

HACIA UN ENJUICIAMIENTO PENAL CIVILIZADO

IGNACIO F. TEDESCO*



TOWARDS A CIVILIZED CRIMINAL PROSECUTION

RESUMEN

La resolución civilizada de los conflictos a través de un derecho sin violencia ni arbitrariedad, es la búsqueda constante de los instrumentos de la justicia. En ese contexto, el enjuiciamiento penal civilizado es el que da la medida de hasta qué punto una sociedad cuenta con una integración comunitaria acorde con su grado de desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal; Enjuiciamiento penal civilizado; Resolución de conflictos; Delito; Castigo.

ABSTRACT

The civilized resolution of conflicts through a law without violence and arbitrariness, is the constant search of the justice instruments. In that context, the penal civilized judgment is what gives the advance of a society in terms of its commentary integration and its degree of development.

KEYWORDS: Penal law, Civilized penal judgment, Conflict resolution, Crime, Punishment.

Fecha de presentación: 11 de octubre de 2010. Revisión: 30 de noviembre 2010. Fecha de aceptación: 6 de diciembre de 2010.



* Profesor adjunto regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, *e-mail* [itedesco@derecho.uba].

UNAS PRIMERAS PALABRAS

Si para representar el espacio donde resolvemos nuestros conflictos hemos construido pesados y grandes edificios, pareciera que una de sus razones lo fue porque en ellos, en su inconmensurable peso, siempre deseamos encontrar las fuentes de la Justicia. Templos cuyas rígidas columnas es en donde se apoya nuestra civilización, en donde supuestamente la barbarie, la violencia injustificada, la arbitrariedad, no tienen cabida. Templos en donde recopilamos, enseñamos, interpretamos y reproducimos el Derecho de esa Justicia.

Y en esta búsqueda, más de dos siglos son los que se lleva luchando en pos del reconocimiento y vigencia de una serie de resguardos (garantías y principios constitucionales, derechos de carácter universal) que limiten al poder de su arbitrariedad y de forma tal que el ideal civilizatorio sea palpable. No obstante, una primera observación se torna evidente: la violencia del sistema represivo y su arbitrariedad se mantienen de tal manera que están en permanente y constante observación.

Si la barbarie se mantiene presente bien puede ser por no tener en claro qué puede significar el que nuestro derecho sea civilizado. Uno de los pocos, sino el único, que intentó avanzar en explicar cuáles son las raíces y significado de un derecho civilizatorio ha sido EDMUNDO HENDLER. En una de sus tantas investigaciones sobre estas cuestiones, él enseña que en los diccionarios de lengua francesa, por *civiliser* se significaba la conversión de la acción penal en acción civil.

Es a partir de este punto que se presenta el objetivo de estas líneas: presentar cuáles son los principales lineamientos de un derecho penal civilizatorio. Más precisamente, de cuáles son los elementos que permiten conformar un enjuiciamiento penal que responda a ese viejo espíritu de la voz civilizar. En otras palabras, de un derecho reductor de la violencia en el proceso de redefinición de los conflictos.

EL DERECHO PENAL COMO UN ENJUICIAMIENTO PENAL CIVILIZADO

Tal como lo recuerda HENDLER, la hipótesis central que NILS CHRISTIE desarrolla en su libro *Los límites del dolor*¹ es el resultado de su idea

1 NILS CHRISTIE. *Los límites del dolor*, M. CARO (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1984.

de que la participación en los conflictos es más importante que las soluciones que éstos tengan. Por ende, “de la triología que conforman delito, enjuiciamiento y castigo, no sólo lo segundo es más importante; bien podría pensarse que el castigo sea sólo el pretexto para dar lugar al enjuiciamiento”².

Esta idea no es porque sí. Surge de la observación de que cuantos más conflictos una sociedad deriva al sistema penal, mayor es el grado de desintegración comunitaria que tiene lugar en esa sociedad. Es en función de ello que HENDLER sostiene que, en consecuencia, el hecho del enjuiciamiento público, esto es, de la forma que toma ese proceso de derivación a un tercero para dar respuesta a un conflicto, resulta indicativo del grado de integración comunitaria. Desde esta perspectiva, lo que termina importando es la actitud que la sociedad adopta frente al conflicto, especialmente, del modo en que éste es encarado³.

Castigo y conflicto se convierten así en los elementos que determinan cuál es, en definitiva, la forma que termina adoptando el enjuiciamiento penal. Es por ello que se torna necesario realizar algunas consideraciones previas sobre éstos antes de avanzar sobre las formas que hacen a un enjuiciamiento penal civilizatorio.

El enjuiciamiento como castigo

Al hacer referencia al castigo no se trata de realizar un estudio sobre cuál es su fin (si es que lo tuviere), ni de una sociología sobre éste. De lo que se trata, es en señalar cuál es su relación con el enjuiciamiento penal. Este último puede considerarse tanto como una resolución por parte de la autoridad de una disputa, esto es, de un conflicto; o como la búsqueda de una verdad⁴. Éstas son las dos interpretaciones principales sobre lo que es el momento central del proceso penal: el juicio. Sea cual fuera la interpretación que se tenga en cuenta, lo cierto es que el enjuiciamiento penal que se moldeó hacia fines del siglo XIX,

2 EDMUNDO S. HENDLER. “Enjuiciamiento penal y conflictividad social”, en JULIO B. MAIER y ALBERTO M. BINDER (comps.). *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 378.

3 *Ibid.*, pp. 375 a 377.

4 MARK CAMMACK. “Evidence rules and the ritual functions of trials: ‘saying something of something’”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 25, abril de 1992, p. 784.

y que se corresponde con un modelo respetuoso de los resguardos constitucionales, el juicio penal público⁵, no puede dissociarse de la idea de castigo.

En este sentido, DAVID GARLAND, al definir qué debe entenderse por los conceptos de castigo o de penalidad, señala que éstos son el proceso normativo de sanción y condena a los infractores del derecho sustantivo, de acuerdo con categorías y procedimientos legales específicos. Para él, en este proceso, se involucran una serie de “marcos discursivos de autoridad y condena, procesos rituales de imposición del castigo, [...] y una retórica de símbolos, figuras e imágenes por medio de las cuales el proceso penal se representa ante los diversos estratos de la sociedad”⁶.

De esta manera, el proceso penal, tal como lo sostiene ALBERTO BINDER, es uno de los ejes estructuradores del sistema penal (al igual que lo es el plano sustantivo propio del derecho penal) y es coresponsable en la configuración de la política criminal⁷. De allí que no se pueda dissociar al enjuiciamiento penal del castigo o de la penalidad.

La circunstancia de que en el proceso de formación del sistema penal moderno, gracias al establecimiento de los Estados nacionales, tuviera lugar un desprendimiento de las reglas procesales respecto de las normas del Derecho penal material, no quiere decir que unas y otras estén irremediamente vinculadas, en tanto ambas constituyen un único fenómeno cultural.

Con ello se quiere significar algo que avanza mucho más allá de la constatación que realizara MALCOLM FEELEY, en su investigación, en cuanto que, para el individuo, la realización del proceso penal en su contra puede constituir un castigo mucho mayor que el de su propia condena. Esto es, que los mecanismos que importan en el enjuiciamiento penal son el castigo mismo⁸. No se trata de señalar cómo el

5 Cfr. LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, P. ANDRÉS IBAÑEZ, et al. (trads.), Madrid, Trotta, 1995, cap. 9.

6 DAVID GARLAND. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, B. RUIZ DE LA CONCHA (trad.), México D. F., Siglo XXI, 1999, p. 33.

7 ALBERTO M. BINDER. *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 37.

8 MALCOLM M. FEELEY. *The process is the punishment. Handling cases in a lower criminal court*, Nueva York, Rusell Sage Foundation, 1979, pp. 34, 199, 201 y 241.

proceso de averiguación de la verdad respecto a un conflicto de naturaleza penal puede implicar determinados costos a una persona, sino que esos mecanismos que permiten la adjudicación de una pena están absolutamente vinculados con ésta. De allí que, visualizar esta relación importa saber cuán civilizada o no es nuestra penalidad.

El conflicto y el enjuiciamiento

En su primera lección de Derecho procesal penal, BINDER recuerda que el Derecho es un instrumento de la vida social que tiene como misión la redefinición de los conflictos. Cualquier manifestación del Derecho va a repercutir en el conflicto al que fue llamado a intervenir, sea evitándolo, sea redefiniéndolo, sea generándolo⁹. Resulta evidente que esta última consecuencia no puede ser tenida en cuenta. Sólo aquellas consecuencias que hacen a una mayor integración comunitaria son las que pueden ser tenidas en cuenta.

Está claro que si uno está haciendo referencia al papel que tiene el conflicto para el sistema penal, la cita de la obra de CHRISTIE es obligada. Ya en uno de sus primeros trabajos, *Los conflictos como pertenencia*, él señalaba que lo que caracterizó al enjuiciamiento penal moderno fue la pérdida de la participación directa de los miembros de la comunidad en el proceso de redefinición del conflicto:

en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo representadas. En segundo lugar, la parte representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario, y reducida a ser la mera desencadenante del asunto¹⁰.

Estas ideas en cuanto a la ocultación del conflicto como una variable a ser tenida en cuenta en la cuestión criminal, conjuntamente con la pérdida de la pertenencia de los conflictos, son las que llevaron a que más tarde este criminólogo sostuviera que los valores que terminaron siendo comunicados por el sistema penal no fueran otros que los que importan una graduación del dolor: “el Estado establece su escala, el

9 BINDER. *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 29.

10 NILS CHRISTIE. “Los conflictos como pertenencia”, en AA. VV. *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 162.

orden de valores, mediante la variación en el número de golpes administrados al criminal, o por el número de meses o años que se le quitan. El dolor es usado como comunicación, como lenguaje¹¹. Por consiguiente, ese dolor no cumplía una función de redefinición del conflicto (en tanto estaba oculto), sino que simplemente comunicaba un castigo.

Un sentido coincidente se puede hallar en el pensamiento de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. Ellos enseñan como dos fueron los modelos en los programas criminalizantes:

uno, el modelo de solución entre las partes; el otro es el modelo de decisión vertical o punitivo. La línea divisoria pasa, pues, por la posición de la víctima, lo que necesariamente asigna una función al procesado o penado [...] En el modelo de partes hay dos personas que protagonizan un conflicto (el que lesiona y el que sufre la lesión), y se busca una solución. En el modelo punitivo quien sufre la lesión queda de lado, es decir, que no es considerado como persona lesionada, sino como un signo de la posibilidad de intervención del poder de las agencias del sistema penal¹².

En este marco, es que CHRISTIE sostiene la idea de que la participación en los conflictos es más importante que las soluciones que éstos tengan. Es la forma en que estos conflictos vuelvan a la luz. La herramienta para ello es similar a la propuesta por HENDLER: la civilización de los conflictos. En sus palabras:

si hay algo que esté claro, es que varios de los países menos industrializados han aplicado en gran parte el código *civil* en donde nosotros aplicamos el código *penal*. Especialmente en las sociedades que carecen de un fuerte poder central, donde el Estado es débil, o donde los representantes de éste se encuentran lejos, la gente se ve obligada a no aplicar la fuerza¹³.

Es por ello que la respuesta no sea más que una justicia participativa en tanto el mismo resultado (la aclaración de los valores) que se obtiene con la distribución del dolor, se obtiene en el proceso mismo. La atención pasa del resultado final al proceso¹⁴.

11 CHRISTIE. *Los límites del dolor*, cit., p. 114.

12 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 219.

13 *Ibid.*, p. 112.

14 *Ibid.*, pp. 114 y 115.

EDMUNDO HENDLER y los fundamentos de un enjuiciamiento penal civilizado

Es en función de estas conceptualizaciones que HENDLER entiende que el modelo de enjuiciamiento que permite cumplir aquello para lo cual el Derecho es llamado (favorecer a la integración comunitaria), no es otro que el modelo de enjuiciamiento público. Público, en el sentido de una participación ciudadana en la resolución de la trama conflictiva. Esa participación, frente a la evidente teatralidad del juicio, no tiene otra función más que la comunicativa. En sus palabras

lo que interesa es la actitud que la sociedad adopta frente al conflicto, no sólo en cuanto al castigo que finalmente establece sino también respecto del modo de encarar, en sí mismo, el conflicto [...] En el modelo del enjuiciamiento público, la idea subyacente es ventilar el conflicto, hacerlo explícito y dar así lugar a la catarsis de su verbalización¹⁵.

Según él, la participación de la sociedad en el juicio, sea como espectadores o como miembros del tribunal encargado de establecer un veredicto sobre el conflicto planteado, provoca que su realización tenga rasgos evidentes de teatralidad: el enjuiciamiento penal es una representación escénica que se desarrolla en el marco del sistema penal¹⁶.

Esta escenificación se constituye tanto en un símbolo, es decir, en un proceso comunicativo que se dirige hacia la sociedad entera, como en una ficción: la construcción de una verdad. El juicio en el que se resuelve el conflicto es el resultado de una cosmovisión, de una "forma natural" de entender al mundo, la que le da un sentido y legitima su resolución. Es un proceso en el que las imágenes culturales tienen un valor importante, en tanto los símbolos que de ellas se desprenden facilitan la construcción de esta teatralización del conflicto, al igual

15 HENDLER. "Enjuiciamiento penal y conflictividad social", cit., p. 377.

16 EDMUNDO S. HENDLER. "Teatralidad y enjuiciamiento oral", *La Ley -Argentina-*, 11 de mayo de 1989, pp. 3 y ss. Cfr., asimismo, MILNER S. BALL. "All the law's a stage", *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 11, n.º 2, winter 1999, pp. 215 a 221; JOHN E. SIMONETT. "The trial as one of the performing arts", *American Bar Association Journal*, vol. 52, december 1966, pp. 1145 a 1147; y CORNELIA VISMANN. "Rejouer les crimes" - Theater vs. Video", *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 11, n.º 2, winter 1999, pp. 161 a 177.

que la puesta en escena del juicio origina nuevas formulaciones en las imágenes culturales de la sociedad¹⁷. Por otra parte, este enjuiciamiento que se lleva a cabo es la materialización de una ficción¹⁸.

En este sentido, recuerda el pensamiento de UMBERTO ECO al éste señalar que el teatro es una forma de comunicación y que sólo es ficción en tanto signo, añadiendo que no finge algo inexistente sino que sólo finge no ser signo, cosa que logra por tratarse, precisamente, de algo natural y no artificial¹⁹.

Como también tiene presente para fundar su posición la obra de WINFRIED HASSEMER, quien expresamente señala una cualidad institucional de la comunicación en el proceso penal:

“como institución social y, más específicamente jurídica”, el proceso penal tiene funciones que ha de realizar a costa de elementos comunicativos y, de no realizarlas, el sistema social corre el riesgo de que tales funciones no sean llevadas a cabo por nadie o incluso, es más, de que, tratándose de necesidades fundamentales enraizadas en nuestro ámbito de cultura jurídica, sean asumidas por otros [...] y resulten así graves trastornos²⁰.

Este marco teórico no sólo especialmente me influyó (entre otros trabajo, en los fundamentos de mi tesis doctoral), sino que en un sentido coincidente, es uno de los fundamentos de la tesis doctoral de GABRIEL I. ANITUA. Él, al establecer el valor del fenómeno comunicativo y el de la participación ciudadana como un vehículo de éste, expresamente señala:

nos parece interesante la opinión de quienes sostienen que el coro representa al público, que en principio no tendría voz [...] A través del coro, el público (los no actores) tiene un papel protagónico en la misma trama de la tragedia. Algunos de los filólogos que así piensan le otorgan al coro de las tragedias un valor político, consustanciado en la democracia ateniense, de representa-

17 CARLOS GONZÁLEZ et al. *Repensar las drogas*, Barcelona, IGIA, 1989, p. 15.

18 ENRIQUE E. MARÍ. “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR* (Buenos Aires, 1997), n.º 21 vol. II, 1998, pp. 251 a 287.

19 UMBERTO ECO. “El signo teatral”, en *De los espejos y otros ensayos*, Barcelona, Lumen, 1988, pp. 42 a 49.

20 WINFRIED HASSEMER. *Fundamentos de derecho penal*, F. MUÑOZ CONDE y L. ARROYO ZAPATERO (trads.), Barcelona, Bosch, 1984 p. 167.

ción del pueblo [...] El coro es un compendio, un extracto de todos los espectadores: un “espectador ideal”. Y ello también tiene un profundo contenido político puesto que la diferencia entre actor y espectador no es menor [...] De cualquiera de estas formas, como sabemos, el coro tenía voz en la tragedia. Tenía, incluso si no se lo considera propiamente un actor, un papel principal para entender qué es lo que sucede en el escenario²¹.

Esta referencia no es más que un ejemplo de lo que HENDLER sostiene al señalar que la participación ciudadana en el enjuiciamiento penal es un fenómeno social y cultural de características universales: “todas las culturas, en todos los lugares y en todos los tiempos, las de la historia más antigua, las relevadas etnográficamente o las de las sociedades actuales, conocen alguna forma de participación popular en el enjuiciamiento criminal”. Como él recuerda,

(l)a costumbre del juzgamiento por los jefes del grupo social o por colegios de asesores o de ancianos, actuando en forma pública y rodeados por el conjunto de la población en actitud de franca participación, [...] no es característica solamente de organizaciones tribales: además de empleársela por los primitivos germanos, era la modalidad adoptada por los tribunales de la China imperial doscientos años antes de la era cristiana. La regla establecida para los jueces en este último caso era que debían prestar atención a las manifestaciones del público²².

El jurado, por ende, se presenta en una de las formas esenciales a través de la cual el enjuiciamiento contempla la participación de sus miembros y gracias a ello el ritual judicial se constituye como tal. En otras palabras, en “aquella institución en la cual pensaban los ilustrados para disponer de la escena en la que se produciría la discusión pública que, con suertes imprevisibles [...] redefiniría las violencias”, en la expresión de la participación directa de la comunidad en el acto de gobierno fundamental de la disposición inmediata de la coacción estatal²³.

ANITUA funda el valor de este tipo de participación comunitaria, al recordar lo sostenido por LECLERQ cuando éste expresaba que

21 GABRIEL I. ANITUA. *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 3 y 4.

22 EDMUNDO S. HENDLER. *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 3 y 4.

23 ANITUA. *Justicia penal pública...*, cit., pp. 418 y 419.

los jurados se encuentran bruscamente en la situación de ciudadanos, y aquellos que en el bar del café de comercio despotricaban contra el crecimiento de la delincuencia y exigían mano dura para acabar con los malhechores, tratan de conocer el verdadero rostro de los hombres que les hablan, se preguntan sobre lo justo y lo injusto, sobre la función de la pena. Hay pocos lugares donde se vea tan abiertamente la evidencia de la democracia. Es la responsabilidad social la que hace al ciudadano²⁴.

Lo cierto es que la participación de los ciudadanos en el ritual judicial, en su calidad de jurados, tiene una función en particular. En palabras de HENDLER, “resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados”. Al desarrollar esta idea, él explica cómo el establecimiento del jurado tiene el sentido de proteger a los más débiles frente al poder, permitiéndoles restringir sus atribuciones y preservar las pautas de comportamiento del grupo comunitario. Con esta participación, se asegura la integración del tribunal con quienes pertenecen al mismo entorno cultural que quienes tienen que ser juzgados. De esta manera, se asegura niveles de convivencia entre los grupos dominantes y los dominados, entre cada una de sus pautas culturales²⁵.

Este tipo de participación de los ciudadanos en la justicia puede canalizarse, de una manera institucionalizada, de más de una manera: con jurados, con escabinos, con asesores populares o con otras variantes de esa índole. Este tipo de distinción atañe a lo que constituye el aspecto esencial del fenómeno participativo: la interacción entre quienes se desempeñan como jueces profesionales y quienes, sin ostentar esa calidad, intervienen en la decisión de los casos criminales. Tal como lo afirma HENDLER, en otro de sus estudios sobre este tema, “para apreciar las distintas variantes que presenta el fenómeno cultural de la participación ciudadana en el proceso penal, lo que interesa son las modalidades que puede adoptar la vinculación entre jueces y ciudadanos. Es decir la manera en que se comunican unos y otros”²⁶.

Esta comunicación representa una característica más propia de la participación ciudadana en el ritual judicial: erigirse en un resguar-

24 Ibid., p. 422.

25 HENDLER. *El juicio por jurados*, cit., pp. 11 a 13.

26 EDMUNDO S. HENDLER. “Jueces y jurados: ¿Una relación conflictiva?”, en JULIO B. J. MAIER, et al. *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 18.

do de la libertad de todo sujeto acusado. La participación de los ciudadanos, en sus orígenes sirvió para dar fundamento a un derecho individual frente a la autoridad; a una prerrogativa de todos los “hombres libres”. La significación cultural de la participación ciudadana “adquiere especial relevancia en el juzgamiento de quienes pertenecen a sectores marginados o discriminados para quienes el jurado resulta una fundamental garantía²⁷.”

Como se puede apreciar, la forma en que debe darse aquella derivación del conflicto hacia un tercero, con el objeto de que se facilite con posterioridad una reintegración comunitaria, no es otra que la de un modelo de enjuiciamiento público. Mas público no sólo en un sentido formal, sino material: que reconozca la participación ciudadana como su vehículo de expresión.

EL PROCESO CIVILIZATORIO DEL ENJUICIAMIENTO PENAL. UN COMPLEJO ARTEFACTO CULTURAL

Estudiar cuál fue el proceso que tuvo lugar para la configuración de este tipo de enjuiciamiento penal dentro de nuestra cultura jurídica occidental tiene más de un estudio posible para recurrir. No obstante, la mayoría de nuestras lecturas en ese sentido están orientadas a estudios que analizan este proceso histórico desde perspectivas histórico-normativas o simplemente descriptivas. De allí que la intención de las palabras que siguen es brindar los fundamentos sociojurídicos del proceso civilizatorio, esto es, a un enjuiciamiento de características más participativas.

Para ello, en primer lugar, como marco teórico de ello, encuentro necesario recordar el pensamiento de GARLAND en cuanto a que el castigo deba ser entendido como un complejo artefacto cultural. Artefacto cultural que encarna y expresa las formas culturales de la sociedad; de tal forma que las mentalidades y las sensibilidades culturales en las instituciones penales influyen en el castigo tanto como éste lo hace con aquéllas. Según él, para comprender la formación y el significado social de la penalidad es necesario construir un aná-

27 HENDLER. *El juicio por jurados*, cit., pp. 45 a 48.

lisis cultural en el que se señale cómo éste se expresa y actúa en el ámbito penal, en tanto la cultura es la que determina los contornos y los límites externos de la penalidad²⁸. De esta manera, podremos comprender los fundamentos de un enjuiciamiento penal civilizado. Especialmente, cómo se conformó éste. Ello, gracias a que se pasan a tener en cuenta herramientas tales como las correspondientes al pensamiento de la estética.

La cuestión criminal como un complejo artefacto cultural

GARLAND sugiere que el castigo moderno es tanto una cuestión cultural como estratégica; en otras palabras, que es un ámbito de expresión de los valores y de las emociones como también un proceso de control. El armazón a partir del que arma su concepción sociológica del castigo está basado en la interpretación de los valores y sentimientos del conflicto social que están expresados e invocados en el castigo, al igual que en el diseño de las estrategias instrumentales del control penal²⁹.

En su concepción, el castigo es, para cualquier sociedad, un tema simbólico, ya que se vincula directamente con las raíces del orden social, que posee un lugar prominente en la formación y desarrollo individual de las personas. El castigo opera como un signo de la autoridad y es la materialización final de su fuerza, de naturaleza universal e indispensable³⁰.

Su semiología del castigo opera en dos niveles: en el mundano de los comportamientos y de los efectos físicos, pero también, en el simbólico, al ser su trabajo un análisis sobre el sistema de signos que están alrededor de él³¹. Lo que permite descubrir una dimensión importante de los procesos sociales del castigo: esto es, trasladar la

28 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., pp. 227, 228 y 230.

29 DAVID GARLAND. "Frameworks of inquiry in the sociology of punishment", *The British Journal of Sociology*, vol. 41, n.º 1, 1990, pp. 1 a 15. Un extracto de este trabajo está publicado en K. THOMPSON (ed.). *Key quotations in sociology*, Routledge, 1996. Publicado nuevamente, en BARRY SMART (ed.) *Michel Foucault: critical assessments*, vol. IV, Routledge, 1995. Vuelto a publicar en DARIO MELOSSI (ed.). *The Sociology of Punishment*, Dartmouth, 1998, p. 4.

30 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 11.

31 DAVID GARLAND. "Durkheim's theory of punishment: a critique", en DAVID GARLAND y PETER YOUNG (eds.). *The power to punish. Contemporary penalty and social analysis*, Londres, Heinemann, 1983, p. 59.

atención de los aspectos administrativos y gerenciales del castigo hacia sus aspectos sociales y emotivos³². Este nivel simbólico autorizará a GARLAND a establecer los límites de su teoría social del castigo y, con ello, incorporar la variable cultural como un elemento indispensable en su análisis. En razón de ello, un análisis general del castigo tiene que explorar el complejo mundo de las sensibilidades culturales y de las mentalidades³³.

GARLAND logra su propósito de construir su idea sobre el castigo, que sintetiza lo simbólico y lo instrumental, gracias al rescate, en su análisis, de la dimensión cultural que se encuentra presente en el fenómeno de la penalidad. En otras palabras, lleva adelante su propósito al describir el castigo como un artefacto cultural, que encarna y expresa las formas culturales de la sociedad³⁴. El desarrollo de esta perspectiva es lo que le permitirá señalar, finalmente, que el castigo es una compleja institución social.

En su definición de cultura, GARLAND parte del análisis efectuado por el estudio antropológico de GEERTZ. Entiende por ella una dimensión de la vida social, en un contexto conformador de la acción social y penal. En su esquema analítico, la cultura abarca tanto los fenómenos de conocimiento denominados por él "mentalidades", como aquellos relacionados con el afecto o la emoción: las "sensibilidades". De esta manera, en la cultura se distinguen dos aspectos: por un lado, el cognitivo, que se refiere a todos aquellos conceptos y valores, categorías y distinciones, marcos de ideas y sistemas de creencias (las mentalidades) que se usan para construir el mundo y su representación ordenada y significativa; y, por el otro, el afectivo, esto es, las distintas formas de sentimientos y sensibilidades. Unos y otros se vuelven inseparables³⁵.

Estas sensibilidades y mentalidades (socialmente construidas) tienen implicaciones importantes en las maneras de castigar a los delincuentes. Según GARLAND,

los patrones culturales estructuran las formas en que concebimos a los criminales, proporcionando los marcos intelectuales (científicos, religiosos o de

32 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 103.

33 GARLAND. "Frameworks of inquiry in the sociology of punishment", cit., pp. 3 y 4.

34 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 227.

35 *Ibid.*, pp. 228 y 229.

sentido común) a través de los que vemos a estos individuos, entendemos sus motivaciones y los clasificamos como casos. Dichos patrones también estructuran nuestra forma de sentir respecto de los delincuentes, no sólo mediante los procesos evocadores rituales [...] sino también por medio de la conformación de nuestras sensibilidades³⁶.

En este marco, GARLAND sostiene que el castigo se vuelve una encarnación práctica de algunos de los temas simbólicos, significados y formas específicas de sentir que constituyen la cultura. De esta manera, el castigo está conformado por amplios patrones culturales originados fuera de él, a la vez que genera sus propios significados, valores y sensibilidades que contribuyen, en cierta forma, a establecer el esquema de la cultura dominante. La cultura es tanto “causa” como “efecto” de las instituciones penales³⁷.

En función de todo ello, para GARLAND, el castigo es una institución comunicadora y didáctica, dado que por medio de sus políticas y declaraciones pone en efecto algunas de las categorías y distinciones con las cuales se da significado al mundo. La penalidad actúa como un mecanismo regulador social en dos sentidos: regula la conducta directamente a través del medio físico de la acción social, al igual que regula la conducta con un método diferente basado en la significación. Por lo que, la penalidad no sólo comunica significados acerca del crimen y del castigo, sino también acerca del poder, la autoridad, la legitimidad, la moralidad y muchas otras cuestiones³⁸.

En definitiva, para GARLAND, el castigo es un complejo artefacto cultural que codifica, en sus propias prácticas, signos y símbolos de una cultura más amplia. Entre otras circunstancias, de todo ello lo que es importante tener en cuenta es que esta visión es una propuesta metodológica: un modo de mirar que ayuda a tener acceso a los significados sociales implícitos de la penalidad. Lo que no debe olvidar el hecho de que el castigo también es una red de prácticas materiales sociales y de formas simbólicas, de manera tal que las instituciones penales son parte de una estructura de acción social y un sistema de poder, al mismo tiempo que un elemento significativo dentro de un

36 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 230.

37 *Ibid.*, pp. 290 y 291.

38 *Ibid.*, pp. 293 y 294.

ámbito simbólico³⁹. Y una de esas instituciones penales que conforman la penalidad para él, como ya se señalara, no es otra que la del enjuiciamiento penal.

La penalidad, el enjuiciamiento y el proceso civilizatorio: las obras de ELIAS y SPIERENBURG

El marco teórico de GARLAND se sustenta en los estudios NORBERT ELIAS, al definir éste último cómo se fue desarrollando el proceso de civilización, el que implicó –en la cultura popular– un aumento y diferenciación de los controles impuestos por la sociedad sobre los individuos, y un refinamiento de conducta y mayor nivel de inhibición psicológica en la medida en que las normas de conducta adecuadas se volvieron más exigentes. Parámetro psicológico que toma de FREUD y que, según GARLAND, no se aleja de lo estudiado por FOUCAULT sobre la disciplina y sus efectos⁴⁰. De manera complementaria, GARLAND, rescata el análisis llevado a cabo por SPIERENBURG, al señalar éste cómo las condiciones de seguridad y el uso instrumental del castigo siempre estuvieron en tensión con las fuerzas culturales y psíquicas encargadas de poner límites claros en los tipos y extensión del castigo que se consideraba aceptable, de manera que la sensibilidad influyó claramente en la forma en que se adoptaron los castigos⁴¹.

En definitiva, GARLAND se centra en saber cómo se estructura la sensibilidad y la forma en que ésta cambia con el transcurso del tiempo en tanto ello guarda una relación directa con el concepto de castigo. Esto es, en sus palabras,

el crimen y el castigo son asuntos que provocan una respuesta emocional de parte del público y los involucrados. Los sentimientos de temor, hostilidad, agresión y odio compiten con la piedad, la compasión y el perdón para definir la respuesta adecuada ante un trasgresor de la ley. Más aún, en la medida en que el castigo implica el uso de la violencia o la imposición del dolor y el sufrimiento, su disposición se ve afectada debido a las maneras en

39 *Ibid.*, pp. 233 y 234.

40 *Ibid.*, pp. 254 a 257.

41 DAVID GARLAND. “The punitive mentality: it’s socio-historic development and decline”, *Contemporary Crises*, 10, 1986, p. 316.

que la sensibilidad prevaleciente diferencia entre las formas permitidas y no permitidas de violencia, y a las actitudes culturales en presencia del dolor⁴².

Para realizar un análisis como el semejante, se torna imprescindible pasar a observar las distintas representaciones artísticas o literarias, tal como lo realiza ELIAS en su investigación. Una de las razones de ello es lo que él entiende por cultura; esto es, productos del hombre dotados de realidad, como ser obras de arte, libros, sistemas religiosos o filosóficos. Productos que poseen una particularidad mayor que lo que se puede entender por civilización, ya que ésta puede referirse también a hechos políticos y económicos que no comprenden lo que debe entenderse por lo cultural. La idea de cultura posee un carácter diferenciador y, por lo tanto, de trascendencia a la hora de efectuar un análisis como el que se propusiera⁴³.

De esta manera, por medio del análisis de manuales de etiqueta, textos pedagógicos, novelas, pinturas, periódicos, demandas judiciales, bitácoras de viaje y otros documentos, ELIAS reconstruye las expectativas sociales y las formas de conducta que prevalecieron. A través de cada una de éstas se conformaron una serie de normas de lo que se consideró una sociedad civilizada en la que la violencia se convierte en monopolio de las autoridades reduciéndose los niveles de agresión y aumentando los niveles de paz y seguridad de la vida social⁴⁴. Normas que tuvieron su difusión cultural precisamente a través de cada una de esas fuentes que recién se mencionaran; de allí que su estudio sea por demás relevante. De estas fuentes, el libro tuvo un papel primordial, en tanto el aumento de la demanda de libros en una sociedad –tal como ocurriera– fue, en sí mismo, un signo seguro de un movimiento civilizatorio más intenso. Según ELIAS, es notable la transformación y regulación de los impulsos que requiere tanto el hecho de escribir los libros como el de leerlos⁴⁵.

Dentro de este marco, ELIAS desarrolla una de sus tesis: demostrar que las transformaciones culturales y psíquicas que originan las sensibilidades civilizadas desempeñaron un papel importante en la

42 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 250.

43 NORBERT ELIAS. *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 58.

44 Cfr. *ibid.*, caps. I y II.

45 *Ibid.*, p. 486.

configuración de las instituciones del castigo. Por un lado, en la circunstancia de que el individuo tuvo que aprender a dominarse, a no ser un prisionero de sus pasiones. Sus inclinaciones e impulsos que le pudieran proporcionar placer pasaron a estar más limitados de forma tal que se produjo un proceso de “acortesamiento” en el que la falta de realidad y la violencia se va a buscar en sustitutos tales como los sueños, los libros o los cuadros⁴⁶. Por otro lado, en el proceso de ocultamiento al que se asiste, de traspaso en forma paulatina al espacio “detrás del escenario” tras los muros de las prisiones, de las penas capitales y corporales que se realizaban en público; de manera que el ritual de la muerte judicial, como la demostración del sufrimiento del trasgresor, se convirtieron en actos pocos refinados y de mal gusto (especialmente de la élite social) que llevaron a su sustitución, principalmente, por el encarcelamiento. Es que, en su concepción, tal como lo señala JONATHAN FLETCHER, civilización y violencia no son conceptos opuestos, sino que están íntimamente relacionados⁴⁷.

Esta tesis es tomada y desarrollada por SPIERENBURG, quien analiza con mucho más detalle cómo el fin de las ejecuciones públicas se relaciona con la transformación a largo plazo de la sensibilidad social⁴⁸. Al analizar ello, GARLAND sostiene que, pese a que los cambios funcionales en la organización de la sociedad forman el telón de fondo y establecen las condiciones básicas para el desarrollo penal, fue la evolución en la sensibilidad lo que creó un contexto inmediato para las reformas penales y para un cambio penal⁴⁹.

Uno de los métodos que utiliza SPIERENBURG para lograr analizar estas sensibilidades es tener en cuenta los testimonios que se desprenden de las distintas pinturas de la época. Encuentra que, inicialmente, la sociedad toleraba la imposición del dolor y poseía una manifiesta actitud indiferente hacia el sufrimiento de los convictos⁵⁰.

46 *Ibid.*, p. 459.

47 JONATHAN FLETCHER. *Violence and civilization. An introduction to the work of Norbert Elias, polity*, Cambridge, 1997, p. 54.

48 Cfr. PIETER SPIERENBURG. *The spectacle of suffering. Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the european experience*, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 1984.

49 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 263.

50 SPIERENBURG. *The spectacle of suffering...*, cit., caps. 2 y 3, pp. 13 y ss.

Mas, con posterioridad (hacia la segunda mitad del siglo XVIII), la sensibilidad se verificó en expresiones de repugnancia y ansiedad hacia estas formas de imposición del castigo, especialmente, a la aplicación de la pena de muerte en tanto ésta implicaba crueldad y un trato inhumano hacia el delincuente⁵¹. De esta forma, cambia el drama social que se intentaba reflejar a través de la ceremonia de la ejecución de la pena⁵². Su ocultación, en consideración de SPIERENBURG, fue producto del desarrollo de dos fases. La primera fue producto del surgimiento de una aversión a la visibilidad del castigo físico, lo que llevó a una segunda fase en la que dicha aversión se convirtió en una repugnancia que se propagó e intensificó de manera que este tipo de ejecuciones públicas fueran definitivamente abolidas⁵³.

Como se puede apreciar, SPIERENBURG estudia el tránsito en la supuesta humanización de las penas, no tanto como una tecnología de saber-poder –en términos foucaultianos–, sino como en la consideración de que la seguridad y el uso instrumental del castigo siempre están en tensión con las fuerzas culturales encargadas de imponer límites claros sobre los tipos y la extensión del castigo.

Tal vez, la razón de ello puede ser la afirmación que realiza GARLAND en cuanto que la conducta criminal puede provocar una reacción desmedida de resentimiento y hostilidad con respecto al peligro real que representa. En otras palabras, en el hecho de que en los criminales hay oportunidades que actúan deseos presentes en el inconsciente de ciudadanos respetuosos de la ley, lo que puede explicar la profunda fascinación que ejerce el crimen en muchos, manifestada, por ejemplo, en la atracción que tuvo la novela negra, o las noticias de crímenes y personajes como Jack el Destripador⁵⁴ y CHARLES MANSON, entre otros⁵⁵.

51 SPIERENBURG. *The spectacle of suffering...*, cit., pp. 183 y ss.

52 Ibid., p. 43.

53 Ibid., pp. 204 y 205.

54 Cfr., entre otros estudios al respecto: FARID SAMIR BENAVIDES VANEGAS. *Narraciones y estructuras. Relatos sobre la construcción de la Nación en el Londres Victoriano*. Tesina del Máster Sistema Penal y Problemas Sociales. Universidad de Barcelona, 1998 (inédita). Asimismo, ver JUDITH WALKOWITZ. *La ciudad de las pasiones terribles. Narraciones sobre el peligro sexual en el Londres victoriano*, Serie Feminismos, Instituto de la mujer, Universidad de Valencia, Madrid, Ediciones Cátedra, 1992.

55 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 280.

De allí que la problemática en la que nos adentramos no sólo reposa en un ámbito cultural, sino que también, la explicación de naturaleza psicológica es a tener en consideración⁵⁶. En palabras de GARLAND,

el castigo de otros proporciona cierta medida de gratificación y placer secretos a individuos cuyos impulsos se encuentran sometidos a la represión cultural y para quienes el sistema penal representa una válvula de escape socialmente sancionada para su agresión inconsciente⁵⁷.

Es por todo ello que GARLAND concluye en que

es en el ámbito de la literatura, el teatro y la fantasía donde se encuentran, de la manera más gráfica y penetrante, los rastros del poder simbólico de la prisión, aunque dichos efectos eludan, en general, las herramientas de medición de las ciencias sociales⁵⁸.

Claro que estas palabras están enfocadas a una institución por demás particular de la cuestión criminal: la prisión. No obstante, está claro que ellas aluden en general a toda la problemática de la penalidad y no sólo a un edificio en sí.

Justamente el espectáculo judicial, como fenómeno público en el que la participación ciudadana empezó tener un papel cierto, renació luego de que la publicidad del castigo afectó las sensibilidades culturales que se terminaron de conformar hacia la segunda mitad del siglo XIX. Con el tiempo, el espectáculo cambió de escenario. Fue el enjuiciamiento penal el que cumplió estas funciones dramáticas propias de la ejecución del castigo impuesto. El papel que la tortura y la pena capital del Antiguo Régimen tenían dentro del esquema de poder pasó a estar realizado por el ritual del juicio, el que se correspondía con las nuevas sensibilidades y mentalidades culturales imperantes en el proceso de civilización: el escepticismo en las ejecuciones públicas minaba el orden, en vez de reforzar las normas sociales⁵⁹.

56 Ver, al respecto: PEP GARCÍA-BORÉS y JOAN PUJOL. *Los "no-delinquentes". Cómo los ciudadanos entienden la criminalidad*, Barcelona, Fundación "La Caixa", 1994, pp. 24 a 28.

57 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 280.

58 Ibid., p. 302.

59 Cfr. SPIERENBURG. *The spectacle of suffering...*, cit.; J. M. BEATTIE. *Crime and the courts in England, 1660-1800*, Oxford, Clarendon, 1986; y ELIAS. *El proceso de la civilización*. cit.

En términos de FOUCAULT, la “sombria fiesta punitiva” va extinguiéndose. Desaparece el “espectáculo punitivo”, el cual se convierte en un nuevo acto de administración. Así, el

castigo ha cesado poco a poco de ser teatro. Y todo lo que podía llevar consigo de espectáculo se encontrará en adelante afectado de un índice negativo. Como si las funciones de la ceremonia penal fueran dejando, progresivamente, de ser comprendidas, el rito que ‘cerraba’ el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentescos.

De esta manera, “el castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal”. De allí que será la “publicidad [...] de los debates y de la sentencia”, en donde descansará la luz. Y, con ello, el sitio donde el espectáculo quedará radicado⁶⁰.

La conformación del juicio penal público en los sistemas de enjuiciamiento penal occidentales, entre fines del siglo XVIII y el siguiente, fue una oportunidad para reflejar, de esta manera, la racionalidad imperante en el proceso de imposición del castigo estatal. Las “ceremonias” penales pasaron a ser predecibles, eficaces e incruentas⁶¹. Los procesos rituales del conflicto penal se confinaron al tribunal y a las instancias de condena y sentencia, y no a su ejecución.

Tal como lo describe DOUGLAS HAY, en la sala de audiencia, cada acción de los jueces estaba dirigida por la importancia del espectáculo, en tanto había una conciencia que los tribunales eran plataformas que se dirigían a la multitud. En el procedimiento, dos escenas eran pruebas del poder de los jueces. Por un lado, en el paternalismo en la que dirigían sus instrucciones al jurado que representaba a la comunidad toda y, por el otro, en el poder y la pasión de la venganza justa que implicaba la pena que imponían. En este ritual, se evocaban los más poderosos componentes psíquicos de la religión⁶².

60 FOUCAULT. *Vigilar...*, cit., pp. 16 y 17.

61 GABRIEL IGNACIO ANITUA. “El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado”, en EDMUNDO S. HENDLER (comp.). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 73.

62 DOUGLAS HAY. “Property, authority and the criminal law”, en íd. et al. *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*, Bristol: Allen Lane, 1975, pp. 27 a 29.

Con igual sentido, JEREMY BENTHAM llamaba a aquel lugar en que se desarrollaba esta ceremonia, la sala de audiencia, “el principal teatro de la justicia”, y a la sala del juez, un “pequeño teatro de justicia”⁶³. Esta visión suya se correspondía con la idea de espectáculo que consideraba que tenía que tener el castigo, al considerar a la prisión como un “teatro moral”, cuyas representaciones imprimen el terror al delito⁶⁴. Esta concepción dramática la acentuaba al señalar que

(l)as mismas ficciones teatrales, envueltas en todo aquello que puede mantener la ilusión, son débiles y fugitivas como las sombras, en comparación a esos dramas reales que muestran en su triste verdad los efectos del crimen, la humillación de los culpables, la angustia de sus remordimientos y la catástrofe de su condenación⁶⁵.

Sin embargo, como bien advierte ANITUA, hay un supuesto peligro en que la disposición escénica en sí misma sea una metáfora de la justicia (y de la política), por las diferencias que existirían entre la ficción y la “realidad”. Ejemplifica ello con las palabras de ROUSSEAU, cuando éste realiza una crítica tanto de la analogía del teatro con las actividades sociales, como del teatro mismo, al decir que

¿En qué consiste el talento del comediante? En el arte de fingir; de revestirse de un carácter distinto al suyo, de parecer diferente a cómo se es, de apasionarse a sangre fría, de decir algo distinto de los que se piensa con tanta naturalidad como si se pensara de verdad y, en fin, a olvidar el propio lugar a fuerza de ocupar el de otros⁶⁶.

Peligro que se transformaría en una virtud si dicho “espectáculo” se convierte en una “fiesta”: “convertid a los espectadores en espectáculo, hacedlos actores, haced que cada cual se vea y se guste en los demás para que de ese modo todos se encuentren más unidos”⁶⁷. De allí que,

63 JEREMY BENTHAM. “Rationale of judicial evidence”, en *VI works or Jeremy BENTHAM*, Londres, Boring, 1838-1848, pp. 353 y 354. Citado por BALL. “The Play's...”, cit., p. 86.

64 JEREMY BENTHAM. *El panóptico*, M. J. MIRANDA (trad.), Madrid, La piqueta, 1979 p. 42.

65 JEREMY BENTHAM. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, M. OSSORIO FLORIT (trad.), Buenos Aires, EJE, 1959, p. 156.

66 JEAN JACQUES ROUSSEAU. *Carta a D'Alembert sobre los espectáculos*, Q. CALLE CARABIAS (trad.), Madrid, Tecnos, p. 99.

67 *Ibid.*, p. 156.

para no caer en dicho peligro, el objetivo a perseguir sea comprender al proceso penal como una profunda representación dramática en el que el propio público forme parte también del espectáculo⁶⁸.

El enjuiciamiento penal y la estética

Como se puede apreciar, en términos socio-jurídicos, la principal consecuencia que se desprende de estos estudios es que uno de los elementos que especialmente influyó en el proceso de conformación del enjuiciamiento penal moderno como un espectáculo público no fue otro que en lo que coinciden ELIAS y SPIERENBURG: esto es, en una cuestión estética. De allí que corresponda realizar algunas consideraciones del valor que la estética tiene en un análisis del sistema penal que no sea simplemente normativo.

El valor de la estética para una sociología jurídica del proceso penal

Tal como lo sostiene NIKLAS LUHMANN, el arte debe estar relacionado con la ciencia social. Tanto es así que su esquema teórico se asienta, entre otros pilares, en lo que él llamó en su libro el *Arte como un sistema social*. Allí, él afirma que la ciencia (en este caso la teoría sociológica), debe abrirse a la crítica a través del arte. La ciencia debe ser capaz de observar qué es lo que se presenta como arte. Si bien, a su entender, la teoría sociológica es una “teoría empírica”, lo cierto es que el trabajo de transformar el análisis crítico que surge de la mirada del arte en información puede ser utilizada por la ciencia. En sus palabras, “la asunción de la teoría social que reclama universalidad no puede ignorar la existencia del arte”⁶⁹. Como toda ciencia, la tarea propia del análisis jurídico no puede desprenderse de esta afirmación.

En definitiva, se trata de una cuestión estética. Ésta, si bien disciplina propia de la filosofía, se convierte en estética sociológica cuando

68 GABRIEL IGNACIO ANITUA. *Hacia una formalización de la “video-justicia”. El problema de la televisión de los juicios penales*. Tesina del Máster Sistema Penal y Problemas Sociales, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2000, p. 5.

69 NIKLAS LUHMANN. *Art as a social system*, Stanford, Stanford University Press, 2000, p. 3.

la reflexión sobre el mundo de los sentimientos, de la belleza y del arte se plantea a partir de su estrecha vinculación con las condiciones históricas-sociales de cada momento histórico, esto es, con la realidad social. En este marco, las relaciones entre el arte y la sociedad son recíprocas. Esto es, no sólo cabe pensar en la influencia del contexto social en el arte, sino también en la influencia del arte para con la sociedad. Esta incidencia de la obra artística es, precisamente, una de sus funciones⁷⁰.

Arte y literatura no son otra cosa que manifestaciones de la cultura⁷¹. Según ARNOLD HAUSER, el arte es un vehículo de expresión al conseguir encerrar dentro de sí la suma de experiencias derivada de la práctica existencial e incorporarla a las formas homogéneas de sus representaciones, gracias a la intuición del hombre. Como tal, refleja la realidad del modo más perfecto, vivo y penetrante. En sus palabras,

(e)l arte es una fuente de conocimiento y no sólo por cuanto prosigue directamente la obra de las ciencias, completando sus descubrimientos, [...] sino por cuanto indica los límites ante los cuales fracasa la ciencia, mientras que él penetra allí donde los ulteriores conocimientos sólo pueden adquirirse por caminos que, fuera de él son intransitables⁷².

La literatura es una de sus expresiones. Según JEAN-PAUL SARTRE, la literatura es el acto de escribir con la intención de revelar el mundo, y al hombre que habita en él⁷³. Entre sus géneros, la tragedia y la novela serán más que significativas. Al decir de ROGER CAILLOIS, respecto de esta última,

se apodera de la ciencia, desdeña limitarse a la ficción, emprende la descripción de lo real, y pronto su explicación, o mejor dicho, su desarrollo [...] se esfuerza en representar lo real bajo todos los aspectos, poniendo de relieve su arquitectura, sus conexiones, sus resortes. Con ese fin moviliza los diferentes

70 VICENÇ FURIÓ. *Sociología del arte*, Madrid, Cátedra, 2002, pp. 20 a 22.

71 Cfr. PIERRE BOURDIEU. *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, T. KAUF (trad.); Barcelona, Anagrama, 1995 y MANUEL JOFRÉ. *Teoría literaria y semiótica*, Santiago de Chile, Universidad de La Serena, 1990.

72 ARNOLD HAUSER. *Fundamentos de la sociología del arte*, R. G. COTARELO y V. ROMANO VILLALBA (trads.), Madrid, Guadarrama, 1975 pp. 14 a 16.

73 JEAN-PAUL SARTRE. *¿Qué es la literatura?*, A. BERNÁRDEZ (trad.), Buenos Aires, Losada, 1969 pp. 81 y 147.

aportes de las diversas disciplinas [...] Se propone realmente escribir historia, hacer psicología, sociología [...] (Sus obras) son lisa y llanamente obras de imaginación, compuestas no para agradar o divertir, sino para enseñar, hacer comprender⁷⁴.

En definitiva, tal como lo señala HEIDEGGER, la obra artística hace conocer abiertamente lo otro, revela lo otro; es alegoría. Y, como tal, es símbolo⁷⁵. En función de ello, las significaciones simbólicas que se pueden establecer son más que trascendentes para el conocimiento de la sociología jurídico-penal y, a partir de ésta, para el derecho.

Un símbolo reenvía a dos realidades al mismo tiempo, las que son reunidas en un solo plano y que provienen de órdenes diferentes. Su lógica es la de encontrar equivalencias al establecer una correspondencia entre ellas⁷⁶. El símbolo, como tal, es directo y no requiere una mediación lingüística. Un objeto, o un edificio, se convierten en un símbolo cuando su propia naturaleza es tan clara y está tan profundamente expuesta que brinda un conocimiento de algo mucho mayor ubicado por detrás. Por señalar un ejemplo, en el mundo medieval, la cruz sugiere sufrimiento, expiación y salvación, mientras que la catedral en su totalidad y en sus detalles, es un símbolo del paraíso⁷⁷.

La idea de imagen, como imagen cultural, pasa a ser por ende importante en este sentido. Idea distinta de la que se puede desprender del estudio de la iconología, que como rama de la historia del arte, se ocupa del contenido temático y del significado de las obras de arte en cuanto algo distinto a su forma. Una obra de arte posee una serie de motivos artísticos (y combinaciones de éstos, es decir, composiciones). Esos motivos son portadores de un significado secundario o convencional, los que se constituyen en "imágenes". Las combinaciones de estas "imágenes" son las que estamos acostumbrados a llamar "alegorías". La identificación de "imágenes" y "alegorías" son las que constituyen,

74 ROGER CAILLOIS. *Sociología de la novela*, Buenos Aires, Sur, 1942, pp. 15 y 16.

75 MARTÍN HEIDEGGER. *Arte y poesía*, S. RAMOS (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1997 p. 41.

76 ANTOINE GARAPON. *L'âne portant des reliques: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985, p. 42.

77 YI-FU TUAN. *Space and place. The perspective of experience*, Londres, Edward Arnold, p. 114.

en su sentido estricto, el contenido de la iconología⁷⁸. La comunicación es un efecto que engloba a cada uno de estos conceptos. Es cierto que se presenta cierta dificultad en considerar el lenguaje de las imágenes como comunicativo. Esto es así, ya que mientras el lenguaje sirve únicamente para comunicar, las imágenes cumplen también otras funciones.

Determinar cómo y qué es lo que comunican las imágenes sólo es posible gracias a los instrumentos que brinda la semiótica (entendida ésta como aquellos metalenguajes que intentan indicar y explicar la gran variedad de "lenguajes" a través de los cuales se constituye la cultura⁷⁹), ya que en ella se estudian los procesos culturales como procesos de comunicación, y el sistema de significación que subyace por debajo de ellos. La significación, desarrollada por la teoría de los códigos, y la comunicación, resultado de la teoría de la producción de los signos, son algunos de sus elementos básicos⁸⁰.

La penalidad y su representación artística y literaria

Si bien uno podría escribir largamente sobre la relación entre el arte y la literatura con el derecho, lo cierto es que hay un par de obras que deben ser tenidas en cuenta a la hora de analizar esta vinculación. Es que sirven de referencia para ejemplificar esto que se viene sosteniendo a lo largo de estas líneas: que las mentalidades y las sensibilidades culturales, que conformaron una determinada estética de la sociedad, fueron conformadores de una reducción de la violencia pública en el proceso de conformación del enjuiciamiento penal moderno.

Uno de estos trabajos es el de VICTOR BROMBERT. MASSIMO PAVARINI, en una de sus reflexiones acerca del triunfo de la prisión como medio de castigo, señalaba que para entender sobre ello,

la lectura más clara sea la de VICTOR BOMBERT en *La prison romantique*, o sea, la cultura de los ochocientos, la del siglo de oro de la cárcel, entendida la

78 ERWIN PANOFKY. *Estudios sobre iconología*, B. FERNÁNDEZ (trad.), Madrid, Alianza, 1985 pp. 13 y 16.

79 UMBERTO ECO. *La estructura ausente. Introducción a la semiótica*, 5.ª ed., F. SERRA CANTARELL (trad.), Barcelona, Lumen, 1999 p. 11.

80 UMBERTO ECO. *Tratado general de semiótica*, 2.ª ed., E. MANZANO (trad.), Barcelona, Lumen, 1981 pp. 26 y 34.

segregación carcelaria como una dimensión propia de la nueva sensibilidad romántica. Aquello que en la literatura –de STENDHAL a HUGO, de NERVAL a DOSTOIEWSKI– fue entendido como el lugar simbólico del sueño y de la poesía, y en la cultura más difusa fue apreciado porque era adecuado a la nueva sensibilidad del espíritu: la pena segregadora se oponía al inconveniente espectáculo del suplicio, a la luz del patíbulo en la plaza pública reaccionaba con la penumbra discreta de la celda casi monacal, y a los gritos desgarradores del condenado le sustituía la melancolía del recluso [...] La cárcel triunfó sobre cualquier otra penalidad no sólo por motivos de buena educación, sino también por razones que hoy llamaríamos estéticas⁸¹.

La obra de BROMBERT⁸² es, precisamente, el encuentro del romanticismo literario con la imagen de lo carcelario, de la prisión, del castigo. Pocas obras, sino la única, han abordado tan centralmente esta cuestión. Él parte de una idea, de la existencia de una imagen sobre lo carcelario, la que implica

una dimensión mítica, la presencia de un umbral, de la posibilidad de un pasaje, de una iniciación, de un pasaje desde el interior hacia el exterior, desde el aislamiento a la comunión, del castigo al sufrimiento y redención, de la tristeza al profundo y misterioso júbilo, tal como HUGO asoció con el secreto eterno del cautiverio humano⁸³.

BROMBERT analiza la obra de distintos escritores románticos (entre otros, BOREL, STENDHAL, HUGO, NERVAL, BAUDELAIRE y HUYSMANS) respecto de la imagen de la cárcel. Varios temas aparecían para ellos:

la trágica belleza de la soledad, la glorificación del individuo y el problema de la identidad, la angustia existencial, la exaltación de la rebelión subversiva que acusa a la sociedad ser una prisión y de él convirtiéndose en un héroe con un drama doble de la caída y la redención⁸⁴.

Para ello, parte de dos imágenes. Por un lado, la de la celda. Espacio que PASCAL evocara como “aquella pequeña celda donde él está alo-

81 MASSIMO PAVARINI. “Prólogo”, en IÑAKI RIVERA BEIRAS. *La cárcel en el sistema penal*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 16.

82 VICTOR BROMBERT. *The romantic prison. The french tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1978. Original en francés: *La prison romantique*, Paris, José Corti, 1975.

83 Ibid., pp. 6 y 7.

84 Ibid., p. 9.

jado, que entiendo como el universo” y que terminaba siendo inseparable del castigo capital, inseparable de la esencia de la angustia del hombre. Por el otro lado, la imagen de la prisión por excelencia para el espíritu francés: la Bastilla. Varios factores sociales, políticos, y culturales, durante los inicios del romanticismo, confirmaron el valor figurativo de la prisión como un fuerte, como emblema de la tiranía del antiguo régimen. El mito de la Bastilla implicó una perspectiva diferente y complementaria a la de la celda de detención. Según BROMBERT, ambas imágenes, juntas, permitieron comprender de mejor manera la dialéctica romántica de la prisión como tema⁸⁵.

A partir de estas imágenes realiza su estudio, el que concluye con la idea de qué es lo que significa para él el moderno concepto de la celda de la prisión. Por un lado, la imagen del confinamiento, del aislamiento del individuo, desde una visión, como la de DOSTOIEWSKI. La que debe complementarse con otro modelo, más enigmático y ambivalente, el de KAFKA, que se puede expresar en la idea de que la condición humana implica la interiorización de su propia celda de castigo⁸⁶. La imagen de la prisión evoca a la persona solitaria del escritor dando un vistazo a la luz de su calabozo estrecho, soñando el mandato de su redención, que no le fue conferida. De esta manera, BROMBERT concluye señalando que la conjugación de la idea de redención y del sentido de una soledad inviolable terminó por configurar la imagen de la prisión para la tradición occidental⁸⁷.

Como se podrá apreciar, son oportunas las palabras de GARLAND, al decir que

es en el ámbito de la literatura, el teatro y la fantasía donde se encuentran, de manera más gráfica y penetrante, los rastros del poder simbólico de la prisión, aunque dichos efectos eludan, en general, las herramientas de las ciencias sociales. La proximidad durante doscientos años a estos edificios sigilosos, aunque evocadores, propició que su imagería y la red de emociones que provocaran se incrustaran definitivamente en nuestra cultura. Tanto así que “la prisión” actual es una metáfora fundamental de nuestra imaginación cultural y una característica de nuestras políticas penales⁸⁸.

85 Ibid., pp. 19 y 29.

86 Ibid., pp. 201 y 202.

87 Ibid., p. 207.

88 GARLAND. *Castigo y sociedad moderna...*, cit., p. 302.

El fundamento en el que se basa para señalar esto último es la investigación que llevó adelante JOHN BENDER, en su obra *Imagining the Penitentiary*⁸⁹, la que profundiza y analiza en mejor medida cómo, desde una perspectiva cultural, arte y literatura son medios válidos para el conocimiento propio de la cuestión criminal.

El trabajo de BENDER, profesor de la Universidad de Stanford parte del presupuesto de que el arte y la literatura reflejan instituciones y actitudes: arte, cultura y sociedad no son separables ni se encuentran separadas. Él considera a la literatura y a las artes visuales como formas avanzadas del conocimiento, como instrumentos cognoscitivos que anticipan y contribuyen a la formación de las instituciones. Considera que las novelas son los documentos históricos e ideológicos principales, esto es, los vehículos del cambio social.

En este contexto, su hipótesis de investigación parte de la consideración de que las actitudes en torno de la prisión que se formularan entre 1719 y 1779 en la literatura (especialmente en la ficción en prosa) y el arte sostuvieron y promovieron la concepción y construcción, hacia finales del siglo XVIII de las actuales penitenciarias. En otras palabras, aquellos que narraron el poder del confinamiento para remodelar la personalidad contribuyeron al proceso de representación cultural en el que las prisiones fueron concebidas y reinventadas⁹⁰.

Dos son los paradigmas que le permitieron a BENDER desarrollar esta idea. Por un lado, un modelo descriptivo en el que se observa a la novela y a la prisión como textos sociales autónomos pero comparables, ambos estructurados por un tipo de forma narrativa que trata al mundo material, al carácter, conciencia, personalidad y autoridad de una manera distintiva que él asocia con el realismo de la ficción novelada. Por el otro lado, a partir del segundo paradigma, entiende a la novela como una fuerza constructiva en el ascenso de la penitenciaría. Arte y literatura, más que causas de las instituciones sociales, son usualmente consideradas efectos. Es esto lo que precisamente él intenta objetar. Señala que, en un sentido particular, la novela desarrolló a la penitenciaría a través de la formulación de una idea sobre

89 JOHN BENDER. *Imagining the penitentiary. Fiction and the architecture of mind in eighteenth century England*, Chicago, The University of Chicago Press, 1987.

90 *Ibid.*, p. 1.

ésta, la que estuvo compuesta por una estructura de sentimientos y de actitudes. Él entiende por esta estructura de sentimientos y actitudes, las cualidades que identifica como contenidas en una cultura en un momento determinado y que emergen en un proceso como convenciones que se materializan en las distintas formas literarias y visuales⁹¹.

En este proceso de construcción ficcional de una realidad, BENDER sostiene que la representación que surgió de la novela, la que reestructuró la experiencia caótica de las antiguas prisiones, implicó un nuevo tipo de confinamiento concebido narrativamente a partir del realismo literario: la penitenciaría. Para comprobar esta hipótesis, él analiza no sólo lo escrito por autores como DANIEL DEFOE, JOHN GAY, WILLIAM HOGARTH o HENRY FIELDING, sino también pensadores como ADAM SMITH y JEREMY BENTHAM o arquitectos, como GEORGE DANCE JR⁹².

HACIA UN ENJUICIAMIENTO PENAL CIVILIZADO. HACIA LA INTEGRACIÓN DE LA COMUNIDAD EN MARCO DE EFECTIVA TOLERANCIA

Visto todo ello, es que entonces podemos pasar a responder cuáles pueden ser los caminos que conducen a la construcción de un enjuiciamiento penal civilizado. Si bien pareciera ser que la participación comunitaria, en pos de la búsqueda de su integración, es uno de los caminos principales, lo cierto es que éste no es el único. Para alcanzar el ideal civilizatorio también tiene que tenerse especialmente en cuenta cuáles son los niveles de tolerancia que el sistema penal ha logrado alcanzar.

La participación e integración comunitarias

En una de sus tantas investigaciones sobre estas cuestiones, HENDLER enseña que ya la antigua ordenanza criminal francesa de 1539 distinguía entre los procesos “ordinarios” y “extraordinarios”. Con el tiempo, la ordenanza criminal de 1670 perfeccionaría un sistema en el que

91 *Ibid.*, pp. 4 a 7.

92 *Ibid.*, pp. 11 y ss.

si se estimaba que el hecho no comportaba la imposición de penas corporales o infamantes, se adoptaba la vía “ordinaria” poniendo en libertad bajo caución al acusado, de forma tal que se seguía, por ende, el trámite de la vía civil. De no ser esto así, entonces se avanzaba por el proceso “extraordinario”, característico de la vía penal⁹³.

En sus palabras

la naturaleza civil del proceso “ordinario” era lo que daba nombre a la opción. Se la conocía como la “civilización” del proceso, un dato etimológico que no deja de ser significativo ya que se trata de una expresión de raíz latina que tiene equivalentes en todas las principales lenguas europeas. El francés *civilisation* se corresponde con el inglés *civilization*, con el italiano *civilizzazione*, con el alemán *zivilisation* o con el portugués *civilizacao*. El origen del vocablo aparece señalado por un importante historiador de las “civilizaciones”, FERNAND BRAUDEL, quien puntualiza que el surgimiento del significado actual de la expresión “civilizar” data de 1752. Hasta entonces, advierte tenía significación estrictamente jurídica: la conversión de un proceso penal en otro de carácter civil. El dato puede ser corroborado por una obra específica, el diccionario universal de las expresiones francesas de ANTOINE FURETIÉRE de 1727, en el que se lee: *civiliser*: “Recibir un acusado en proceso ordinario. Cambiar el procedimiento criminal en simple acción civil”⁹⁴.

Estas dos vías de redefinición del conflicto tienen relación con los dos entornos en los que se deslinda el sistema penal: el que lo separa de la venganza indiscriminada y, en el extremo opuesto, el que distingue de los mecanismos compensatorios a favor de la víctima. Tal como lo señala HENDLER, la reacción penal se encuentra bastante próxima a la reacción indiscriminada de la guerra contra el enemigo. Se contraponen a ella en la medida en que un castigo, por cruel o severo que sea, comporta un cierto grado de comprensión hacia quien se condena a sufrirlo. Es en función de ello que él termina sosteniendo que

el derecho penal es lo contrario de la venganza y supone un vínculo de solidaridad”, tratándose de, en todo caso, de “sanciones restitutivas inspiradas en la idea de reponer el estado anterior al delito, propias del derecho privado. La historia de la cultura occidental nos indica, en esa perspectiva, que el tronco jurídico común es, precisamente, el derecho civil [...] Bien podría,

93 EDMUNDO S. HENDLER. “Los caminos del derecho penal (entre la guerra y la ‘civilización’). El derecho penal arcaico. Aproximación desde la etnología”, *NDP 2003-A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 26.

94 *Ibid.*, pp. 26 y 27.

entonces, describirse la ruta seguida por el derecho penal como un camino de retorno a la ‘civilización’, empleado el vocablo en el sentido etimológico referido anteriormente y con el alcance de propiciar el estrechamiento del campo de aplicación de las sanciones penales, ya hace tiempo denunciadas como herramientas crueles de manipulación del poder en la sociedad⁹⁵.

Como se puede apreciar, un sistema de enjuiciamiento que cumpla este vínculo de solidaridad, no puede ser otro que aquél que importe un grado de participación de los miembros de la comunidad. En palabras de HENDLER, “el establecimiento del jurado tendría el sentido de proteger a las capas sociales más débiles frente al poder gobernante, permitiéndoles restringir las atribuciones de este último y preservar sus propias pautas de comportamiento”. Es decir, “asegurar la integración del tribunal con quienes pertenecen al mismo entorno cultural que quienes tienen que ser juzgados”⁹⁶.

Ahora bien, a los fines de alcanzar este ideal civilizatorio no basta simplemente con reforzar la solidaridad y la participación comunitaria, o limitar lo más posible la arbitrariedad. También hay que prestar atención a otro valor tan importante como los anteriores: la tolerancia.

El papel de la intolerancia en el sistema penal

Pocos son los estudios que tuvieron en cuenta el valor de la tolerancia, especialmente, en cuál es la relación de ésta para con el sistema penal. LUIGI FERRAJOLI es uno de ellos. Tal como nos enseñó, la tolerancia

consiste en el respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los correspondientes puntos de vista y de la cual es un corolario nuestro principio de inadmisibilidad de las normas penales constitutivas. La tolerancia puede ser definida como la atribución de idéntico valor a cada persona: mientras, la *intolerancia* es el desvalor asociado a alguna persona por su particular identidad. A la inversa, la esfera de lo *intolerable* es identificable, por oposición, con la de las violaciones de las personas a través de las lesiones intolerables de sus personales identidades⁹⁷.

95 *Ibid.*, pp. 33 y 34.

96 EDMUNDO S. HENDLER. “El significado garantizador del juicio por jurados”, en AA. VV. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 340 y 341.

97 FERRAJOLI. *Derecho y razón...*, cit., p. 906.

No se trata simplemente de reforzar el ideal igualitario el que está detrás de estas palabras, sino también el de respetar a la propia identidad, a la diversidad que la constituye. Más allá de las múltiples lecturas posibles respecto a qué debe entenderse por lo que importa la tolerancia, bien se puede afirmar que ésta consiste en soportar las actitudes y comportamientos de los demás aunque vayan contra lo que consideramos correcto. Implica la paciencia respecto de las creencias y acciones que nos molestan o dañan, de forma tal que se permite y respeta lo ajeno, las conductas distintas a las que uno seguiría o que se puede entender como errónea⁹⁸.

No se puede dejar de reconocer que el valor de la tolerancia tiene profundas raíces sagradas. Sus primeras teorizaciones explícitas, en los albores del liberalismo, tuvo una relación profunda con la cuestión religiosa. No en vano JOHN LOCKE inicia su Carta de la tolerancia señalando que ésta es “la característica principal de la verdadera Iglesia”⁹⁹. Ha sido la tolerancia religiosa antes que la política y la moral, de tal manera que el componente religioso original no se ha desvanecido del todo. Hasta en nuestras sociedades secularizadas de hoy en día, toda tolerancia sigue afirmándose contra creencias trascendentes que se presentan con pretensión de verdad, como monopolios interpretativos de la realidad¹⁰⁰.

Orígenes sagrados que se corresponden a la sacralidad propia del sistema penal, la cual se expresa en su enjuiciamiento, el que se constituye en un claro ritual. En palabras de GARAPON,

el ritual judicial, a través de su espectáculo y de la crueldad que en él se representa, es la reafirmación de la preeminencia del orden sobre el desorden, del Derecho sobre el caos, de la Justicia sobre la falta. Este ritual es entendido gracias al proceso de simbolización que se realiza. Así, la mutación de los intereses de la sociedad, de la forma brutal y psíquica del suplicio y de la muerte en la forma más intelectual y simbólica de la pena, debe ser comprendida como un efecto de la cultura. El ritual judicial, por ende, no es un hecho arcaico, sino todo lo contrario; es el resultado del esfuerzo, largo y frágil, de distanciarse de la venganza primaria y de la violencia como respuesta a éstas¹⁰¹.

98 SALVADOR GINER. “Verdad, tolerancia y virtud republicana”, en MANUEL CRUZ (comp.). *Tolerancia o barbarie*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 120.

99 JOHN LOCKE. *Carta sobre la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 3.

100 GINER. “Verdad, tolerancia y virtud republicana”, cit., p. 126.

101 GARAPON. *L'âne portant des reliques...*, cit., pp. 194 y 195.

Es en este ámbito en el que la tolerancia encuentra el espacio de su desarrollo.

La barbarie, y las conductas que las constituyen, van ligada a la intolerancia. Es en ésta dónde se podrá hallar las fuentes de nuestra incivilización. No se trata simplemente de si el poder se expresa arbitrariamente, sino si la fuente de dicha arbitrariedad, los fundamentos de ésta, residen en una actitud de intolerancia.

Esto nos lleva a un interrogante: la intolerancia, ¿es sólo una actitud, una conducta, o la podemos hallar normativizada, formalizada en las normas y con ello autorizada a ser parte de nuestro sistema penal? Si nuestro sistema penal (y bien se podría afirmar que gran parte de todo el sistema penal latinoamericano) es profundamente autoritario, constituyéndose en un sistema de presos sin condena o en sistemas de enjuiciamiento de características inquisitivas, lo es porque la raíz de la intolerancia se encuentra normativizada y en ninguna ocasión el pensamiento penal de nuestras latitudes la ha puesto de relevancia, ha corrido el velo de su máscara. La intolerancia no es otra cosa más que la sospecha en la cual basamos nuestros sistemas procesales. En palabras de quien escribiera uno de los pocos estudios sobre la intolerancia, ITALO MEREU, “la *sospecha*, que es el geniecillo escondido en la realidad penal y procesal, y la *intolerancia*, que de forma manifiesta o encubierta, declarada o sobreentendida, ha sido siempre la matriz de la cual la sospecha deriva, adquiere fuerza y se nutre”¹⁰².

El secreto evidente: la sospecha

Es en la persistencia en creer que la sospecha es una fuente válida en donde encontraremos respuesta a las razones de por qué las formas autoritarias y arbitrarias de nuestro sistema penal se mantienen inalterables. Sea el concepto de sospecha (tal como ocurre en nuestro sistema procesal penal federal), sea a través de otros conceptos en los que ésta se reformuló, como el concepto de indicio.

Sea cual fuere la forma en que la llamemos, lo cierto es que ésta sólo puede ser traducida como *presunción de culpabilidad*. Es la única manera de hacer inteligible, en términos jurídicos, un concepto que encierra

102 ITALO MEREU. *Historia de la intolerancia en Europa*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 22.

en su etiología un estado de ánimo irracional, motivado por la prevención y que se termina de cristalizar con el castigo. De esta forma, lo que ocurre es que se reconoce una validez jurídica a una distorsionada actitud intolerante frente a un conflicto al que la Justicia es llamada¹⁰³.

Presunción de culpabilidad que no tuvo otro origen que el derecho-deber de la autoridad eclesiástica de sospechar por el bien de la fe. Y al hacerlo, la legitimación no fue otra que hacerlo en nombre de la Justicia, a los fines de recuperar la libertad perdida por las pesadas culpas que se cargaban. En palabras de quien instaurara normativamente el principio de culpabilidad a través de la introducción del concepto de sospecha, el Papa Alejandro III, “Los católicos y los fieles tienen que alzarse con valor y luchar contra los herejes y cismáticos. Y para defender *la justicia y la libertad* de la Iglesia deben oponerse formando *un muro y un baluarte* frente a los ataques de quienes se esfuerzan en desmembrar la sacrosanta Iglesia”¹⁰⁴.

Hacia fines del siglo XII, el Papa Alejandro III basó todo su reinado en un postulado ideológico que él denominó: “justicia y libertad”. No sólo como el elemento central de su acción política, sino también ideológicamente en su lucha contra la herejía. Contra ella era necesaria erigir un *muro* contra los herejes. Para ello, un elemento se hizo necesario en todo su pensamiento: la introducción de la sospecha. Y a partir de ello la verdad pasó a ser una certeza construida ya no sólo desde la duda, sino a partir de una sospecha inicialmente instalada. Así fue como en el Concilio ecuménico latarense de 1179 normativizó el valor y la necesidad de que un proceso se funde en la existencia de una sospecha previa. En sus palabras,

El acusado o el sospechoso de herejía, contra el cual había surgido una gran y vehemente sospecha relacionada con este delito, si durante el proceso abjuró de la herejía recayendo luego en la misma, debe ser juzgado como reincidente por una –por así decirlo– ficción jurídica, incluso antes de su abjuración no se haya probado plenamente en su contra el crimen de su herejía.

Palabras con las que se constituye su *Decretal Accusatus*¹⁰⁵ y con ella la introducción normativa del principio de culpabilidad que se mantiene hasta hoy en día.

103 MEREU. *Historia de la intolerancia en Europa*, cit., p. 27.

104 *Ibid.*, p. 127.

105 *Ibid.*, pp. 127 y 128.

Dos son las tensiones que desde entonces se enfrentan sin fin. Por un lado, la contraposición de la *sospecha* frente a la *verdad*. Por el otro lado, el de la *Justicia* coartando la *libertad*. Sospecha-verdad y Justicia-libertad que se constituyen en las disyuntivas que nutren las formas en que el enjuiciamiento penal tomará lugar para dar respuesta a su objetivo central: el conflicto.

La paradoja a la cual nos acercamos no es menor: los dos principales conceptos que se normativizaron y que se constituyen en los pilares de la introducción del principio de culpabilidad y con ello con la vigencia de sistemas penales inquisitivos no permanecen en secreto, todo lo contrario. Están visibles, son evidentes, tan evidentes y visibles que terminan por no ser vistos. Un ejemplo de ello bien puede ser que ningún estudio uno pueda leer sobre cuál es el valor de que en nuestras normas procesales estén normativizados los conceptos de *sospecha* (fundamental para interrogar y necesaria luego para privar la libertad antes de una condena) y de *justicia* (gracias al cual se construyó la idea de que ésta puede ser eludida y con ello terminar de confirmar la pérdida de libertad). Las ideas de Alejandro III permanecen inalteradas.

Y una de las razones para que ello sea así es porque con posterioridad a la introducción del concepto sospecha, éste encontró varias formas de camuflarse. En palabras de MEREU,

fue una gran operación de adaptación a la que se dedicaron de inmediato los glosadores de los *Decretales*, partiendo a la caza de los signos jurídicos que tuvieran mayor posibilidad de ser “aprehendidos” y adoptados transformando su estructura. La sospecha tenía una imperiosa necesidad de camuflaje jurídico. Precisamente entonces, cuando se publicó la *Accusatus*, comenzaba a difundirse el estudio del *Digesto* en las universidades, y el hecho de presentar el principio de culpabilidad confiado exclusivamente al arbitrio de la autoridad, debía parecer, incluso entonces y pese a la justificación ideológica religiosa, algo anormal. Había que acompañar, pues, el término “sospecha” de un nombre jurídicamente menos explícito y comprometedor. Y he aquí que nuestros glosadores adoptarán el signo *praesumptio* (presunción) [...] y afirmarán que su significado es idéntico al de sospecha¹⁰⁶.

Con posterioridad, otra variante fue formalizada: la del indicio. Cada uno de estos conceptos inmediatamente fueron adjetivizados, como

106 *Ibid.*, p. 142.

por ejemplo con la adjetivización “vehemente”, con la sola intención de continuar con este proceso de que lo evidente no fuera perceptible.

Si bien surge de manera palmaria que la normativización de los conceptos de *sospecha* y *justicia* lleva a que éstos sean pensados respecto de cuál es el valor de la verdad en el proceso penal o los alcances de la libertad durante el procedimiento, lo cierto es que a partir de aquí surgió un sistema penal cuyo enjuiciamiento careció de los elementos propios de la civilización. Por lo pronto, fue absolutamente intolerante.

El ritual de la intolerancia: confesión y culpabilidad

La introducción de este principio de culpabilidad se materializó en el ritual judicial. La confesión era su acto central. No sólo por el interrogatorio que la antecedía, sino que se terminaba constituyendo en la confirmación de la existencia de un delito y con ello, del castigo. Hasta la contumacia toma su lugar en este escenario. En la *Decretal* se leía: “Cuando la contumacia [...] añade a la sospecha la presunción vehemente (de culpa), si la persona sospechosa de herejía, convocada por vosotros para testimoniar su fe, elude la orden o se muestra contumaz, deberá ser castigada”¹⁰⁷.

Un viejo proverbio francés señala que “quien se acusa, se excusa”. Es que el acto de representación confesional a través del cual se reconoce la culpabilidad siempre se caracteriza por un doble aspecto: por un lado, se reconoce la comisión de un “pecado”, por el otro, ese reconocimiento implica otro sentido, el de solicitar la absolución de ese “pecado”¹⁰⁸. De manera paralela, es PAUL DE MAN uno de los que recuerda que “quien se excusa, se acusa”. Esto es, que el acto por el cual uno señala su inocencia sirve para incriminarse a uno mismo. Ello es así, por los sentidos propios del lenguaje: no sólo por la cognición que se desprende del contenido de sus palabras, sino también por el aspecto performativo propio de todo acto del habla¹⁰⁹.

107 MEREU. *Historia de la intolerancia en Europa*, cit., p. 252.

108 PETER BROOKS. *Troubling confessions. Speaking Guilt in law & literature*, Chicago y Londres, University of Chicago Press, 2000, p. 21.

109 PAUL DE MAN. *Allegories of reading: Figural language in Rousseau, Nietzsche, Rilke and Proust*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 299 y 300.

Confesor y confesante, desde un plano religioso; sospechoso e interrogador, en un plano judicial; y paciente y analista, desde un plano psicoanalítico, intervienen, todos ellos, en un diálogo revelador en el que, al producirse la confesión, el confesante y a través de él la sociedad toda, se reaseguran que pueden tener su conciencia tranquila con el juzgamiento que realizaron. En definitiva, no importa en qué plano de la confesión uno se encuentre, lo cierto es que ésta se constituye como un ritual cultural¹¹⁰.

A partir de esta necesidad de la confesión, y en su época de la tortura como método, las prácticas judiciales tomaron nuevas formas a la hora de buscar el reconocimiento de culpabilidad del sujeto acusado. Ya no necesariamente a través de formas violentas, sino de mecanismos mucho más sutiles que pasaron a indagar más sobre la conciencia que sobre el cuerpo.

En palabras de MICHEL FOUCAULT, el acto de confesar se constituyó en

un ritual que se despliega en una relación de poder, pues no se confiesa sin la presencia al menos virtual de otro, que no es simplemente el interlocutor sino la instancia que requiere la confesión, la impone, la aprecia e interviene para juzgar, castigar, perdonar, consolar, reconciliar; un ritual donde la verdad se autentifica gracias al obstáculo y las resistencias que ha tenido que vencer para formularse; un ritual, finalmente, donde la sola enunciación, independientemente de sus consecuencias externas, produce en el que la articula modificaciones intrínsecas: lo torna inocente, lo redime, lo purifica, lo descarga de sus faltas, lo libera, le promete la salvación¹¹¹.

El valor que este ritual tuvo y aún mantiene en nuestra cultura jurídica occidental se encuentra, especialmente, en la vigencia de demandar u obtener, no importa de qué manera, una confesión por parte del criminal convicto; quien será condenado con o sin ella, de forma tal que se reconozca la necesidad de la sociedad en confirmar sus asignaciones de culpas y castigos y, a través de ello, tal vez de un deseo generalizado de transparencia. Mas no una transparencia que haga vi-

110 BROOKS. *Troubling confessions...*, cit., pp. 6 y 144.

111 MICHEL FOUCAULT. *Historia de la sexualidad*, t. 1: “La voluntad de saber”, México D. F., Siglo XXI, 1999, p. 78.

sible el espectáculo del ritual judicial, sino una transparencia que tiene como misión la abolición de todas las zonas de privacidad alrededor del individuo. En otras palabras, del propósito de que su conciencia pueda ser observada por todos, en las que no puede haber zonas de oscuridad¹¹².

En este ritual, la verdad no está garantizada por la autoridad de la magistratura ni por la tradición que se transmite, sino por el vínculo, la pertenencia esencial en el discurso entre quien habla y aquello de lo que habla. Por contrapartida, el espacio de dominación no está del lado del que habla (en tanto es el sujeto coercionado), sino del que escucha y se calla; no del lado del que sabe y formula una respuesta, sino del que interroga y no pasa por saber. Con ello, en este discurso los efectos son sobre aquél a quien le es arrancada la verdad oculta y no en quien la recibe¹¹³.

Al acontecer esto, una vez que se ha eliminado la posibilidad de estar frente a un inocente, al descartar la idea de que sería injusto aplicar un castigo, uno puede avanzar en la misión de juzgar con una sensación de alivio y placer. El problema en ser un juez es que las sentencias que pronuncia en otros pueden volverse en contra de sí mismo, puede provocar que se conviertan en objeto de su arrepentimiento. La forma en que ello no ocurra es que primero el que juzga reúna los crímenes en su conciencia, de forma tal que la asignación de responsabilidad no sea la destrucción de una inocencia, sino la confirmación de una culpabilidad¹¹⁴.

Las necesidades tanto de establecer un valor positivo en el discurso confesional, como la demanda de transparencia, esto es la búsqueda de observar más allá de cualquier espacio de secreto, se constituyen en elementos necesarios para ponderar en cualquier situación en la que alguien es sospechoso de ser culpable. Al ocurrir esto, el sospechoso está llamado a confesar. Mantenerse en silencio es una circunstancia que requiere un esfuerzo radical de la voluntad: toda la cultura presiona a hablar¹¹⁵. En definitiva, tal como lo sostiene Peter

112 BROOKS. *Troubling confessions...*, cit., pp. 160 y 163.

113 FOUCAULT. *Historia de la sexualidad*, cit., p. 79.

114 BROOKS. *Troubling confessions...*, cit., p. 164.

115 *Ibid.*, p. 168.

BROOKS, tanto la confesión, como el medio a través del cual se llega a ella, el interrogatorio, terminan constituyéndose en instancias igual de fascinantes y repulsivas que el castigo capital, la tortura o la cárcel: si bien no podemos dejar de verlos, al hacerlo somos profundamente perturbados¹¹⁶.

Reflexión final

Es por todo ello que si pretendemos ser civilizados reclamando la existencia de un principio de inocencia, de tolerancia y de no arbitrariedad como pilares fundamentales de nuestro enjuiciamiento penal y con ello, de nuestro sistema penal, es que tenemos que recordar que mientras se mantenga inalterado las formas en las que se expresa esta sospecha constitutiva del principio de culpabilidad, estos valores sólo quedarán como una declamación. Por lo pronto, no se podrá cumplir aquello a lo que está llamado todo enjuiciamiento penal respetuoso de las garantías: ser una instancia de civilización y de reintegración comunitaria frente a los conflictos que las partes entre sí no pueden llegar por sí solas a una respuesta que les permita superar dicho conflicto.

116 *Ibid.*, p. 171.

