaba las leyes. Reclamaba entonces no jueces máquinas, ni mecánicos, sino hombres conscientes de la importancia de su labor. Conocer las leyes, pensaba, contribuía a afianzar las Nación, en un momento en que su estructura social cambiaba drásticamente

Juicio seguido a Andrés Abel Gutiérrez Conti, por homicidio. Juez de Instrucción: Dr. Manuel S. Beltrán. El Ministerio fiscal pide el sobreseimiento definitivo.

I. El hecho: en un local público varios jóvenes se burlaban del procesado, sin duda de aspecto estrafalario. El huye. En la calle, los jóvenes continúan su persecución. El sacó entonces su revólver y mató a uno de los jóvenes.

II. Antecedentes Biográficos del Procesado: su origen. Su familia. Su herencia y sus antecedentes neuropáticos. Su vida en los últimos tiempos.

III. Semblanza del Procesado: su temperamento literario. Su falta, ya que no de vocación, de capacidad suficiente para cultivar las letras. Su egoísmo, su vanidad, sus hábitos, sus relaciones.

IV. Antecedentes Clínicos del Procesado: informe de los médicos de policía, en 1901. El boletín anamnésico del Hospicio de las Mercedes, en 1903. El reciente informe de los médicos de los tribunales, 1911.

V. El Informe de los Médicos de los Tribunales: notable estudio psicológico. Se clasifica de "imbécil" al procesado. El Ministerio fiscal impugna esta clasificación. Su decisiva importancia para establecer la responsabilidad y penalidad legal del procesado.

VI. Análisis Psicológico del Hecho: estado subdemencial y subdelirante del sujeto. Derecho Aplicable al Hecho: distintas hipótesis posibles. Irresponsabilidad del procesado.

VII. Los Provocadores: no se conoce más que la víctima. Por eso el Ministerio fiscal no acusa, como debiera, a los otros dos, por agresión como arma o complicidad en la agresión.

VIII. Petición: el Ministerio fiscal pide el sobreseimiento definitivo de la causa. Supone que no obstante, convendría acaso tener al reo en observación en un sanatorio, por un tiempo prudencial.

EL HECHO:

El hecho ocurre el 11 del corriente mes, de nueve a diez de la noche, en el café de Los 36 billares, situado en la calle de Bartolomé Mitre, entre las de Esmeralda y Maipú. Andrés Abel Gutiérrez Conti, según su costumbre, mira jugar al billar. Sentados en un banco próximo, tres jóvenes cuchichean. Se mojan de la barba, del desaliñado cabello, del aspecto estrafalario de Andrés Abel Gutiérrez Conti.

Acércase el mozo de servicio, completando el coro de burlas a la sordina. El burlado cree oírle epítetos injuriosos, como "carnero peludo" y "cara de chivato". Se encoleriza, y, señalando con el dedo a los jóvenes, pregunta al mozo si a ellos se refiere... Fastídanse los aludidos, suben la voz, se recrudece el ataque. Gutiérrez Conti cree que uno le desafía a salir a la calle a pelear. ¡No acepta porque lleva un revólver!

Habiéndose visto el ama momentos antes, el patrón le pide que se retire; no quiere escándalos en su establecimiento. Los jóvenes se ponen de pie, junto a la puerta de la calle. También a ellos les manifiesta el patrón que deben irse, o bien entrar. Optan por irse, y salen para la izquierda, en dirección a la calle de Maipú.

Asómase a la puerta Gutiérrez Conti, temerosamente. Los ve alejarse, y sale a su vez hacia la derecha, en dirección contraria, a la calle de Esmeralda. Vuelven los jóvenes la cabeza y le ven huir, pegándose a la pared. La pieza de caza se les escapa, y se lanzan a perseguirla en plena calle.

Gutiérrez Conti los siente venir. Cruza en zig – zag de una vereda a otra, corrido siempre, cada vez más cerca, por aquella pequeña jauría humana. Toma el medio de la calzada, aviva el ya apresurado paso, busca con la vista al vigilante... No encontrando defensa, alcanzado, acorralado por sus perseguidores, cuando alguno le tira del saco, se vuelve, les hace frente, empuña el revólver, aprieta el gatillo... Uno cae exánime. Los demás desaparecen como por ensalmo. Acude la policía. Gutiérrez Conti se entrega.

ANÁLISIS PSICOLÓGICO DEL HECHO:

Con los datos, antecedentes y conclusiones de los anteriores párrafos resulta ahora posible reconstruir psicológicamente el hecho. Andrés Abel Gutiérrez Conti, degenerado débil de espíritu, después de pasar un largo episodio demencial de varios

años atrás, hallábase en estado de viva propensión a ideas persecutorias subdelirantes. No obstante, bohemio incorregible, frecuentaba ciertos locales públicos, donde jóvenes sin educación le hacían objeto de pesadas burlas.

Armóse de un revólver, creyéndose perseguido por enemigos implacables. Para atemorizarlos, sacó el arma y la mostró esa noche en el café. Los jóvenes, que le bofaban no se arredraron. No le creían capaz del valor necesario para descerrajarles un tiro. Sabían que era cobarde y tímido, sin sospechar que, al propio tiempo, fuera irritable y tuviese ideas persecutorias.

Salió Gutiérrez Conti del café, huyendo, como escondiéndose. Los jóvenes reanudaron y redoblaron su burlona persecución. Esta, en el obscuro cerebro de Gutiérrez Conti, no era de burlas, sino de veras. Los creía a todos armados y dispuestos a matarle. Representábaselos agigantados, como fantástica legión de bandidos que le asediara en la noche y la soledad. Por eso no les había frente; escapaba, buscó un vigilante; hubiera deseado que la tierra le tragase... ¿cómo iba a luchar él solo, pobre poeta abandonado, contra tantos y tan feroces enemigos, hijos del odio de los hombres y del misterio de las tinieblas?...

Cuando ya los tenía encima sacudió su espíritu el nunca dormido instinto de conservación. Se defendería; vendería cara su vida. Y en un arranque delirante, movido por una bouffée de su manía persecutoria, sacó el revólver y tiró a boca de jarro al que tenía más cerca, probablemente al que le cogió del saco... en su conciencia, para sí mismo, realizaba un acto de legítima defensa. Como en realidad no ha peligrado su vida, para los demás el hecho ha sido sólo producto de un impulso mórbido, inconsciente, irresponsable.

Se me dirá que el más normal de los hombres puede llegar a proceder como Gutiérrez Conti, en caso de ser tan pública y groseramente ultrajado. Es posible. Pero el hombre normal hubiera obedecido a un proceso psicológico completamente distinto. La cólera y una firme idea de la dignidad le moverían. En Gutiérrez Conti no hubo, no pudo haber ni lo uno ni lo otro. Su impulsión no ha sido volitiva ni lúcidamente razonada. Así, en un acto en que pudiera objetivamente parecer que estuvo cuerdo, es, en realidad donde subjetivamente estuvo más loco.

Tráeme esto a la memoria aquel filósofo que decía: "Mi tabaquera está en la luna. La luna está en mi bolsillo. Luego en mi bolsillo, está mi tabaquera". Y para demostrarlo, del bolsillo la sacaba. Un razonamiento irreal le llevaba a una conclusión real. Igualmente, Gutiérrez Conti llegó a sacar su tabaquera - digo, su revólver -, como lo hubiera podido sacar un hombre normal, pero inducido por un razonamiento anormal. Aunque la conclusión resultase verdadera, las premisas eran falsas.

DERECHO APLICABLE AL HECHO:

Estudiando el caso sub judice, veamos cuáles son las disposiciones legales aplicables. Surgen a prima facie tres hipótesis: 1º la defensa legítima; 2º la imbecilidad; 3º la defensa de la dignidad. Para los dos primeros casos habría completa exención de pena (inc. 8º e inc. 1º del art. 81 del Código Penal); para el tercero, más bien atenuación de la pena (inc. 8º del art. 81 e inc. 1º del art. 83).

En mi opinión, ninguna de esas tres hipótesis es aceptable. No hubo defensa legítima porque no se atentaba contra la vida del procesado. No hay imbecilidad absoluta, a pesar del informe de los médicos de los tribunales, porque el procesado no puede ser clínicamente un imbécil. No hubo defensa de la dignidad porque, dada la naturaleza del reo, él nunca tuvo ni pudo tener un concepto claro de la dignidad que defendía.

Desechadas esas tres hipótesis queda, a mi juicio, la única verdadera y científica, tanto médica como jurídicamente. El hecho ha sido consumado en una perturbación de los sentidos y de la inteligencia, no imputable al agente, quien no ha tenido conciencia suficiente del acto y de su criminalidad (inc. 1º in fine del art. 81). Esta es la disposición legal que considero aplicable. Por tanto, Abel Gutiérrez Conti debe ser eximido de toda pena. En el hecho de que se le acusa no hay, como dice el informe de los médicos de los tribunales, responsabilidad atenuada, antes bien, completa irresponsabilidad.

Acepto que, en general, para los demás actos de la vida, Gutiérrez Conti no posea más que esa responsabilidad atenuada. Pero, en particular, para el caso sub judice, su irresponsabilidad es completa. No basta, en este difícil y delicado problema médico legal, el estudio genérico del sujeto: requiérese también especificar su estado de conciencia en el preciso momento del hecho. Esto, que no podían hacer los médicos de

los tribunales, podemos hacerlo nosotros, estudiando todos los elementos acumulados, con verdadera precisión científica. Por eso no vacilo en dictaminar que el procesado es doblemente inocente: como débil de espíritu y como autor responsable del delito que se le imputa.

En este caso un cierto saber se infiltra en lenguaje empleado, los datos considerados relevantes, los modos de interpretarlos y razonar, las conclusiones y la administración de las mismas.

Las narraciones que Bunge presenta encuentran un marcado proceso de contextualización. Se ubican los personajes, los momentos y sus biografías. No se escamotean las víctimas y sus intervenciones. Se pesquisan con detalle los sucesivos informes médicos y psiquiátricos.

Se emplea un lenguaje literariamente rico y atractivo, capaz de entrometerse en los psiquismos que explora y conjetura, aún en desmedro del análisis de las pruebas.

Las interpretaciones psicológicas de los hechos son un momento sustancial de las presentaciones. El examen pareciera ser un camino relevante hacia la verdad²¹, y en él las significativas tesis de la degeneración²², las manías, los estigmas físicos de impronta lombrosiana, el evolucionismo acompañado de cierto etnocentrismo que veía en los pueblos salvajes, en la locura, y en la delincuencia, una suerte de retornos al atavismo. Un examen que, además, bucea causas, busca razones, construye etiologías.

También las consecuencias se registran y perciben con significativa claridad. Forman parte del modo de razonar, y sobre todo, de administrar y prever las consecuencias.

El constructor y evaluador de estos casos era, sin duda, un personaje relevante. No un Juez mecánico, ni lógico, sino un *formador de opinión*.

3.2. Otros casos

Si por el contrario saltamos a un caso construido con una formación dogmática²³ profesional de los abogados muchos años más tarde, las conclusiones son otras.

He aquí un texto cotidiano de las sentencias que pueblan los libros que se encuadernan en los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires:

*En estos actuados, existe legal demostración de que el día 2 de Octubre de 1992, A.H.C., entregando el cheque N° 497960, librado por la suma de \$250,00 contra la cuenta corriente N° 097/6 de la que era titular H.O.R. en el Banco del Fuerte S.A. de Tandil, logró que J.C.R., propietario del comercio "Luseb", sito en Quintana N° 615 de la misma ciudad, cancelara la deuda que tenía con él y le entregara, en devolución de la diferencia, \$205,00 en efectivo. A consecuencia de que ese formulario había sido sustraído el día anterior, firmado en blanco por el autorizado R.O.C., de la oficina cita en 25 de Mayo N° 627 de Tandil y se formalizó denuncia ante la entidad bancaria girada, al ser presentado al cobro por un tercero que lo recibió de R., se lo rechazó. La materialidad de los hechos antes descriptos se acredita, al igual que la autoría de C., en la entrega del cartular, por plena prueba testimonial (...)
Que a los fines de mensurar la pena a imponerle a quien me ocupa, tengo en cuenta las circunstancias de lugar, tiempo y forma de comisión del delito y las demás pautas legales de los arts. 40 y 41 del Código Penal.*

²¹ Empleo la expresión como lo hace Foucault en La Verdad y las Formas Jurídicas.

²² Oscar Terán señala la importancia de las degeneraciones en el pensamiento global de Bunge que incluía no sólo las que podría atribuir a sectores marginales, sino también a las clases gobernantes ociosas.

²³ Por otra parte la dogmática construye sus casos para estudiar en Manuales y Libros de Casos, que suele presentar como narraciones finiquitadas que deben ser resueltas con la tecnología dogmáticamente sustentada en pasos, estrategias, y justificaciones. En ellas los casos son de alguna manera naturalizados. Considerados un dato de la realidad exterior, antes que la emergencia de un proceso complejo y conflictivo en el que se inscriben diversos actores con lenguajes y guiones disímiles. Frente a esta naturalización ha reaccionado Jakobs en su Teoría de la Imputación Objetiva. También en la Sociología los hechos han sido considerados naturales como lo ha insinuado Alvin Gouldner en la Crisis de la Sociología Occidental. Ed. Amorrortu.

Son atenuantes, el buen concepto que debe merecer ante la carencia de información en contrario y la carencia de antecedentes penales (fs. 52). Son agravantes, el haber involucrado en la maniobra a la empresa empleadora y la mendacidad en que incurriera. Sin eximentes.

. Un lenguaje mucho más neutralizado, sino una verdadera antilengua²⁴. Una narrativa impersonal, más propia de un Juez Lógico que científico o axiológico con significativa pérdida de la primera persona del singular y escamoteo de los procesos de interpretación legales con apelación a las autoridades académicas o judiciales.

. Severas dificultades para contextualizar un acto criminal en una historia personal o familiar. Las historias personales suelen no preguntarse²⁵, sino se vinculan al acto delictivo específico y sus motivaciones más directas, y deben ser reconstruidas a partir de informaciones incidentales. Los informes de ambiente y medios de vida, los informes “psi”.

. Dificultades insalvables para reconstruir el contexto cultural de los actores del drama criminal.

. Tratamiento casi periférico de la dosificación de las penas. La individualización de los castigos, y sus modalidades de ejecución. Al Juez impersonal y lógico le corresponde más un inventario de las atenuantes y agravantes como justificación de la imposición penal, que una valoración minuciosa e individuada de los actos criminales que juzga.

. Olvido casi sistemático de las víctimas y sus vicisitudes.

Una correspondencia casi histórica con el monopolio estatal de los castigos que exige de alguna manera la exclusión de las víctimas cuya vindicta es temida²⁶.

La formación pura de los abogados de la Tradición Jurídica Romano Canónica, con sus profesores que huelen a lámparas de escritorio²⁷, ha excluido casi toda contaminación contextual e interdisciplinaria en la construcción de los casos²⁸. Sin embargo ha reparado significativamente en la prueba y su evaluación, aunque el Juez hoy ha sido pensado más como un lógico que como un intérprete o un constructor. Un *vocero de un Orden Jurídico Sistemático y Autoparlante*.

4) La Construcción alternativa de casos

Hacia el fin del siglo y el milenio, con una conflictividad social creciente, con democracias adolescentes, y procesos de transformación económica, social y normativo, el control social formal se ha vuelto problemático.

La publicidad que la oralidad implica en los procedimientos judiciales, contrasta con su posibilidad fáctica. De este modo se insinúan diversos caminos que abrevien los juicios y la eviten, o eviten el juicio mismo. La suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado son algunas de estas vías²⁹.

Por otro lado los derechos humanos y las garantías diseñadas para resguardarlos han descendido de las reglas constitucionales a las que se instituyen para ejecutar las penas privativas de libertad. Y si las ejecuciones desmesuradas o excesivas dieron lugar a una ley nacional de habeas corpus que impuso un control judicial de las mismas, las nuevas leyes de ejecución de las penas privativas de libertad nacionales³⁰ o locales, prevén el juez de ejecución³¹ con una misión de control más cotidiano.

²⁴ Utilizo la palabra “antilengua” como lo hace Italo Calvino para referirme a la jerga con la que son contados los casos judiciales en sus legajos escritos.

²⁵ Aunque los Códigos de Procedimiento suelen incluir algunas preguntas vinculadas a las mismas en las declaraciones indagatorias. CPPBA art. 311

²⁶ Esta postergación de la Víctima también tuvo lugar en la especulación criminológica y sus dominios ya que la Victimología accedió tardíamente al pensamiento criminológico

²⁷ Tomo esta expresión de **Merryman**, J.H. *La Tradición Jurídica Romano Canónica*. FCE.

²⁸ Los casos han sido un elemento secundario en las estrategias pedagógicas de las escuelas de derecho, sobre todo los casos reales. Y los libros de casos de procedencia e inspiración dogmática han sido casos inventados más para ilustrar o poner en funcionamiento criterios de la Teoría que para socializar a un estudiante en sus futuros oficios profesionales.

²⁹ La recepción generalizada de la Oralidad en territorios de singular poblamiento en la Argentina –la Capital Federal y la Provincia de Buenos Aires– ha ido acompañada de las formas de evitar su generalización reseñadas en el texto que implican de alguna manera la adopción simultánea de formas alternativas de enfrentar la conflictividad cercanas a la mediación y la negociación.

³⁰ Ley 24.660

Es en todas estas nuevas instancias judiciales, o en aquellas anteriores que -como el Fuero de Menores y la legislación penal que articula, o la ley penal de estupefacientes-, implican un singular dominio judicial de consecuencias jurídicas que poseen límites extensos o que pueden mutar en virtud de condiciones poco precisadas, y en los casos que en ellas se ventilan o ventilen, donde los saberes aplicados al crimen y su control deben cooperar para una administración racional de aquellas. Y sobre todo, justa e igualitaria, es una tarea dura, cuando en distintos planos sociales han sido las desigualdades, las que se han enseñoreado tanto como las incontenencias sociales.

Esta cooperación asume formas diversas:

- En el proceso constructivo de un caso mediante la producción de información que permita contextualizar un acto delictivo en la biografía de su autor, en los procesos de su socialización, o estigmatización, pero también en sus circunstancias culturales o subculturales.

.-También reconocer a la víctima y sus condiciones tanto como los procesos de interacción con el victimario, y las circunstancias de la victimización.

.-En el abordaje de la gestación de las consecuencias y la responsabilidad, sea en el análisis de los modos de enfrentar el conflicto social³² como en la interpretación de los datos colectados en relación a las consecuencias posibles. Desde aquellas relacionadas con la imputabilidad del autor, la eventual articulación de medidas relacionadas con su inimputabilidad pasando a las que se relacionan con la suspensión del juicio a prueba y sus condiciones, las razones de atenuación o agravación de una pena, la imposición condicional de la mismas, las formas y modalidades de su cumplimiento efectivo. Las instancias de su ejecución y el contralor de la misma, desde las formas atenuadas, hasta las salidas transitorias y la libertad condicional, pasando por la significación de las transgresiones cometidas en la vida carcelaria.

- Por último en la producción de información vinculada al modo mismo de construcción de los casos y sus vicisitudes, incluyendo, por cierto las prácticas que las gestan³³.

Sin embargo no es éste el único aporte posible del campo criminológico. Otras dos tareas relacionadas a los procesos de control social formal y los casos, son relevantes y necesarias:

* Evaluar las instancias de control formal

* Evaluar las consecuencias del mismo

Aludiré prietamente a ellas,

5) Las instancias de control formal y la criminología

Dos matices paradójicos coinciden en las nuevas regulaciones legales de uno de los protagonistas de los procesos de control social formal: la Magistratura, el único instituto al que aludiré en lo sucesivo³⁴.

³¹ Tal que ocurre, por ejemplo en los nuevos Códigos de Procedimiento de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires.

³³ No debe llamar la atención que sean juristas como Hassemer los que introduzcan en el ámbito del pensamiento penal el análisis del caso real como estrategia de presentación y evaluación de conocimientos no sólo dogmáticos, sino también criminológicos. Sin embargo es menester pesquisar las "rutinas" de producción institucional de los casos, y hacerlo con herramientas procedentes de diversas disciplinas del campo criminológico. En este sentido pareciese que Hassemer se niega esta posibilidad, "naturalizando" las rutinas mismas, y cercenado un vastísimo campo de investigación y producción científica que ya se ha iniciado desde el Análisis Institucional, la Sociología de las Instituciones, la Etnografía legal, y las Ciencias de la Administración. Ver Fundamentos de Derecho Penal, pág. 25. En este sentido pareciese que el conocimiento de los modos de producción de los casos reales debe superar diversos obstáculos epistemológicos. Unos relacionados con la consideración del caso como un hecho evidente. Algo que se capta por la mirada más que por la palabra, una idea insinuada por Montesquieu y también por Bentham. Luego otro obstáculo que consiste en considerar los hechos como datos naturales radicalmente enfrentados con los observadores, Y finalmente el obstáculo consistente en la naturalización de los procesos de producción ya referidos.

³⁴ Las instancias de control formal aluden por ciertos a muchos operadores diferentes, que pertenecen a Instituciones diversas, insertas en Poderes distintos, frecuentemente denominadas "Agencias". He de referirme con exclusividad a las Instancias Judiciales, y dentro de ellas sólo a la

La magistratura en diferentes innovaciones se ha visto acotada por un lado, y con facultades ampliadas por otro. El avance de los sistemas acusatorios puros en los procesos penales implica una reducción del rol judicial a una suerte de condición de mera expectación, de terceridad absoluta³⁵. Sin embargo diversas instituciones que apuntan a limitar a la oralidad, y a la administración al cabo de un juicio, o la ejecución efectiva de las penas privativas de libertad implican que la magistratura participa en un proceso en el que instala condiciones reguladas sólo muy vagamente, de modo que el poder decisorio se extiende. Aludo a la suspensión del juicio a prueba, a la condena de ejecución condicional con condiciones extendidas, al juicio abreviado. En los dos primeros casos el Juez debe establecer condiciones y términos bajo los cuales un juicio se suspende, o se prosigue, o una condena se cumple efectivamente o no. Estas condiciones que amplifican el poder jurisdiccional se añaden a otros ya vigentes en las regulaciones legales con anterioridad, como el establecimiento de circunstancias agravantes o atenuantes o la ponderación de la peligrosidad, que en el fuero de menores, como en la tentativa imposible de delito asumen valores extremos³⁶. Por otro lado la magistratura se ha extendido geográficamente y ha penetrado con mayor profundidad que antes en Instituciones totales como las prisiones. En efecto tanto en las Leyes de ejecución nacional de las penas, o en los Códigos locales ha sido consagrada la figura del Juez de Ejecución.

Pues bien en todos estos casos los aportes del ámbito criminológico frecuentemente ausentes, o circunscriptos de modo significativo a meros informes de ambiente o peritajes de matriz psi, asumen valores muy significativos, para justificar y motivar las decisiones judiciales, sea para establecer condiciones, plazos de cumplimiento, consecuencias, individualización de la pena, modalidades de ejecución.

Por otro lado la eficacia e implicancias de todas estas nuevas instituciones que amplifican las facultades jurisdiccionales, no ha sido hasta el momento objeto de una evaluación empírica e interdisciplinaria cuidadosa. Y en esta evaluación la investigación de las disciplinas que integran el campo criminológico asumen un significativo valor.

El derecho penal, la dogmática penal, y la política criminal se han visto convulsionados por la creciente conflictividad social. Las disciplinas del campo criminológico también. Y los crímenes son sin duda un territorio de dolor, pero también de desafío.

Magistratura de modo que quedan fuera muy importantes segmentos vinculados por ejemplo al Ministerio Público, que en la provincia de Buenos Aires integra el Poder Judicial, sin dependencias formales del Ejecutivo. La limitación por cierto de este análisis deja fuera muy importantes temáticas como el señalamiento de lineamientos y directrices de política criminal que son puestas a cargo del Ministerio Público Fiscal, la constitución e intervención de los Centros de Atención y Asistencia a la Víctima, y la organización del Ministerio Público de la Defensa Oficial. Por otra parte no poco aporte puede hacer las disciplinas del campo criminológico a la Política Criminal, y con ella también al Poder Legislativo, y a muy diversos integrantes del Poder Ejecutivo que pertenece a otras “agencias”, la Policía y los Servicios Penitenciarios.

³⁵ La terceridad absoluta es quizás una suerte de mito social –similar al del Juez Lógico enunciado por Beccaria o el Juez Vidente sustentado por Montesquieu- que atraviesa las teorías y las prácticas procesales, ya que en modo alguno el Juez puede escapar a la vicisitud de los procesos perceptivos de las pruebas que las partes aportan. Pareciese si un sujeto imparcial, pero difícilmente un sujeto tercero.

³⁶ En estos casos las posibilidades punitivas de los jueces son extremas pues involucran escalas penales cuyos extremos son la no aplicación de las penas, o la aplicación absoluta o atenuada de la misma.

