ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

29

Ano 8 • janeiro-março de 2000

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 8 • n. 29 • janeiro-março de 2000

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678
Tel. (11) 3115-2433 • Fax (11) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
E-mail: revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Segmento Produções Gráficas Ltda. – Rua Vespasiano, 138
Vila Romana – CEP 05044-050 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: IBS

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Tive a boa sorte de ouvir do Professor Manoel Pedro Pimentel suas últimas aulas na Faculdade de Direito da USP. A lembrança mais marcante não vem da explicação de alguma teoria ou do detalhamento de um conceito jurídico. Diz respeito a um conselho e ao olhar que o envolvia. O olhar era quase triste. Alertava ele, talvez sem muita esperança de convencer: não se transformem em Carolinas.

O alerta fez pleno sentido depois de alguns anos, quando o cenário do mundo jurídico revelou-se bem adequado à inserção da personagem da música do Chico Buarque, aquela que não viu o tempo passar na janela. Temia o Professor que seus alunos, uma vez diplomados, bacharelados e concursados, se concentrassem tanto nas construções teóricas, nas versões dos processos, dos livros e dos Códigos, que viessem a perder o pulsar do tempo e da rua, aquele pulsar que Carolina não viu.

1985 foi o último ano em que o Professor Manoel Pedro Pimentel lecionou na Faculdade de Direito da USP. Naquela época, como hoje, a disciplina Criminologia era matéria optativa para os alunos do 5° ano. De fato, poucas são as faculdades de Direito na América Latina em que a Criminologia integra a grade curricular. E quando o faz, é com timidez, quase que a pedir licença à dogmática, quase a se escusar por tomar algum espaço da "verdadeira" ciência penal.

Embora as chamadas ciências penais sejam integradas, em seu marco mínimo, pela dogmática, pela política criminal e pela criminologia, a percepção dogmática do direito penal é privilegiada nos cursos superiores. Com os olhos assim treinados, o jurista se debruça sobre a realidade para enquadrá-la nas categorias que aprendeu. Se o terno e a gravata por vezes o incomodam, principalmente nos primeiros usos, incomodidade ainda maior devem sentir os fatos da vida, desconfortáveis em roupagem tão formal. E é exatamente aí onde o saber criminológico encontra o seu papel essencial: não o de destruir o formalismo das construções jurídicas mas, sim, o de comprometê-las com a realidade.

O jurista que se permite envolver com importantes questões criminológicas – a visão do crime como problema, a seletividade e a falibilidade do aparato repressor formal, o enfoque vitimológico, o controle social, a relação do fenômeno da criminalidade com a identidade social e com os aspectos econômicos, dentre outras – retorna aos seus processos, aos seus códigos, às suas audiências, com uma visão mais ampla. É capaz de avaliar o contexto em que está inserido e, sobretudo, os limites de suas possibilidades. E se for verdadeiramente bem-intencionado, voltará à sua lida com mais humildade. Se a reconstrução jurídica dos fatos (aquela que transforma a subtração do objeto pertencente a José por João na infração do artigo 155 do CP) requer alguma teorização, a visão criminológica serve de lastro ao operador do direito que, assim, não poderá afastar-se em demasia da realidade. E, comprometido com seu entorno, terá sua atuação profissional orientada por uma convicção: se o sistema de justiça criminal não oferece a solução ideal, que, ao menos, não agrave o problema.

A criminologia, por seu conteúdo instigante, mas também por seu método, necessariamente interdisciplinar, guarda a vocação de ser fator de mudança até mesmo no campo pessoal: Por seu conteúdo, traz sempre novas interrogações, estimulando o movimento para adiante. Por seu método, rechaça a auto-suficiência e ensina o caminho da tolerância.

Por isso tudo é que, inaugurando este ano emblemático, a Revista Brasileira de Ciências Criminais vem dedicada a atuais temas de criminologia. São vários os enfoques e os conteúdos que enriquecem o processo de conhecimento acerca da criminalidade. Os excelentes artigos e ensaios aqui reunidos trazem uma mostra estimulante das possibilidades e da amplitude da criminologia atual. Aqui, a abordagem criminológica não precisa pedir licença à dogmática para ocupar um lugar de destaque!

O século que termina despontou sob a influência da Escola Positivista. O fenômeno da criminalidade demandava uma explicação. Nestes cem anos acumulou-se uma quantidade enorme de informações e teorias. Vistos ora como doentes ou inimigos, ora como heróis da resistência, aqueles que ficaram nas malhas do sistema de justiça criminal foram perscrutados por todos os lados até que o próprio contexto social passou a ser objeto de estudo. Empolgação e ceticismo sucedem-se no debate que admite qualquer tom menos a indiferença. A ausência de certezas e de conclusões definitivas não impede o reconhecimento do *status* de ciência à criminologia: o universo humano sempre vai guardar seus mistérios.

Vivemos um período em que a demanda por mais segurança muitas vezes se confunde com a demanda por uma maior eficácia do sistema penal e em que esta se confunde com a demanda por um maior rigor deste mesmo sistema, ainda vocacionado para a persecução dos menos favorecidos economicamente. Os desafios esbarram na ausência de uma resposta única. Em meio a tantas incertezas (houve já quem afirmasse que retornamos à estaca zero do saber criminológico) surge um terreno sólido: a análise do problema da criminalidade não pode ser feita de maneira setorial. Ou se constrói um enfoque abrangente, que se deixa enriquecer pelos conhecimentos advindos das mais diversas áreas, ou a visão estritamente jurídica do problema da criminalidade padecerá da inanição. É isso, afinal, o que se pretende com este número especial da RBCCrim: alimentar o espírito daqueles que buscam soluções mais justas, mais completas, mais coerentes com o tempo que escapou da percepção da pobre Carolina.

Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diretora da RBCCrim

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 03

COLABORADORES 07

TEMAS ATUAIS DE CRIMINOLOGIA

1. Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual – ALBERTO M. BINDER 11
2. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales – ALESSANDRO BARATTA 27
3. "Segurança pública", prevenção e movimento feminista: uma aproximação ao caso alemão – ANA LUCIA SABADELL 53
4. El nuevo ciudadano responsable y solidario: el partenario. Reflexión criminológica/victimológica – ANTONIO BERISTAIN 69
5. Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción; el caso de la política de tolerancia cero – BERNARDO ROMERO VÁZQUEZ 85
6. Las cárceles de América Latina: ¿qué ofrecen para el tercer milenio? – CARLOS ALBERTO ELBERT 107
7. Caso do Carandiru: um estudo sociojurídico (1.ª parte) – CESAR CALDEIRA 129
8. Da prevenção penal à "nova prevenção" – CRISTINA ZACKSESKI 167
9. Ruptura o continuidad: problemas epistemológicos de la criminología de fin de siglo – DANIEL NINA 193
10. Da "política criminal" à política da igualidade – DIMITRI DIMOULIS 209
11. Relaciones peligrosas: género y derecho penal – ENCARNA BODELÓN .. 233
12. La ingeniería institucional criminal. Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre derecho penal y politología – EUGENIO RAÚL ZAFFARONI 247
13. La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación – FRANCESC BARATA 255
14. Ensaio sobre a história da criminologia comparada a da psiquiatria – JOE TENNYSON VELO 269
15. A Justiça Militar no Estado de Pernambuco pós-regime militar: um legado autoritário – JORGE ZAVERUCHA 301
16. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas – MARIA LÚCIA KARAM 331
17. Execução penal e falência do sistema carcerário – MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA 351
18. "Também morre quem atira". Risco de uma pessoa que possui arma de fogo ser vítima fatal de um roubo – RENATO SÉRGIO DE LIMA, JACQUELINE SINHORETTO, LUCI GATI PIETROCOLLA 365

19. La violencia desde la perspectiva de la salud pública. La experiencia de Cali, Colombia – RODRIGO GUERRERO 375
20. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei 9.009/95, sob a perspectiva criminológia – SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA 401

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 413

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 30 • abril-junho • 2000

• **O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois**
Ada Pellegrini Grinover

• **Privação e delinqüência**
Alvino Augusto de Sá

• **Direito e sofrimento mental**
Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior

• **De como o estatuto do tribunal internacional penal certifica um novo modelo de direito penal**
Maria Leonor Machado Esteves de Campos e Assunção

• **Ruy Barbosa e o processo Dreyfus**
René Ariel Dotti

COLABORADORES

ALBERTO M. BINDER

Diretor do Instituto de Estudos Comparados em Ciências Penais e Sociais (INECIP), Buenos Aires, Argentina. Professor de direito processual penal e pós-graduado nas Universidades de Buenos Aires, San Juan Bosco de la Patagonia y Zulia, Maracaibo, Venezuela. Assessor dos programas de reforma judicial de Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Venezuela, Paraguai, Bolívia, República Dominicana, Chile, Haití e Argentina.

ALESSANDRO BARATTA

Catedrático de sociologia do direito na Faculdade de Direito da Universidade do Sarre (Alemanha). Co-diretor do "Institut für Rechts- und Sozialphilosophie" da Faculdade de Direito da Universidade do Sarre (Alemanha). Coordenador do Curso (Programa Erasmus de Rotterdam) de Criminologia "Criminal Justice and Critical Criminology" e professor do referido curso na Alemanha. Doutor *honoris causa* pela Universidade de Lecce (Itália - 1999).

ANA LÚCIA SABADELL

Mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Barcelona (Espanha) diplomada em Criminologia pelo Programa Erasmus de Rotterdam "Criminal Justice and Critical Criminology" da Comunidade Européia. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Sarre (Alemanha). Foi pesquisadora e assistente do "Institut für Rechts-und Sozialphilosophie" da Faculdade de Direito da Universidade do Sarre (Alemanha). Atualmente é pesquisadora e professora do curso de mestrado e graduação em direito da Universidade Bandeirante de São Paulo.

ANTONIO BERISTAIN

Diretor do Instituto Vasco de Criminologia - San Sebastián (Espanha).

BERNADO ROMERO VÁZQUEZ

Professor investigador da Universidade Autónoma de Querétaro e membro do Sistema Nacional de investigadores.

CARLOS ALBERTO ELBERT

Professor de Criminologia, Universidade Nacional de Buenos Aires.

CESAR CALDEIRA

Professor de Direito da Universidade Candido Mendes-Ipanema e da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade do Rio de Janeiro (UNI-RIO). Mestre em Direito pela Yale University.

CRISTINA ZACKSESKI

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professora de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília.

DANIEL NINA

Ph.D - Em Direito e Teoria Social - Universidade de Kent, Inglaterra (1991). LLM - Em direito internacional e comparado - Notre Dame Universidade (1987). JD - Juris Doctor - Universidade de Porto Rico (1983). MA - Relações Internacionais - Nova York Universidade (1983). BA - Em Ciências Políticas - Universidade de Porto Rico (1981).

DIMITRI DIMOULIS

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Sorbonne (Paris- França). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Sarre (Saarbrücken-Alemanha). Foi Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Sarre e pesquisador do Institut für Rechts- und Sozialphilosophie (Universidade do Sarre). Professor de criminologia do programa Erasmus de Rotterdam "Criminal Justice and Critical criminology" da comunidade Européia, na Universidade do Sarre (Alemanha). Professor de Direito Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Metz (França). Atualmente pesquisador e professor do curso de Mestrado e graduação em Direito da Universidade Bandeirante de São Paulo.

ENCARNA BODELÓN

Doutora em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Barcelona (Espanha). Professora de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Barcelona. Professora de Criminologia do programa Erasmus de Rottedram "Criminal justice and Critical Criminology" da Comunidade Européia na Universidade de Barcelona (Espanha).

EUGENIO RAÚL ZAFARONI

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito e Ciências Sociais, e Professor Titular de Criminologia da Faculdade de Psicologia da Universidade Nacional de Buenos Aires. Secretario da Associação Internacional de Direito Penal.

FRANCESC BARATA

Jornalista e professor da Universidade de Ciências da Comunicação Ramon Llull, de Barcelona.

JACQUELINE SINHORETTO

Coordenadora de Pesquisa do Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM.

JOE TENNYSON VELO

Advogado criminal em Curitiba. Professor de Direito Penal e de Criminologia na Universidade Tuiuti do Paraná e na PUC do Paraná. Mestre em Direito Público.

JORGE ZAVERUCHA

Doutor em Ciências Políticas pela Universidade de Chicago e Pós-Doutor em Ciência Política pela Universidade do Texas-Austin. Atualmente leciona no Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

LUCI GATI PIETROCOLLA

Diretora do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

MARIA LÚCIA KARAM

Ex-Defensora Pública e Juíza de Direito no Estado do Rio de Janeiro. Atualmente Juíza-Auditora Substituta da Justiça Militar Federal. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Associação Juízes para a Democracia e do Instituto Carioca de Criminologia.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

Advogada. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo.

RENATO SÉRGIO DE LIMA

Técnico da fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade, consultor da pesquisa para desenvolvimento da metodologia aplicada

RODRIGO GUERRERO

Ex-prefeito de Cali.

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Professor da Universidade de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

1

ENTRE LA DEMOCRACIA Y LA EXCLUSIÓN: LA LUCHA POR LA LEGALIDAD EN UNA SOCIEDAD DESIGUAL

ALBERTO M. BINDER

SUMÁRIO: 1. Las buenas razones para no confiar en la ley y en los sistemas judiciales – 2. La perdida de fuerza normativa de la ley. Ideales éticos y desesperanza – 3. Razones para no ser violentos. La profundización de la democracia – 4. La lucha por el derecho: un enfoque radical – 5. Los sistemas judiciales como nuevos espacios de lucha política.

Resumen: El incumplimiento generalizado de la ley y la impunidad estructural que se vive en América Latina nos deben llevar a pensar, como antaño, el problema de la legalidad desde una perspectiva política. Debemos asumir que los ciudadanos tienen muy buenas razones para desconfiar de la ley y los jueces. Sin embargo, el desarrollo y la profundización de la democracia en el contexto de sociedades desiguales que excluyen de la vida económica y política a millones de personas, requieren un renovado entusiasmo por la legalidad. Para ello se debe volver a construir un discurso y una práctica comprometida y audaz. Radicalizar la lucha por la legalidad y reconocer que los sistemas judiciales son nuevos espacios de lucha política son los primeros pasos para que el imperio de la ley se vuelva un objetivo y un proyecto político que pueda entusiasmar a las nuevas generaciones latinoamericanas.

Palavras-chave: América Latina – Sociedade – Desigualdade – Democracia – Impunidade.

1. Las buenas razones para no confiar en la ley y en los sistemas judiciales

No es fácil creer en la ley en América Latina. No es fácil hacerlo cuando ella convive tranquila – y a veces sin inmutarse siquiera – con situaciones de desigualdad, exclusión y pobreza que poco tienen que ver con la igualdad, la libertad y la dignidad de los seres humanos y menos aún con la pretensión de generalidad de la ley. Más difícil todavía es argumentar a favor de ella. Si se trata de una persona joven, quizás de una o varias generaciones enteras, que no han tenido experiencia directa de las dictaduras militares y los momentos de gran opresión, la ley y el Derecho pueden llegar a ser palabras sin sentido, meras fórmulas vacías que justifican el trabajo del abogado, pero que a nadie conmueven.

De un modo u otro, la lucha por el cumplimiento de la ley no entusiasma a grandes sectores sociales y en especial a las nuevas generaciones. Para otros tantos, es una palabra bonita o "seria", pero que carece de fuerza política. En el mejor de los casos, un ideal ético o una buena costumbre que habla bien de quien cree en ellas pero que a nadie perturba o moviliza con profundidad.

La perdida de la fuerza política de la ley o, lo que es lo mismo, la perdida de su fuerza normativa, es una de las grandes calamidades de nuestra región, una verdadera peste, que todos conocemos con el nombre de *impunidad estructural*. Esta impunidad, a la que ya nos hemos acostumbrado, es la contracara de la República, porque encubre al poder concentrado y su distribución de privilegios; es la contracara de la democracia, porque torna inútil los pactos políticos y la actividad parlamentaria y es la burla más hiriente del Estado de Derecho porque lo convierte en una fachada o una máscara que oculta el abuso de poder. Se podrá decir que esta descripción es exagerada o puramente literaria y que nada es blanco o negro en los procesos sociales o políticos. Por supuesto que es así. La realidad es variopinta, pero de lo que se trata es de abandonar el tono neutro y tímido y falsamente académico cuando hablamos de los problemas del cumplimiento de la ley y recuperar el "lenguaje fuerte o recio" que usaban quienes realmente creían que la ley podría ser un instrumento idóneo para la construcción de una sociedad republicana, democrática, regida por la razonabilidad de la actuación pública y al servicio de la igualdad y la libertad de todos los hombres y no sólo de algunos. Verdades e ideales de a puño, que nos hemos acostumbrado a convertir en frases de cortesía o notas al pie de página o clases aburridas frente a alumnos más aburridos todavía.

Es común atribuir este problema a un defecto de los ciudadanos. La falta de educación cívica, las tendencias autoritarias o populistas que nacen de la propia cultura, la comodidad de la sumisión, el sentido mesiánico que produce lideres carismáticos, el egoísmo, la desarticulación social, el analfabetismo y otros males de la gente son los que causan este descreimiento ante la ley. Por el contrario, las personas cultas, los líderes políticos, los intelectuales comprometidos, los sectores empresarios, los funcionarios del Estado y otros grupos sociales con "conciencia cívica", son quienes proclaman el cumplimiento de la ley. En los últimos tiempos esto se ha intensificado con los reclamos de seguridad jurídica que provienen de muchos de esos sectores, como una condición ineludible del crecimiento y el desarrollo social. Nada más alejado de la realidad. En un sentido o en otro. Justamente son los sectores dirigentes de nuestras sociedades quienes proclaman la inutilidad de la ley (que muchos de ellos provocan o agravan) o se han acostumbrado a convivir con instituciones que no se aplican, se aplican malamente o de un modo totalmente distorsionado.

Ello podría haber generado una sociedad con pocas leyes y con pocos discursos "institucionalistas". Pero no es así. Al contrario, vivimos en una sociedad donde el incumplimiento sistemático de la ley se oculta tras una cortina de normatividad profusa. Muchas leyes que nadie conoce y nadie aplica. Un orden jurídico "gaseoso", una producción normativa descontrolada y muchas veces irresponsable y una técnica legislativa confusa y favorecedora de la litigiosidad. Tras esta cortina de humo, producida por la "inflación legislativa", ha nacido, crece y se reproduce la sociedad de privilegios, cuya peor versión es la exclusión social de grandes sectores de la población y cuya mayor insensatez es la exclusión,

a veces masiva, de las nuevas generaciones. Como piensa el Niño Remigio, el personaje de Manuel Scorza, "el peor de los castigos es la exclusión. El animal que ha inventado la risa necesita un eco".[1]

El ciudadano común que no cree en la ley y desconfía de los sistemas judiciales tiene muy buenas razones para hacerlo. Solo le basta mirar a su alrededor. Allí descubrirá que los derechos más elementales no se cumplen. Por ejemplo, que las Constituciones obligan, bien o mal, a una salario digno y luego las condiciones de trabajo son lindantes con la esclavitud. O que la niñez está protegida por códigos enteros y luego pocos pueden ir a la escuela y muchos deben trabajar o conseguir su sustento en las calles. O que se proclama el derecho a la salud y luego no hay un hospital donde ir. Se proclama la igualdad de la mujer y la vida cotidiana la desmiente cotidianamente. Las leyes obligan a pagar impuestos que no se pagan. Obliga a imponer castigos que no se imponen o no se cumplen. Todo esto en un nivel muy básico y muy evidente. Se dirá – y es un tema central de discusión política en América Latina – que nuestras leyes no tienen sentido de realidad o que existe una discordancia fundamental entre la visión del hombre de la legislación y la concepción de la actividad económica. Se dirá también que, en realidad, las condiciones de producción de riqueza hoy permiten cumplir con lo que las leyes proclaman, pero el grado de desarrollo ético de la sociedad es muy distinto a su capacidad tecnológica. En fin, se puede discutir este problema desde muy variados ángulos, pero todos ellos parten de una evidencia, casi física, de que muchas leyes elementales y fundamentales no se cumplen, se hace poco para hacerlas cumplir y ya estamos acostumbrados a que esto sea así. Este ciudadano que observa sin mucho esfuerzo esta realidad, si agudiza su mirada, podrá observar que además los abogados justifican estos incumplimientos e, incluso, llegan a construir teorías prestigiosas para demostrar que es correcto que no se cumplan o explican el Derecho sin advertir el carácter estructural de su ineficacia. Además, podrá ver a decenas de miles de estudiantes de abogacía que pasan años en las escuelas de leyes sin inmutarse por este incumplimiento endémico y masivo de la ley. A veces ni siquiera toman nota de ello y se sorprenden cuando deben asesorar sus primeros casos profesionales.

Este fenómeno puede llevar a situaciones límite. Como señala Carlos Nino, "la existencia en la sociedad argentina de una pronunciada tendencia general a la ilegalidad y a la anomia resulta bastante fácil de percibir. Es suficiente con tener presente la forma en que se violaron masivamente los derechos humanos en la década del 70 a través de un terrorismo de Estado que desconoció la propia legalidad impuesta por el régimen militar."[2] Palabras más o palabras menos esta descripción se puede aplicar a casi todos los países de América Latina. No sólo hemos tenido una historia de dictaduras y golpes de Estado, de quiebres institucionales variados y de violencia, sino de dictaduras que no respetaban sus propias reglas, de regímenes fraudulentos que terminaban por hacerse trampa a sí

(1) SCORZA, Manuel. *Garabombo el invisible*. Caracas : Monte Avila, 1977, p. 207.

(2) NINO, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires : Emece, 1992, p. 25.

mismos, de ordenes jurídicos construidos a fuerza de decretos del Poder Ejecutivo o leyes de privilegio, que luego tampoco se cumplían, en un juego de espejos al infinito, que marca la profundidad y la gravedad del incumplimiento de la ley en nuestra región.

La contracara de esta realidad anómica es la debilidad de nuestros sistemas judiciales. Debilidad de la ley y debilidad de los jueces son dos miradas sobre el mismo fenómeno y es muy difícil saber cual comenzó primero. La debilidad del Poder Judicial en América Latina es histórica y responde a su proceso de formación institucional. La "justicia del rey", trasladada por españoles, portugueses y franceses, ratificada a lo largo de las centurias, funcional a los intereses coloniales y a la concentración del poder, nunca fue pensada para convertirse en una justicia republicana, que hiciera cumplir la ley. Así lo dice Francisco Tomás y Valiente: "El rey es el principio y referente de toda actividad de poder y quien tenga poder (ya sea de justicia o de gobierno, conceptos entonces no diferenciados) los tiene porque del rey le viene (...) lo que el rey ha delegado es revocable en cualquier momento, ya se trate de la enajenación o venta por precio de un oficio – el rey siempre podía recuperarlo –, ya se trate de una delegación concreta en un órgano permanente. Es decir, el rey retiene en sí mismo la justicia y con ello la posibilidad de avocar para sí cualquier proceso, cualquier asunto de justicia aunque esté atribuido a otros órganos de la administración."[3]

A lo largo de nuestra historia institucional esta dependencia originaria fue acentuándose. Los caudillos y presidentes manipularon a los jueces y los jueces se dejaron manipular. Los Tribunales Superiores avalaron las dictaduras militares y éstas sostenían a tribunales que les daban cierta legitimidad superficial. Ocurrieron matanzas memorables, golpes de Estado cruentos, rebeliones, alzamientos, opresiones, se firmaron contratos que establecieron privilegios irritantes para empresas extranjeras, se mantuvo la servidumbre hasta bien entrado el siglo XX, se expropió ilegalmente, se usurparon tierras, se mató, ejecutó o desaparecieron los ciudadanos y el Poder Judicial siempre se mantuvo al margen, entretenido en el lento tramitar de expedientes polvorientos, en la repetición mágica de fórmulas vacías, en una crueldad convertida en rutina, que mantuvo siempre a los pobres en la cárcel. Hubo jueces que se rebelaron frente a esta situación, pero fueron echados, encarcelados, asesinados o repudiados. El propio sistema judicial se preocupó de marginar a quienes no aceptaban esta situación y de volver sumisos a quienes pretendían renovar la cultura judicial. Hoy, ya a finales del siglo, nos encontramos con una administración de justicia tan débil como entonces y todavía poco dispuesta a construir su verdadera fortaleza.

Se impone, pues, la conclusión de este primer apartado: los ciudadanos tienen muy buenas razones para desconfiar de la ley y de los jueces. No se trata de un *defecto* de la educación cívica. Al contrario, esa desconfianza se nutre de una decisión racional, a la cual llegaría sin dificultades cualquier analista experto: en las actuales condiciones institucionales de América Latina quien apueste a la ley

(3) TOMÁS, Francisco y VALIENTE. *De la administración de justicia al poder judicial*. Madrid : Ministerio de Justicia, 1990.

y al funcionamiento de los sistemas judiciales asume riesgos que no son razonables. Es altamente probable que ellas no funcionen o lo hagan de un modo tardío o las decisiones finalmente sean arbitrarias. Si se trata de sectores sociales débiles, con escaso margen para la perdida y la recuperación, esa decisión puede ser más irrazonable todavía. Se ha invertido, entonces, la fórmula básica del Estado de Derecho, que ahora dice: *cuanto más débil es una persona o un sector social, más irrazonable es que confíe en la ley y los tribunales, para la consecución de sus intereses o la satisfacción de sus necesidades.*

2. La perdida de fuerza normativa de la ley. Ideales éticos y desesperanza

Sin embargo, todavía resuena en América Latina el eco de un viejo entusiasmo por la ley y los tribunales. Al inicio del siglo XIX la prosa jurídica, tanto en el viejo como en el nuevo continente, abandona el tono doctoral y rebuscado al que la habían llevado los juristas anteriores y adquiere un lustre panfletario y combativo. Los discursos normativos utilizan un lenguaje que tiene fuerza y golpea a la realidad del Antiguo Régimen de la Monarquía absoluta o al gradualismo del despotismo ilustrado.

El movimiento de la Ilustración cree en la ley, porque ella es expresión de la razón y de la verdad. Norma inmutable, acompasa el orden natural y el humano en una armonía universal. "Fue un lenguaje del despotismo y de la tiranía – nos dice Filangieri – decir que la voluntad del legislador es la única regla de la legislación: y es un error nacido de la ignorancia creer que en medio de las revoluciones que mudan continuamente la naturaleza de los negocios, y cambian el semblante de la sociedad, la Ciencia Legislativa no pueda tener algunos principios fijos, determinados e inmutables."[4]

Pero la búsqueda de afincar la ley en principios inmutables no es afectación intelectual ni mero postulado de escuela. Se trata de un debate cultural, propio del momento en que los viejos ideales éticos del humanismo se convierten en principios políticos. Afincar la ley en la naturaleza era demostrar la locura de los regímenes monárquicos, que pretendían tener su sustento en la voluntad divina. Era, además, un modo de construir un nuevo poder para la ley, entendida como manifestación democrática de la voluntad general y convertirla, a su vez, en el instrumento de una nueva manera de ejercer el poder mismo. Era el abandono del legalismo arbitrario de la monarquía absoluta o el legalismo desigual de la sociedad feudal. Se trataba de la construcción de un nuevo orden normativo, que necesitaba una nueva cultura. La fuerza de estas ideas se vuelve transparente en Rousseau: "Cuándo se ve cómo en los pueblos más dichosos del mundo un montón de campesinos arreglaba bajo una encina los negocios del Estado, conduciéndose siempre sabiamente, ¿puede uno dejar de despreciar los refinamientos de otras naciones que se vuelven ilustres y miserables con tanto

(4) FILANGIERI, Cayetano. *Ciencia de la legislación.* Traducción de Don Jaime Rubio, tercera edición, tomo I, Madrid, 1822, p. 13.

arte y tanto misterio? Un Estado así necesita pocas leyes, y cuando se hace necesaria la promulgación de otras nuevas, tal necesidad es universalmente reconocida. El primero que las propone no hace más que interpretar el sentimiento de los demás, y sin intrigas ni elocuencias, pasa a ser ley lo que de antemano cada cual había resuelto hacer una vez seguro de que los demás harán como él."[5]

La renovada esperanza en la ley no nace en el vacío. Al contrario, nace como una crítica a los modos de gobierno anteriores, repletos de normas y sutilezas y de un lenguaje oscuro. "Su estilo debe ser conciso. Las Leyes de las doce tablas son un modelo de precisión: los niños se las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas que fue preciso abreviarlas. El estilo de las leyes debe ser sencillo; la expresión directa se entiende mejor que la expresión redundante. No hay majestad en las leyes del bajo imperio, pues los príncipes hablan en ellas como retóricos. Cuando el estilo de las leyes es ampuloso, se consideran como obra de ostentación. (...) Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio. No son un arte de lógica, sino el argumento sencillo de un padre de familia". (*Montesquieu*)[6]

Este entusiasmo por la ley, bajo su nueva virtud, llegó a América al igual que los ideales del humanismo y las ideas de la Ilustración. Se convierte en piedra angular del pensamiento de la revolución norteamericana y palabra encendida en las guerras de independencia del Sur. No en doctrinas de abogados sino en principios de acción política. "Que un plantador sin capacitación legal (George Mason) haya redactado un documento como la Declaración de Derechos de Virginia debe permanecer como fuente de perplejidad (...) Mason era un plantador poco educado en colegios. Sin embargo, conocía a Locke, a Montesquieu y a Sydney, el trío que proporcionó apuntalamiento teórico a la Revolución norteamericana."[7]

Algo similar ocurre en las guerras de la independencia latinoamericanas donde los guerreros ilustrados son también quienes proclaman la cultura de la legalidad, en una paradoja que nos ha acompañado desde entonces. En este, como en tantos otros temas, Bolívar es paradigma y anticipación. Para Bolívar, la vieja legislación española era el "suplicio más refinado que la cólera del cielo ha permitido descargar sobre este desdichado imperio."[8] Y frente a ella propiciaba un respeto sagrado por las leyes, sin el cual la sociedad se convierte en un "conflicto singular de hombre a hombre, de cuerpo a cuerpo."[9] "La verdadera Constitución liberal está en los Códigos Civiles y Criminales; y *la más terrible tiranía la ejercen los Tribunales por el tremendo instrumento de las leyes*. De ordinario el Ejecutivo

(5) ROUSSEAU, J. J. *El contrato social*. Libro IV, cap. I.

(6) B. de Montesquieu. *Del Espíritu de las leyes*. Libro XIX, cap. XVI.

(7) SCWARTZ, Bernard. *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*. Traducción Rubén Laporte. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1989, p. 25.

(8) GANDÍA, Enrique de. *Simón Bolívar, su pensamiento político*. Caracas : Biblioteca de la Academia Nacional de Historia 46, 1984, p. 23.

(9) Ob. cit., p. 23.

no es más que el depositario de la cosa pública; pero los Tribunales son los árbitros de las cosas propias, de las cosas de los individuos."[10] "Que las leyes se cumplan religiosamente y se tengan por inexorables como el Destino."[11]

Muchos otros lideres de la independencia proclamaban las mismas ideas, Artigas, sostiene que "es muy veleidosa la probidad de los hombres, sólo el freno de una Constitución puede afirmarla". O Juan Germán Roscio: "El poder legislativo (...) es la más ventajosa facultad que el hombre recibió de su Autor. Es el producto de su razón ilustrada (...) sanción recta del entendimiento que ordena lo bueno y prohibe lo malo. Ved aquí la fuerza moral, a cuyo dulce y suave imperio, sin violencia ni repugnancia, vive sometido el hombre de bien". O José de San Martín: "Cuando se hallen restablecidos los derechos de la especie humana perdidos por tantas edades en el Perú, yo me felicitaré de poderme unir a las instituciones que los consagren, habré satisfecho el mejor voto de mi corazón y quedará concluida la *obra más bella de mi vida.*"[12]

¿Qué quedó de ese entusiasmo?. ¿Qué pasó con la legalidad? ¿ En qué quedó la esperanza de sociedades regidas por el dulce y suave imperio de la ley?

Tanto en Europa, como en América, el tránsito de los ideales éticos del humanismo a la dimensión política de la nueva cultura de la legalidad inauguró una época de conflictos y desesperanzas, que llevó a decir a Simón Bolívar – el más fuerte de los americanos – "no tengo fuerza para domar un mundo". O llevó a Robespierre – el más consecuente de los legalistas – a matar y morir en el Terror. Los ideales éticos del humanismo renacentista, nutrieron la esperanza en un mundo liberado. La ley de los ilustrados, entusiasmó como instrumento político de emancipación. Hoy hemos perdido la esperanza de los ideales y pocos creen que la ley pueda ser un instrumento político de liberación.

El pensamiento jurídico dedicó buena parte de los últimos dos siglos a cimentar estos sentimientos. Poco a poco fue desmontando la fuerza normativa del derecho, a la vez que la desvinculaba de sus ideales éticos. El pensamiento jurídico ha Estado al servicio de la debilidad de la ley y, por extensión, de la debilidad de los jueces. Una interpretación rígida y despolitizada (exégesis) restauró el lenguaje docto y rebuscado de la escolástica tardía y sus clasificaciones exasperantes. Nuevos conceptos jurídicos se amoldaron rápidamente a este Derecho sin fuerza normativa. Se lo separó de un modo tajante de la costumbre y la cultura, se lo proclamó único, indivisible, completo, armónico y se lo alejó de la política. Se lo identificó de un modo absoluto con todo acto de autoridad y se le hizo perder toda capacidad de interpelación al poder y a la sociedad. Se lo

(10) Proyecto de Constitución para Bolivia, 25 de mayo de 1826, Obras Completas, edición Lex, La Habana, 1947, Vol. II, p. 1226.

(11) Ob. cit., p. 1225.

(12) En la Antología titulada "Pensamiento político de la emancipación", de la Biblioteca de Ayacucho, Venezuela, 1977, se recopilan extractos de proclamas, discursos y proyectos de ley que repiten las mismas ideas y el mismo entusiasmo por la legalidad, por parte de los dirigentes de todos los movimientos libertadores de América Latina.

volvió abstracto e inexigible, alejándolo de los débiles y necesitados. Se lo uso como un lenguaje del poder, como una máscara de legitimación, como un objeto de culto en las academias burocráticas. Se lo dividió en infinitos segmentos, se lo convirtió en un laberinto, sólo apto para especialistas y profesionales. Se lo apropiaron los jueces técnicos, los profesores, los legisladores profesionales (asesores) y toda una clase burocrática que lo utilizó como su rutina y sustento.

Por otra parte, los jueces de América Latina se encargaron de volver progresivamente inaplicable toda conquista social. El derecho dejó de ser un instrumento de transformación, ni siquiera intento serlo. Y así, poco a poco, se restableció la sociedad de privilegios, ahora recubierta por una trama compleja de normas, que cumplen la misma función que antes cumplían las supersticiones y doctrinas religiosas en la legitimación del poder absoluto.

Pero sería insensatez y petulancia sostener que todo fue un juego de ilusiones de los patriotas y filósofos del ochocientos. No lo fue. Lo que ocurrió es que la lucha por la legalidad fue derrotada, tan derrotada en las comunas de Francia como en las montañas y planicies de nuestra América Latina. El pensamiento jurídico se ha construido sobre la base de una derrota descomunal y no nos ha ayudado siquiera a comprenderla. Los ideales éticos quedaron en pie, pero entreverados con los esqueletos sin fuerza de las normas derrotadas.

Una crítica profunda al pensamiento jurídico por su complicidad y ocultación de la derrota de eficacia de la ley. Una reflexión renovada sobre los ideales éticos del humanismo y una crítica radical al sistema judicial inquisitivo como justicia del poder concentrado y de la sociedad de privilegios, son los tres pilares de una reconstrucción de la esperanza en los derechos del hombre y del entusiasmo por la ley, que pueda ser asumida por todos los ciudadanos, en especial por quienes más necesitan de ellas.

Pero si existen muy buenas razones para no confiar en la ley ni en los tribunales, ¿de dónde sacaremos ese entusiasmo y para qué nos sirve esa esperanza?

3. Razones para no ser violentos. La profundización de la democracia

Una nueva reflexión sobre la ley en América Latina es inescindible de una reflexión sobre la democracia y su futuro. Aun más, el futuro de una y otra se hallan tan indisolublemente unidos, como el de la democracia y la república. Estado de Derecho (imperio de la ley), República (fragmentación y control del poder) y democracia (igualdad y soberanía popular) constituyen un único problema político del cual depende el desarrollo institucional de nuestros países y buena parte de nuestro futuro.

Pero estas tres dimensiones no son abstractas; al contrario, se hallan tensionadas por otras realidades sociales y, en especial, por las condiciones de vida concreta de los ciudadanos. En América Latina no terminamos de asumir que cualquiera de los problemas políticos que plantean esas tres realidades básicas, se manifiesta siempre en el contexto de una sociedad desigual. Tenemos que construir una República, una Democracia y un Estado de Derecho en una sociedad desigual y

en la que esa desigualdad no es sólo pura diferencia sino que significa que sectores mayoritarios, o por lo menos millones de personas, viven muy por debajo de las condiciones elementales de una vida digna. Pensar estas tres realidades en el marco de una sociedad desigual de esas características significa que ellas deben estar fuertemente orientadas a revertir esa desigualdad. Podrán tener otras tareas, pero es impensable en América Latina una democracia cuyo principal problema no sea revertir las condiciones de desigualdad. Eso no es un tema dentro del sistema democrático, es un tema *del* sistema democrático mismo. Lo mismo sucede con la República y con el Estado de Derecho.

Hay un punto en el que la democracia ya no es un puro procedimiento sino que lleva en sí misma un elemento de crítica social, sin el cual deja de ser democracia. Este es el problema de las democracias formales o sustanciales. En una sociedad desigual como la de nuestros países, es decir, con contrastes muy altos y con sectores por debajo del nivel de subsistencia, la idea de la democracia misma está asociada a una fuerte política de reversión de esas condiciones de desigualdad. Es decir, ella debe construir de un modo prioritario su base social igualitaria, que no quiere decir lo mismo que un estado de justicia social sino el mínimo imprescindible para que los principios del sistema democrático tengan virtualidad y no sean una ficción. En las sociedades latinoamericanas estamos lejos de ese mínimo y por eso la democracia tiene una tarea preasignada por la realidad social, una política pública que es inescindible de ella misma.

Pero ello no quiere decir que esa construcción deba estar por fuera del mismo proceso democrático. Al contrario, este carácter circular del proceso democrático es su mayor riqueza. Se pensó en otros momentos en nuestros países que la construcción de esa base social para la democracia debía ser realizada por otros métodos o con otras urgencias ya que la democracia había sido antes que nada un sistema político de fachada. Gobiernos altamente centralizados pero con conciencia social, movimientos armados o francas dictaduras eran herramientas mucho más idóneas para la construcción de esa base social que permitiría el ejercicio de la plena democracia. Estos intentos no han dado los resultados esperados ya sea por sus propios defectos de concepción o por las presiones externas que no dejaron desarrollarlos. De un modo u otro, participaron de estallidos de violencia que dejaron ya huellas profundas en la memoria latinoamericana.

América Latina se enfrenta a un desafío de gran magnitud. Por una parte, la recuperación de los sistemas democráticos, así como la vitalidad de las ideas que los sustentan, abren una renovada esperanza para el desarrollo institucional de la región y nuevas posibilidades para la estabilidad, la paz y la inserción en el escenario mundial. Por otra parte, el aumento de la pobreza, la consolidación de grandes brechas de desigualdad en la distribución de la riqueza y las oportunidades sociales, la postergación de demandas sociales elementales y la falta de empleo, siembran una vez más dudas en muchos sectores sociales sobre la efectiva capacidad de la democracia para enfrentar estos problemas dentro del horizonte vital de esas generaciones. Esta tensión entre los principios básicos de la democracia y las condiciones de vida de millones de personas apunta a uno de los elementos centrales de la idea de gobernabilidad democrática, que no puede ser comprendida sólo en términos de estabilidad o eficacia en la gestión estatal, sino

también por su capacidad para poner a disposición de todos los sectores sociales los instrumentos democráticos para que sean estos mismos sectores quienes procuren la satisfacción de sus demandas e intereses. El uso de los instrumentos democráticos por la mayor cantidad posible de sectores sociales, en especial por aquéllos que tienen demandas elementales insatisfechas, se convierte en una de las variables cruciales a la hora de evaluar la gobernabilidad del sistema democrático y, a la vez, es una de las variables de esa gobernabilidad que influyen de modo más directo sobre la legitimidad del sistema.

La histórica injusticia de las sociedades latinoamericanas nos lleva a ser impacientes. No siempre debemos hacer una lectura negativa de esa impaciencia porque ella es el resultado de la sensibilidad, de la solidaridad y del amor a los semejantes. Es sano para una sociedad que cada generación mantenga la impaciencia por construir una sociedad más justa. Mucho más sano aún es que las generaciones más jóvenes mantengan esa impaciencia. Una política que no se nutre de esa impaciencia se convierte en mera administración de lo que existe, le falta la capacidad de transformar la realidad. La política no es el arte de lo posible; es el arte de imaginar sociedades distintas y volverlas posibles. Es un oficio de impacientes.

La profundización de la democracia nos da la oportunidad de no ser violentos. Nos da la oportunidad, también, de ser impacientes. De ser impacientes, sin ser violentos. Pero para ello la democracia debe ser un sistema que interpele a la sociedad, que tenga capacidad de construir una base social democrática, de un modo democrático. Modo democrático y base democrática se implican mutuamente y ambas interpelan a las otras políticas, en especial a la política económica, cuya preocupación central debe ser construir las condiciones de vida digna de todos los habitantes del país, sin exclusiones y a la política educativa, que debe poner al alcance de todos los habitantes los instrumentos necesarios para el desarrollo personal.

Para profundizar la democracia es necesario desarrollar todos los instrumentos de democracia participativa. La reducción de la representatividad es también una tarea propia del sistema democrático. La democracia directa no es una utopía o un modelo válido para pequeñas comunidades sino una tarea permanente de reducción de la representatividad, sin perdida de la eficiencia necesaria para gobernar. Es una construcción permanente de una base más amplia para la democracia. En este sentido, la idea de profundización de la democracia tiene dos dimensiones paralelas: el aumento de los instrumentos de participación y la generación de condiciones sociales igualitarias. Estas dos dimensiones se complementan porque lo que define al propio sistema democrático es que la construcción de esa sociedad igualitaria se realiza a través de la profundización de esos instrumentos y la profundización de esos instrumentos sólo es posible si están al servicio de la construcción de esa base igualitaria. Como ya dijimos, este carácter circular es una virtud de la democracia.

Pero para que la profundización de la democracia sea un proyecto político que entusiasme no debe ser una propuesta mediocre. Para que la democracia entusiasme y forme a la nuevas generaciones debe ser un proyecto fuerte, si se quiere

radical, que interpele, moleste y genere riesgos. Se ha vuelto muy cómodo ser demócrata en América Latina y eso es un signo de superficialización de la democracia. Algo similar sucede con la legalidad. Es muy fácil hablar del cumplimiento de la ley porque ya es un discurso rutinario, una postura fácilmente aceptada y que no conmueve. Para que la lucha por el derecho tenga sentido en América Latina y entusiasme a los más jóvenes es necesario que vuelva a tener capacidad de interpelar a la sociedad. Debe ser una proclama molesta. Una crítica incómoda, una postura riesgosa. De eso se trata en definitiva, de *radicalizar la lucha por la legalidad.*

4. La lucha por el derecho: un enfoque radical

Rudolf von Ihering, uno de los más grandes e influyentes juristas alemanes del siglo XIX escribió una pequeña obra que pronto tuvo un gran éxito, "La lucha por el Derecho."[13] Una breve antología de párrafos de esa obra, nos puede servir de introducción, no sólo por su contenido sino por el estilo y su fuerza, que muchos "juristas" de esta época considerarían impropia de un libro sobre el Derecho. Nos dice, por ejemplo, "al que no siente que cuando su derecho es despreciado en forma ofensiva o pisoteado, no sólo está en juego el objeto del mismo, sino su propia persona; al que en tan situación, no siente el impulso a sostener su persona y su buen derecho, no vale la pena ayudarle y yo no tengo ningún interés en convertirlo. (...) Para él no tengo otra palabra que la de Kant, "el que se hace gusano no puede quejarse después de que sea pisoteado" o "No dejéis que vuestro derecho sea impunemente pisoteado por otros".[14] Ni Ihering ni Kant, utilizan el lenguaje "neutro" de nuestros profesores de leyes. Vale también esta otra cita: "La condescendencia y la conciliación, la moderación y el ánimo pacífico, la avenencia y la renuncia a la imposición del derecho encuentran también en mi teoría el puesto que les corresponde; contra lo que se declara es simplemente contra la tolerancia indigna de la injusticia por cobardía, comodidad, indolencia".[15] Podemos continuar: "Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquéllos que le resisten y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación".[16] "Sin lucha no hay derecho, como sin trabajo no hay propiedad". La norma "comerás el pan con el sudor de tu frente", esta con la misma verdad frente a la otra: "en la lucha hallarás tu derecho". Desde el momento en que el derecho abandona su disposición combativa, se sacrifica a si mismo. También para el derecho vale la sentencia del poeta: Esta es la conclusión de la sabiduría. Sólo merece la libertad y la vida, el que tiene que conquistarlas diariamente."[17]

(13) Rudolf V. Ihering. *La lucha por el Derecho.* Traducción española de Diego de Santillan. México : Cajica, 1957. Existen otras traducciones al español.

(14) Ob. cit., p. 32.

(15) Ob. cit., p. 33.

(16) Ob. cit., p. 45.

(17) Ob. cit., p. 140-141.

No nos interesa aquí adherir completamente a la concepción de Ihering o discutir si la defensa del derecho es a la vez una obligación del ciudadano, como él sostiene. Lo cierto es que la concepción de Ihering es una concepción de lucha radical por la legalidad y esto nos da pie para recuperar una tradición abandonada por un pensamiento jurídico curialésco, anodino y petulante, que no entusiasma ni siquiera a los abogados y que ha contribuido de un modo eminente a la perdida de fuerza de las normas y a desactivar la lucha por el derecho en nuestras democracias.

No sólo Ihering sostiene una lucha radical por el cumplimiento de la ley. Otro jurista clásico, Francesco Carrara, muestra el mismo entusiasmo y la misma convicción:

"Se nos ha garantizado la inviolabilidad de la persona, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la propiedad privada. Pero estas palabras (...) ¿ de que le sirven a un pueblo que no es capaz de hacerlas observar? Si a pesar de la inviolabilidad que se ha proclamado, cuando los órganos subalternos del poder violan domicilios o personas, los ciudadanos no saben sino someterse con servil paciencia, o con modos violentos hacerse indebidamente justicia, ni tampoco saben reclamar sus derechos en forma legítima con firmeza y con calma, ante los abusos; si a pesar de la inviolabilidad de los bienes que se ha proclamado, las propiedades privadas son conculcadas en un afán por seguir nuevas teorías económicas, o los patrimonios se llevan al desastre a causa de las maquinaciones de procedimientos insensatos, ¿la culpa de todo esto se encuentra en las instituciones políticas? (...) Tenemos la libertad de petición. Pero si al pedir no nos unimos y no nos ponemos de acuerdo. (...) Se nos ha garantizado la libertad de asociación; pero si no somos capaces de asociarnos para gobernarnos a nosotros mismos ¿esto es culpa de quien nos preside desde el gobierno?. Tenemos poderosos instrumentos para conseguir nuestra regeneración".[18]

Es el mismo tono, la misma impaciencia, la misma radicalidad que muchos otros tantos pensadores clásicos: "no existe, pues, nada mas sagrado que el derecho del prójimo. (...) Aquel que no lleva a cabo acción benevolente alguna, pero tampoco ha lesionado nunca el derecho de los demás, siempre puede ser tenido por justo y, de ser todos así, no existiría la pobreza. En cambio, quien ha practicado buenas obras durante toda su vida, pero ha zaherido el derecho de un solo hombre, no podrá borrar esta iniquidad con todas sus caridades".[19]

Este abuso de citas no es con el fin de agobiar al lector sino para generar una contraposición evidente con el lenguaje actual. Tómese al azar cualquier libro de derecho público, cualquier tratado de derecho civil o procesal y se verá como proliferan las citas de leyes, las explicaciones obvias, las repeticiones, los consejos "prácticos" o, algunas veces, la erudición y la lucidez en el análisis, pero siempre se respetará el estilo sin fuerza ni convicción que han impuesto la manualística y el derecho de los especialistas. Pero no se trata de un simple problema de palabras

(18) Franceso Carrara: "Justicia y Libertad", en Opúsculos de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, Vol. III.

(19) KANT, Immanuel. *Lecciones de ética*. Traducción de Rodríguez Aramayo y Roldán Pandero, Editorial Crítica, Grijalbo, Barcelona, 1988, p. 256.

o estilos. Hoy pensamos al Derecho como un indicador moral, como un consejo a los gobernantes y a los ciudadanos, como las reglas que rigen el trabajo de los abogados, como la expresión de las doctrinas de los teóricos, pero no como un instrumento político al servicio de los más débiles. Esta concepción se ha trasladado incluso a los derechos fundamentales y en muchos de sus doctrinarios se encuentra la misma falta de fuerza, de sentimiento y de convicción. La misma tibieza frente al incumplimiento masivo y sistemático de esos derechos. La comunidad jurídica ha perdido toda capacidad de escándalo y las violaciones más flagrantes y cotidianas son asimiladas como si fueran ya elementos del medio ambiente.

La idea central de este ensayo es la siguiente: si pretendemos que la democracia se convierta en un instrumento efectivo para la construcción de una sociedad más justa, ella debe ser utilizada en todos sus instrumentos y todas sus dimensiones, no de un modo parcial o medroso, sino con profundidad y audacia. Así y solo así, la democracia será una concepción política que entusiasme y cause adhesión en una sociedad profundamente desigual y fragmentada, que desmiente día a día los sustentos primarios del mismo ideal democrático.[20] Dentro de los instrumentos de profundización de la democracia se encuentra la lucha por la legalidad, que también debe abandonar su tono apático, falsamente profesional y acomodaticio para convertirse en un discurso combativo y radical. Ello se puede hacer recuperando tradiciones, que precisamente veían en esta lucha radical por la legalidad uno de los instrumentos centrales de la emancipación del despotismo, la superstición y la servidumbre. No podemos pretender que los distintos sectores sociales se entusiasmen y utilicen la legalidad si ella es sinónimo de trampa, laberinto, falsedad, engaño, sutileza fútil, tibieza, rebuscamiento, farsa y privilegio encubierto. Menos aún podemos pretenderlo cuando esos mismos sectores, además, contraponen fácilmente lo que dice la ley con una realidad cotidiana de ilegalidad manifiesta que no logran revertir y ni siquiera es percibida como una situación escandalosa.

Pero queda subsistente un problema: *¿Cómo es posible la lucha por el cumplimiento de la ley si los tribunales no están dispuestos a aplicarla de un modo estricto?*

5. Los sistemas judiciales como nuevos espacios de lucha política

Más allá de discusiones teóricas nadie niega que la eficacia del derecho dependerá en buena medida de la eficacia de los tribunales. A su vez, la misma fortaleza de los tribunales dependerá de la fuerza que la ley tenga en una determinada sociedad. Ambas dimensiones son construcciones políticas que también se implican mutuamente. Fuerza de la ley, fuerza de los tribunales. Por eso, si se quiere construir una democracia que tome en serio la ley y se quiere luchar por la ley, para que ella sirva de instrumento para compensar y allanar las desigualdades sociales,

[20] Para un planteo más extendido ver, Alberto M. Binder, La sociedad Fragmentada, *Revista Nueva Sociedad* 111/100, Carácas.

entonces se deberá también tener una política de igual característica frente a los sistemas judiciales.

Ello tiene dos dimensiones, una la crítica radical al sistema inquisitivo, herencia colonial que aún pervive y constituye una pesada carga autoritaria sobre nuestros pueblos. En segundo lugar, una práctica política nueva de fortalecimiento de los sistemas judiciales.

La crítica radical al sistema inquisitivo y sus consecuencias culturales nos sirve para hallar los componentes estructurales que impiden una verdadera independencia judicial, que muestran las razones de tribunales atrapados en sus propias rutinas y trámites e incapaces de dotar de eficacia a las leyes más elementales, entre ellas las Constituciones, que siguen sin ser cumplidas en nuestra administración de justicia. Está crítica radical nos muestra también el modo como estos sistemas judiciales, construidos verticalmente, sirven al poder concentrado y son factores de debilitamiento de la fuerza de la ley.

Para poder realizar una nueva práctica de construcción de poder para el Poder Judicial es necesario, en primer lugar, tomar conciencia que los sistemas judiciales son espacios políticos donde se juegan relaciones de poder, vinculadas a una específica función de gobierno (juzgar y custodiar la eficacia de la ley) que hasta ahora ha estado sustraída del proceso de democratización. Un espacio político que necesita ser transparentado como tal y al que deben ingresar nuevos sujetos, que no respondan a los intereses corporativos de la comunidad jurídica.

"América Latina debe construir una nueva teoría política sobre lo judicial. No ha sido una preocupación teórica prioritaria desde las ciencias políticas y desde el derecho constitucional no se ha profundizado lo suficiente. Construir una teoría política de la justicia en democracias pobres no es sencillo, mucho menos sencillo si se busca integrar el aparato conceptual de varias disciplinas y se intenta eludir las trampas teóricas de la reificación o la personificación del poder. Urge, pues, reflexionar sobre lo judicial como un espacio en el que concurren, disputan o se equilibran distintas fuerzas sociales; espacio en donde se organizan e interactúan diversas instituciones, tanto públicas como privadas; en fin, un específico espacio social, más proclive a ser explicado como un campo de fuerzas que como una cosa, persona o función. Asimismo es necesario asignar verdaderas finalidades políticas a la administración de justicia, abandonando las formulaciones genéricas o los ideales puramente morales. Sus funciones de pacificación, seguridad, certidumbre, tolerancia, etc., deben ser desarrolladas con mayor extensión y mayor precisión, para que la justicia tenga finalidades políticas concretas, dentro del proceso político particular de cada sociedad. Deberíamos, también, tener mayor capacidad para explicar los procesos políticos internos dentro del espacio judicial, así como la integración de lo judicial en el marco general de los problemas de gobierno y su eficacia. Otro de los temas centrales de una teoría política sobre la administración de justicia es la construcción de un lenguaje político para el Poder Judicial, no sobre él. Los jueces de Latinoamérica carecen de un adecuado lenguaje político. Finalmente, también es un punto central de una teoría política del Poder Judicial lo concerniente a los modos de acumulación de poder, propios del Poder Judicial. Cómo se construye un Poder Judicial independien-

te, es decir, según un proceso propio y autónomo de acumulación de poder? Ello permitiría construir nuevas estrategias de poder para el Poder Judicial que rompan la lógica peticionaria, propia del sistema inquisitivo".[21]

Pero a ese espacio que debe ser transparentado y democratizado, para que se modifiquen prácticas seculares que le impiden realizar su específica función de gobierno, deben ingresar nuevos actores sociales. Aunque el lenguaje parezca inapropiado no deja de ser exacto: *los sistemas judiciales son nuevos espacios de lucha política en América Latina.* No porque debemos esperar todo de ellos, tampoco porque todo se solucionará a través de las leyes, mucho menos porque puedan reemplazar a los lugares centrales del debate político (los parlamentos, los partidos políticos, los espacios públicos, etc.) sino porque la ley es un instrumento necesario para la profundización de la democracia y ésta, a su vez, es una condición indispensable para su legitimidad y permanencia en el tiempo. Radicalizar la lucha por la legalidad obliga a democratizar los sistemas judiciales para empujarlos a que cumplan su función de gobierno.

Si los tribunales no están dispuestos a hacer cumplir la ley, habrá que encontrar el modo de que lo hagan. No se trata de un problema moral. Lo podrá ser para cada juez individual, pero en términos generales es un problema político que afecta al conjunto de la vida social. Lograr que los tribunales garanticen el cumplimiento de la ley es una tarea política que debe movilizar a amplios sectores sociales y que reclama una acción concertada, no debe ser una simple exigencia. Para ello es necesario que esos mismos sectores sociales perciban ese objetivo como algo deseable y útil. Ello requiere todavía reflexión, debate y estrategia. Requiere, además, personas decididas a iniciar este proceso.

Hubo una época en la que algunas generaciones jóvenes encontraron que la lucha por la legalidad era un proyecto político que entusiasmaba. No sólo por los ideales de igualdad y libertad que esa lucha encarnaba sino por la eficacia que le asignaban a esa tarea. Muchos de nuestros mejores patriotas han pertenecido a esas generaciones y muchos de los mejores esfuerzos estuvieron orientados a construir la vigencia de la ley en nuestros países. El estado actual de impunidad, anomia y descreimiento hacia la ley parecen ser los signos más evidentes de su fracaso. Quizás sea así. Pero también la sociedad de privilegios recibió heridas profundas y hoy necesita renovar cotidianamente sus disfraces para sobrevivir y perpetuarse.

Quizás también comience nuevamente una época en la que ser demócrata en América Latina ya no sea tan cómodo ni tan aceptado socialmente. Quizás recordarle a la democracia sus promesas elementales comience a ser molesto e irritante. Seguro aparecerán de inmediato los prudentes, que reclamarán moderación; o los eficientes, que reclamarán orden. Ya merodean los ilumina-

(21) Ver Alberto M. Binder: Reforma de la justicia: del programa político al programa teórico. En *Congreso de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, 1997, Universidad Diego Portales. Se ha extraído el párrafo como síntesis de lo que se desarrolla en esa ponencia con mayor extensión. Ver, asimismo, Red Latinoamericana para la democratización de la justicia, Agenda y materiales de Trabajo de los Foros regionales, PNUD Y Fundación Konrad Adenauer, Ciedla, 1998.

dos, que reclamarán todo el poder o los violentos que no creen en la democracia misma. Historias conocidas y repetidas. Pero seguro que ahora, como antes, también aparecerán quienes saben que la democracia no es sólo fiesta de recuperación sino una tenaz y paciente construcción colectiva y cuando las leyes – la austera, equitativa y clara ley republicana, no el desborde inflacionario de leyes incumplidas – "se cumplan religiosamente y se tengan por inexorables como el Destino", la República, la Democracia y el Estado de Derecho, hoy inseparables compañeros de ruta, volverán a ser un proyecto político que entusiasme como antaño.

A las generaciones más jóvenes les corresponde evitar que las derrotas se repitan y la desesperanza crezca. Ese es el desafío y esa es la tarea. Radicalizar la lucha por la legalidad es el nombre de una batalla de nuestra época, que todavía busca una generación entusiasta y comprometida.

2

LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL DE LA CONSTITUCIÓN: NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL MODELO INTEGRADO DE LAS CIENCIAS PENALES[1]

ALESSANDRO BARATTA

SUMÁRIO: 1. Política criminal: un concepto complejo y problemático – 2. Seguridad y política social: ¿una falsa alternativa? – 3. El futuro de la criminología y el modelo integrado de las ciencias penales – 4. Eficientismo penal y eficiencia del pacto social – 5. De la política criminal a una política integral de defensa de los derechos – 6. Notas conclusivas: la política criminal y la Constitución como proyecto. Teoría y práctica de un garantismo positivo – Literatura referida.

Resumen: El objetivo de este trabajo es el de destacar las bases de una política de defensa de los derechos fundamentales y de satisfacción de las necesidades humanas. En una política de este tipo, el derecho penal debe poseer tan sólo una naturaleza subsidiaria, conforme a los principios del constitucionalismo (derecho penal de la Constitución) y del garantismo (derecho penal mínimo). Para inscribir este proyecto en el horizonte jurídico y sociológico del sistema de justicia criminal, el autor somete en su escrito a un análisis crítico los conceptos diversos de pacto social, de seguridad, de política criminal, de eficientismo penal y de integración de la ciencia penal.

Palavras-chave: Política criminal – Seguridad – Interdisciplinariedad – Garantismo – Derechos fundamentales.

1. Política criminal: un concepto complejo y problemático

Política criminal es un concepto complejo.[2] No obstante la univocidad de sus fines, los instrumentos – de los cuales sólo una parte se sitúan en el interior del

(1) Traducido del italiano por Marianela Pérez Lugo y Patricia Chiantera. Revisado por Alejandro Aponte.

(2) Ver, entre otros, Delmas-Marty, 1983 y 1986; Lazerges, 1987.

derecho penal – permanecen indeterminados en razón de sus definiciones negativas ("penales" – "no penales"). Decir que la finalidad de la política criminal es unívoca implica, por lo tanto, una aclaración: hasta un pasado bastante reciente, ella ha sido entendida como aquella que sirve para controlar la criminalidad, o sea, reducir el número de las infracciones a la ley penal.[3] El progreso de la investigación en el campo de la victimología, la tensión volcada a las necesidades de la víctima y a su ambiente social, han ampliado el campo de acción de la política criminal: a la prevención de la delincuencia se añade hoy, por lo menos "potencialmente", el objetivo de controlar sus consecuencias.[4]

El instrumental de la prevención no-penal, de las infracciones y de sus consecuencias, es teóricamente indeterminable; pero en la práctica de las políticas criminales actuales es producida una selección por el número de las variables analizadas en la construcción de modelos operativos. La riqueza y la variabilidad de los instrumentos depende, a su vez, del acercamiento teórico adelantado. En los niveles más básicos de la escala teórica encontraremos los modelos de la criminología "administrativa" de estrecha matriz etiológica, aplicable únicamente al control de la criminalidad; en los niveles intermedios conseguiremos los modelos de la criminología etiológica que comprenden también el control de las consecuencias de los delitos; en fin, en los niveles más altos, se sitúan los modelos de la criminología crítica que adopta el paradigma del etiquetamiento o de la reacción social, y lo hacen más apropiado para la aplicación práctica y para el control de las consecuencias de la delincuencia.

Política criminal, más que un concepto complejo, es también un concepto problemático. En sus modelos más avanzados la política criminal, como noción de género, es una totalidad más vasta y compleja de la especie "política penal."[5] En este nivel de elaboración la línea de distinción entre la política criminal y la política en sentido amplio (política social, económica ocupacional, urbanística etc.) pierde su pureza inicial.

Citemos un ejemplo: en los años ochenta en Francia se han formado, bajo la autoridad municipal y con la ayuda de fondos públicos, muchos comités de ciudadanos, funcionarios comunales, agentes de policía, párrocos, asociaciones

(3) Ver, como ejemplo, Gassin, 1988, p. 359, 516; Stefani, Lavasseur, Bouloc, 1992, p. 17. Definiciones más amplias y adecuadas son dadas por Delmas-Marty, 1986, p. 123; Lazerges, 1987, p. 6-7.

(4) A propósito del debate teórico y de las medidas legislativas tomadas en algunos países europeos, ver, Delmas-Marty, 1986, p. 27, 61-68; Lazerges, 1987, p. 71-75; Zaubermann, 1991; Roché, 1995; Baratta, 1985, p. 458; Scatolero, Pepino, 1992; Krauss, 1993; Kaiser, 1985, p. 109-113; Schünemann, 1986; Jung, 1986, p. 257-268. Esta evolución debe ser relacionada con la investigación de la doctrina penal sobre las consecuencias de la criminalidad y de las decisiones judiciales: ver, Baratta 1987, p. 40-46 y la bibliografía allí indicada.

(5) Delmas-Marty habla Correctamente de un "campo" de la política criminal "al mismo tiempo más amplio y abierto que el campo penal" analizando, con particular claridad, los diferentes modelos de política criminal. (1983; 1986, p. 123-169).

de voluntariado, asociaciones sindicales y otros actores, institucionales o no, con el objetivo de poner en marcha programas de lucha contra la marginalización juvenil, y con la finalidad de establecer políticas criminales correspondientes al modelo de la *nouvelle prevention*.[6] Las prácticas sociales desarrolladas por estos comités en materia de prevención, no difieren substancialmente de aquellas que otros organismos podrían adoptar, bajo una etiqueta distinta, realizando un modelo de política social o educativa, dirigida a los jóvenes *desviados*. Que se trate de política de prevención de la criminalidad orientada a aumentar la seguridad de la población urbana en el enfrentamiento de potenciales delincuentes o, al contrario, de una política de protección de los derechos fundamentales de aquellos jóvenes, volcada a remover su situación de desventaja social, no depende tanto de la finalidad objetiva o de la función que puedan tener las prácticas sociales, sino de la intención subjetiva de los actores que ponen en obra tal política, de la del legislador o de los órganos administrativos, que elaboran los diferentes programas y definen las relativas etiquetas institucionales.

2. Seguridad y política social: ¿una falsa alternativa?

La distinción entre política de seguridad y política social no es de orden lógico, sino de orden ideológico. En el campo de la política criminal, aplicar esta distinción genera consecuencias particularmente graves: en la yuxtaposición de los dos conceptos, la noción de política criminal, de por sí ya compleja y problemática, asume un carácter exquisitamente ideológico.[7]

Por esta manera de operar, la política criminal se convierte en un instrumento de legitimación y reproducción de la realidad social. Observemos la cuestión más de cerca: en el contexto de la política criminal, el sustantivo "seguridad" lo encontramos muy frecuentemente acompañado de un adjetivo: seguridad *nacional, pública, urbana*. La seguridad asume siempre, en este uso, connotaciones colectivas: no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de las personas, independientemente del grupo social al cual pertenezcan, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad.

La doctrina de la *seguridad nacional* se hizo tristemente célebre en los años 70 y 80 en América Latina. Entonces la ideología autoritaria hizo un uso normativo

(6) Ver, Chevalier, 1988; Robert Renouard, 1991, p. 192-193; Lazerges, 1987, p. 106-112; Robert, 1994, p. 55-56; Duprez, 1997, p. 67-80. Debemos notar todavía que en Francia, como en otros países europeos, los fondos asignados a la prevención no penal están estrechamente reducidos y del todo desproporcionados en relación con el costo del funcionamiento del sistema penal (policía, tribunales, prisiones, etc.; ver, Creazzo, 1996, p. 14; Duprez, 1997, p. 80). Ello coloca en evidencia la voluntad estatal de permanecer sobre la vía de la represión y reduce los chances de un buen resultado de los programas de prevención.

(7) El término "ideológico" es aquí utilizado en el sentido de una construcción discursiva de los hechos sociales que producen una falsa conciencia en los actores institucionales y en el público.

de los análisis de Carl Schmitt (1963) sobre la lucha "existencial" entre "amigos y enemigos". Esta doctrina sirvió para legitimar no solamente un derecho penal orientado al enemigo,[8] del cual aún hoy son visibles rastros también en los Estados con régimen formalmente democrático, sino sobre todo un sistema penal fuera de la legalidad constitucional, que, operando en modo paralelo al sistema legal, se ha revelado como mucho más eficiente y sanguinario que éste último. Se trató de un verdadero y propio terrorismo de Estado, puesto en obra sobre todo por los regímenes militares del "Cono Sur" de América Latina.[9]

De otro lado, la doctrina de la *seguridad pública* (o seguridad estatal), ha marcado fuertemente la historia del derecho penal europeo y representa al interior de ella el continuo compromiso entre tradición liberal y tradición autoritaria (*Obrigkeitsstaat*), entre Estado de derecho y Estado de policía o de la prevención, entre política del derecho penal y política del orden público.[10]

En este contexto se inscribe, finalmente, el concepto de *seguridad urbana*. Ello parece más prometedor, no sólo porque es más reciente, sino sobre todo en razón a la importancia que por la primera vez se le asigna, en el ámbito de la política criminal, a la dimensión local y participativa, favoreciendo la "decompartimentalización de las instituciones"[11] y la sinergía de disciplinas y de organizaciones distintas.[12] El concepto de seguridad urbana representa, sin duda, un importante resultado del movimiento de la *nouvelle prevention*.[13] También en este último caso, así como en los otros, el adjetivo "estrangula" al sustantivo. Desde el punto de vista jurídico y psicológico, "seguros" pueden y deben ser los sujetos titulares de derechos fundamentales, en particular de aquellos derechos universales, que corresponden no solamente a las personas físicas poseedoras de los derechos de ciudadanos del Estado en el cual se encuentran, sino a todas aquellas que están en el territorio de un Estado, de una ciudad, en un barrio, en cualquier lugar público o privado. La seguridad debe referirse, en realidad, al disfrute y a la protección efectiva de aquellos derechos, con respecto a cualquier agresión o incumplimiento por parte de otras personas físicas que ejercitan poderes de hecho o de derecho en un espacio territorial.

(8) Ferrajoli habla de un "paradigma del enemigo", que domina el derecho penal de la emergencia, donde el acusado es penado por lo que es y no por lo que ha hecho (1990, 858-859). Ver, también, Hannover, 1989.

(9) Ver Zaffaroni, 1985; García Méndez, 1985; Baratta, Silbernagl, 1988, p. 40-41.

(10) Para una análisis crítico del modelo político oscilante entre derecho penal de la emergencia y terrorismo estatal, ver, Ferrajoli, 1990, p. 844-877.

(11) Ver, Robert Renouard, 1991, p. 193; Vourc'h, 1991, p. 266; Selmini, 1994; Duprez, 1997, p. 103-117.

(12) Ver, al respecto Delmas-Marty, 1986, p. 101-102 y la bibliografía allí indicada; Lazerges, 1997, p. 72-80.

(13) Para una presentación crítica de este movimiento en el interior de muchos países, ver, Chevalier, 1988; Robert, 1991 y 1994; Poulet, Brion, Dupont, 1991; Baratta, 1993a; Creazzo, 1996; Lehne, 1996; Hebberecht, Sack, 1997.

Decir que un Estado, una comunidad o una ciudad son seguras, es usar una expresión genérica que podría designar la situación de todas las personas en el interior de aquel espacio. Pero, en el estado actual de las cosas, tal uso de los términos genéricos tiene un carácter puramente ideológico. Ello se deriva de un modo de pensar selectivo, largamente representado en la opinión pública, así como en el discurso jurídico. Ambos discursos utilizan el concepto de seguridad en relación con la política criminal o con la política *tout court*. El resultado es que la mayor parte de los titulares de derechos y la mayor parte de los territorios de riesgo, son excluidos de la *economía de la seguridad*.

Se habla de seguridad pública, así como también de seguridad urbana, única y exclusivamente a propósito de lugares públicos o al menos de público acceso, y de un número restringido de crímenes dentro de la categoría de "criminalidad tradicional" (agresiones con violencia física ejercida contra personas y sus patrimonios).[14] Los crímenes "tradicionales" se inscriben al interior del estereotipo de la criminalidad del "sentido común", y dominan las campañas alarmistas sobre ellos. La opinión pública y los medios de comunicación de masas, representan generalmente estos delitos adoptando un esquema de repartición de los roles de la víctima y del agresor que corresponde normalmente, en gran medida, a la relación entre grupos sociales privilegiados y "respetables" de una parte, y grupos marginales y "peligrosos" de la otra (extranjeros, jóvenes, tóxicodependientes, pobres, sin familia, desempleados o sin calificación profesional).

La situación de riesgo en la cual se encuentran mujeres y niños en el espacio doméstico, la privación de derechos económicos y sociales, del cual son víctimas sujetos pertenecientes a los grupos marginales y "peligrosos", no entran en los cálculos y en las políticas de la seguridad urbana. Al contrario, sucede frecuentemente que una vez cubierta con la etiqueta de la "prevención local", se hace solamente una política represiva de naturaleza abierta o veladamente autoritaria.[15]

(14) Ver, entre otros, Vourc'h, 1991, p. 273; Lehne, 1996, p. 314.

(15) Ello ha sido demostrado recientemente en Francia en el debate sobre el "toque de queda" impuesto a los niños y a los adolescentes menores de doce años en muchas ciudades (ver, Le Monde 22.07.1977; 29.07.1977; 09.08.1977). La juventud es considerada como un factor de riesgo ("delincuencia de menores") y la privación continuada de un derecho fundamental, con el consentimiento general de la opinión pública y de los representantes políticos locales, habría debido representar la solución para los graves problemas sociales de los cuales los jóvenes son en realidad las víctimas. La suspención de estas medidas dispuestas por los tribunales administrativos, confirma que el Estado de derecho y las libertades fundamentales son frecuentemente amenazadas por una política "local", que deja entrever el aspecto represivo de la "nouvelle prevention". Sobre los aspectos autoritarios del "modelo New York" ver los recientes dossier de las revistas alemanas *Der Spiegel*, 29, 1997, p. 126-135; *Konkret*, 1997, p. 36-41; para un análisis de este modelo, ver, en particular, el artículo ya clásico de Wilson y Kelling, 1982. La conexión entre política de seguridad urbana e involución autoritaria de la policía en el sistema de la justicia criminal está al orden del día en diversos países de América Latina.

Al mismo tiempo, los delitos económicos y ecológicos, la corrupción, la desviación criminal de los órganos civiles y militares del Estado, la complicidad delictuosa de los detentadores del poder político y económico con las organizaciones de tipo mafioso, se suelen asumir en la discusión pública como problemas de orden moral y no como problemas de seguridad urbana. La cuestión del orden público, se sabe, se detiene donde termina el campo de acción de la fuerza de seguridad pública y no es afectada, sino indirectamente, por el desorden social e internacional que crece cada día más a causa de la política neoliberal y de la globalización de la economía.[16] El resultado es una proliferación de espacio "fuera del derecho"[17] en el corazón de las metrópolis europeas; ellas son el reino de la inseguridad, que golpea sobre todo a los grupos "débiles".

La ambigüedad ideológica del concepto de política criminal, se manifiesta aún más claramente si se examinan sus relaciones con el otro término del aparente dilema: la política social. Aquí se produce una especie de compensación de aquello que ha sido sustraído a muchos titulares de derechos en el cálculo de la seguridad. Una vez que se ha olvidado de garantizar la seguridad de los derechos de un cierto número de sujetos vulnerables, pertenencientes a grupos marginales o peligrosos, la política criminal la reencuentra como "objetos" de una cierta forma de política social.

Objetos, entonces, y no sujetos, porque también esta vez la finalidad (subjetiva) de los programas de acción no es la garantía de sus derechos, sino ante todo reforzar la seguridad de sus víctimas potenciales. Para proteger las personas "respetables" (y no para tutelar aquellas que no pueden disfrutar de sus derechos civiles, económicos y sociales), la política criminal se transforma, en la terminología de la nueva prevención, en "prevención social" (de la criminalidad).[18] Las personas vulnerables y sin ningún poder social que sufren lesiones de sus derechos económicos y sociales (derechos "débiles", como señala la teoría de los derechos fundamentales),[19] por parte del Estado o de la sociedad, se convierten de tal modo en potenciales agresores de los derechos fuertes (integridad física, derecho de propiedad) de los sujetos socialmente más protegidos.

El Estado interviene, a través de la prevención social, no tanto para realizar su propio deber de prestación respecto de los sujetos lesionados, sino para realizar, con acciones preventivas que se agregan a aquellas represivas el propio deber de protección (más propiamente: de prestación de protección) respecto de los sujetos débiles, considerados como factores de riesgo. Estamos en presencia de una sobreposición de la política criminal a la política social, de una "criminalización" de la política social.

Decir que la política criminal deba elegir entre una política de seguridad y una política social, es establecer una falsa alternativa. Si nos liberamos de los estereotipos y de las acepciones ideológicas de los términos en juego y utilizamos

(16) Albrecht, 1997, p. 126-127.

(17) Scalotero, 1992, p. 83.

(18) Robert, 1991a, 16; Creazzo, 1996, p. 23-24.

(19) Ver, Alexy, 1986, p. 454-472; Ferrajoli, 1990, p. 901-907.

con rigor, en su lugar, conceptos jurídicos que permitan establecer un ligamen entre la seguridad y los derechos, entonces la alternativa tiende a desaparecer.[20] No se trata tan sólo de una elección, que no puede ser propuesta, en cada campo de la política pública, entre dos finalidades que en la perspectiva del Estado social de derecho son inseparables. En el caso de la política criminal, a una visión muy rigurosa de cada una de las dos finalidades, se agregan, como se verá en su momento, una visión muy amplia de la política criminal y de su específica competencia al interior de una política de protección de los derechos.

3. El futuro de la criminología y el modelo integrado de las ciencias penales

En los primeros decenios de nuestro siglo, la criminología positivista se afirma como teoría etiológica del crimen y como teoría tecnológica de la política criminal. Junto con la doctrina penal ella ha contribuido a la constitución de un primer modelo integrado de ciencia penal, es decir, aquella positivista (*die gesamte Strafrechtswissenchaft*) de Franz von Liszt.[21]

A partir de los años 40, primero en los Estados Unidos y después y sucesivamente en Gran Bretaña y en el continente Europeo, comenzaron a aparecer, especialmente bajo el impulso del interaccionismo simbólico, los elementos de una nueva perspectiva teórica (labelling approach). Colocando en el centro del interés científico los mecanismos y los procesos institucionales o informales de etiquetamiento, la teoría del *labelling* ha demostrado la inconsistencia epistemológica del paradigma etiológico en criminología.[22]

Bajo la influencia de la teoría del *labelling,* entraba en crisis en Europa, a partir de los años 60, el modelo integrado de ciencia penal de Liszt. El sistema de la justicia penal se torna objeto de un saber que se aleja siempre más de la criminología tradicional y se aproxima a la teoría y a la sociología del derecho penal en el sentido amplio del término. Ello no se limita a los procesos institucionales de criminalización, sino que estudia también los informales (como, por ejemplo, las reacciones a la criminalidad por parte de la opinión pública y de aquella "publicada") extendiéndose al menos potencialmente al estudio de la dogmática penal considerada en este caso en su rol de instancia constitutiva del sistema penal.[23]

(20) Es interesante constatar que, en una obra muy difundida, la política criminal es definida como una de las estrategias de la "política social de un determinado Estado o de una comunidad de Estados" (Lazerges, 1987, p. 11 y 116); esto es muy distinto a concebir la política social como una parte de la política criminal – ésta última tesis es inaceptable, como se verá más adelante en el texto.

(21) Sobre la evolución de la doctrina penal y de la teoría criminológica ver, Baratta, 1979 y 1982.

(22) Baratta, 1979, p. 147-157; 1982, p. 85-98, p. 159-171.

(23) Desde el punto de vista epistemológico, así como desde el punto de vista metodológico, sería oportuno distinguir al lado de ello, un rol de la dogmática jurídico-

El nuevo modelo integrado de ciencia penal, fruto de la confluencia entre dogmática, teoría y sociología del derecho penal en la perspectiva de la criminología crítica, es diferente del modelo positivista propuesto por Liszt. Desde ahora, el punto de vista del componente criminológico deja de ser interno: la investigación toma distancia del rol auxiliar propio de la criminología etiológica. Adoptar un punto de vista externo al sistema penal significa, entre otras cosas, que las definiciones del comportamiento criminal producto de la instancia del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común) no sean consideradas más como punto de partida, sino como problema y objeto de estudio, a partir del cual vienen utilizados los instrumentos puestos a disposición de la historia y del análisis de la estructura social.

Sin embargo, también en el modelo crítico, no obstante la enorme diferencia epistemológica respecto del modelo positivista, debido al cambio de paradigma en la criminología, la ciencia integrada del derecho penal sigue a una regla de interdisciplinariedad que podríamos definir como *interdisciplinariedad interna*. Podríamos llamar interna la forma de interdisciplinariedad que se practica cuando una disciplina académica o un complejo integrado de disciplinas académicas converge en un único objeto (en nuestro caso, el derecho penal), selecciona y organiza, al interior del propio discurso, resultados provenientes de otras disciplinas académicas, pero manteniendo la autonomía estratégica y la hegemonía del propio saber específico en relacion con ésta.

Tal interdisciplinariedad contribuye a la construcción de un modelo integrado de ciencia del derecho penal, utilizando elementos de teoría y de historia social, de psicología social, politología, teoría de la argumentación, ética social, etc. La naturaleza y los contenidos de este modelo han estado determinados por la intervención de la criminología crítica sobre el núcleo originario del discurso (la ciencia penal integrada), a través del análisis de los procesos sociales e institucionales de definición de la criminalidad y de reacción frente a ella.[24]

El discurso científico fruto de la interdisciplinariedad interna conduce a una forma de control del sistema de la justicia criminal que podríamos denominar "control interno". Se trata de un control *formal* dirigido a medir la correspondencia entre la práctica represiva y los principios del derecho penal liberal (igualdad, libertad, legalidad, etc.) a través de los cuales es traducida la "promesa" de la modernidad.

Del otro lado, podemos denominar "control externo", aquel control basado sobre el principio de justicia material y sus criterios políticos que toman en

penal entendida como instancia de control científico y jurídico del sistema de la justicia criminal. La relación entre los dos roles puede ser representada como aquella entre discurso y metadiscurso. Sobre la importancia, pero también sobre el déficit histórico de la función de control ver, en el marco de una amplia reconstrucción histórica de la ciencia jurídico-penal. De Andrade, 1997.

(24) Un control tal es en particular competencia de la dogmática jurídico-penal en su función crítica al interior de la ciencia penal integrada.

consideración los efectos externos del sistema, vale decir, la selectividad y las consecuencias de la defensa de los bienes jurídicos,[25] mediante la intervención punitiva sobre las situaciones y sobre los comportamientos problemáticos. El objeto de dicho control *material* es representado por la relación entre costos sociales y beneficios de la intervención del sistema penal.[26]

El discurso científico que puede asumir la función de control externo del sistema de la justicia criminal no presenta un objeto homogéneo, como sucede en el caso del control interno. Ha sido frecuentemente observado[27] que las situaciones administradas por el sistema de la justicia penal constuyen un universo de eventos heterogéneos y con límites móviles.[28] El único denominador común es aquel a ser previsto en un determinado tiempo y en una determinada sociedad, como objetos de intervencion del sistema penal. La negatividad social de la situaciones y la posibilidad de ser imputada mediante mecanismos sociales de atribución de responsabilidad a la acción de un sujeto individual, no representan un elemento común y exclusivo de aquellas situaciones.[29] De hecho, estas dos características no se encuentran necesariamente en las situaciones administradas por el sistema de justicia criminal (no falta en la historia y en la fenomelogía de los sistemas punitivos la incriminación de comportamientos socialmente positivos o neutros y formas de responsabilidad objetiva o colectiva); no son propiedad exclusiva de él, encóntrandose también en comportamientos que son objetos de intervención de otros sistemas de control social.

Si no se quiere seguir la teoría del "delito natural", es decir, aquella doctrina que presenta la criminalidad como cualidad ontológica de algunos comportamientos o de determinados sujetos independientemente de los mecanismos sociales de definición y de imputación,[30] entonces se debería reconocer la movilidad de los confines y la heterogeneidad del universo de los comportamientos criminalizados. Chapman[31], ha observado que para casi todos los comportamientos definidos como

(25) Para una discusión crítica de las diversas acepciones de tal concepto y de su rol simbólico e instrumental en la política criminal, ver Baratta, 1990; Smaus, 1985.

(26) Ver Baratta, 1990, p. 43-47.

(27) Robert, 1994, p. 54.

(28) ¿Cómo es posible considerar como homogéneas formas de la criminalidad "tradicional", como por ejemplo las lesiones contra el patrimonio, la integridad física y el honor de una persona, por una parte, y por la otra, las fenomenologías de la "nueva criminalidad" propia de una sociedad postindustrial, como los delitos ecológicos, la corrupción administrativa, los riesgos tecnológicos, el tráfico de estupefacientes, la inseguridad del transporte urbano o la transmisión del HIV?

(29) Eso es demostrado por numerosos casos de intervención represiva del sistema penal, no obstante la controversia existente en la doctrina y en la opinión pública a propósito de la negatividad social o de la imputabilidad del hecho a determinados individuos.

(30) Para una crítica del concepto ontológico de criminalidad y la correspondiente literatura, ver Baratta, 1982, p. 38-43, 83-129; 1987, p. 39-46.

(31) Chapman, 1968, p. 174-178.

criminales, existen otros socialmente comparables, que no son objetos de tales definiciones. Por otra parte, deberíamos considerar que, para casi todas las áreas problemáticas que tienen "relevancia" penal, el sistema de la justicia criminal no opera en condición de monopolio: ello concurre con otros sistemas de control preventivo o reactivo, administrados por instituciones del Estado o de la sociedad civil. La pretensión de exclusividad o de supremacía de un sistema de control no puede ser nunca justificada por la "naturaleza" de la situación problemática: como la consecuencia necesaria de ella.

Si proponemos evaluar la política existente y elaborar nuevas políticas de control de las situaciones problemáticas o socialmente negativas, la referencia al actual sistema de justicia penal no permite pues, elaborar una definicion satisfactoria del universo de la situaciones y de los comportamientos en cuanto "criminales". Aquella referencia no puede de hecho ser exclusiva ni puede ser concebida como ontológicamente necesaria. Ella nos puede servir para el estudio de los procesos sociales e institucionales de definición de la criminalidad y de reacción a ella, a los fines del control interno del sitema punitivo; pero eso es absolutamente inadecuado para estudiar las variables relevantes a los fines del control externo del sistema.

Podríamos distinguir, en el discurso de la criminología contemporánea, una *dimensión de la definición o de la reacción social*, y una *dimensión comportamental*: ahora bien, a aquélla le corresponde el primero de los dos objetos de estudio, a ésta el segundo. En el primer caso, la criminología crítica ha contribuido a la formación de un modelo integrado de ciencia jurídico-penal, entendido en su función de control interno del sistema. Las dificultades y los problemas epistemológicos actuales de la criminología, conciernen sobre todo a la dimensión comportamental.

Estas dificultades y estos problemas condicionan directa o indirectamente el actual debate sobre el futuro de la criminología e indican cuestiones todavía abiertas, que se hallan hoy en el centro de una crisis (¿de crecimiento?) de la criminología crítica.[32] La crisis se hace evidente cuando se pasa de la dimensión de la definición a la comportamental.

En la dimensión de la definición, en la que el objeto del discurso criminológico es el sistema de la justicia criminal, la criminología crítica ha contribuido a la formación de un modelo integrado de ciencia jurídico penal, que funciona como control interno del sistema. Aquí, la teoría y la sociología del derecho penal, introducidas en el discurso "integrado" de la ciencia jurídico penal pueden, gracias a su objeto, justificar epistemológicamente su autonomía y su competencia para seleccionar y organizar en el interior del propio discurso, elementos de otros saberes específicos (interdisciplinariedad interna).

En la dimensión comportamental, al contrario, el objeto del discurso de la criminología es constituido por el *referente material* de la criminalidad, es decir, por las situaciones problemáticas o socialmente negativas que pueden ser puestas

(32) Ver, Nelken, 1994, Swaaningen, 1994; Hess, Scheerer, 1997.

en relación con comportamientos individuales. A diferencia de lo que ocurre en la dimensión de la definición, en el caso de la dimensión comportamental, el universo de eventos objeto de la criminología, tanto de la tradicional como de la crítica, no presenta, como se ha visto, ni confines estables ni homogeneidad. En este caso, la criminología y el discurso integrado de la ciencia jurídico-penal, se ocupan de situaciones problemáticas para ejercer una función de control externo, y de ello consigue que la autonomía científica y la competencia (integrante) dejen de existir. Cada una de las áreas problemáticas comprendidas en el universo de los eventos objeto del discurso puede ser estudiadas en sus múltiples dimensiones, sólo gracias a contribuciones convergentes de disciplinas científicas y saberes especiales, que se organizan según una combinación específica por cada una de las áreas, sin que ninguna disciplina pueda, a priori, pretender un rol hegemónico o una competencia sobre la competencia de las otras.

Podríamos denominar *interdisciplinariedad externa o pluridisciplinariedad* una forma de convergencia entre disciplinas científicas y saberes especiales con competencia paritaria.[33] La articulación de los diferentes elementos del saber varía no sólo en función de la naturaleza de los problemas que el discurso científico intenta controlar, sino también en función de la dinámica de las distintas áreas disciplinarias y de la percepción de los problemas por parte de los actores sociales que son políticamente responsables de la elaboración de las estrategias y de las tácticas de control.

En tal contexto, se puede adelantar la tesis de que el control externo del sistema de la justicia penal y la puesta en marcha de una política coherente de respuesta a las situaciones problemáticas o socialmente negativas imputables al comportamiento de sujetos individuales, exige que se formen redes de convergencia de saberes, diferenciados y móviles, de acuerdo con los cánones de la interdisciplinariedad externa. Redes a las cuales, según la naturaleza de los problemas y de su percepción, también una ciencia integral del derecho penal puede ser llamada a contribuir.

No tiene futuro, opino, una disciplina, en nuestro caso la criminología, que pretende encerrar dentro de la propia gramática – fragmentaria – la dimensión comportamental de la cuestión criminal, es decir, todas las situaciones problemáticas o ligadas a violaciones de derechos, toda la violencia y todo los conflictos que pueden ser puestos en relación con ella.

La criminología, así como cada una de las otras disciplinas – derecho, sociología, psicología y política –, considerada en la propia especificidad, puede dar sólo respuestas aisladas a la cuestión criminal. Esto agrava la fragmentación de la comunidad científica y, como consecuencia, el aislamiento recíproco de las instancias de control, que son condicionadas por las distintas disciplinas científicas y se ocupan cada una por su cuenta de un segmento o de un aspecto particular de la fenomenología y del contexto de los mismos problemas sociales.

(33) Tales formas de integración son consideradas particularmente prometedoras por la epistemología contemporánea que frecuentemente utiliza para definirlas, el término de "transdisciplinariedad" (Gräfrath, Huber, Ulemann, 1991, p. 182-185).

En lo que concierne a la dimensión comportamental de la cuestión criminal, sólo un discurso transversal a la división académica del trabajo científico y de la disciplina institucionalizada, puede legitimarse desde el punto de vista epistemológico y político. Tal discurso no puede ser formulado, sino por un *sujeto colectivo* que se podrá formar, a través de la participación de actores provenientes de la distintas comunidades científicas, cuando a la lógica tradicional de las convocatorias académicas se sustituyera el empeño civil y la *demanda política* por parte de la comunidad de los ciudadanos y de las instituciones del gobierno local o nacional. Sólo un sujeto tal y un discurso tal, podrán producir un saber social orientado al principio democrático de la interacción entre ciencia y sociedad, un discurso que no desatienda las necesidades reales de los ciudadanos.

4. Eficientismo penal y eficiencia del pacto social

El pacto social propio de la modernidad, el derecho moderno y sus Constituciones están ligados al intento de contener la guerra, de civilizar y de someter a reglas institucionales los conflictos políticos y sociales.[34] En el interior de este proceso, la seguridad de los ciudadanos constituye la promesa central del Estado.[35]

La condición de validez y de eficacia del pacto es la eliminación de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial. Sabemos, al contrario, que el resultado histórico – hasta ahora, a raíz de la crisis de la modernidad, muy frecuentemente descrita en los discursos que se autocalifican "postmodernos" – es que el derecho moderno, en el intento de contener la violencia, ha terminado por ocultarla, excluyendo del pacto los sujetos débiles, haciendo jurídicamente invisible la desigualdad y la violencia estructural en la sociedad.

El caso de la pena "pública" es sintomático. La ideología del Iluminismo y la legislación del Estado constitucional han intentado domesticar su crueldad premoderna, de administrarla como un remedio que a pesar de su amargura, es todavía eficaz contra la violencia.[36] Pero el poder punitivo continúa revelándose como un veneno que alimenta la violencia del Estado y de la sociedad. La interrelación entre la conflictividad social y política, y el proceso institucional e informal de criminalización, entre desigualdad y represión, entre violencia estructural y violencia penal, es una constante en la historia de la sociedad moderna.[37]

Cuando los conflictos asumen la dimensión de la guerra civil, asistimos regularmente al recíproco condicionamiento entre la forma bélica de pensamiento y

(34) Para tal modelo interpretativo ver Baratta, Giannoulis, 1997, p. 51-64.

(35) Lehne, 1996, p. 309.

(36) Para el uso de la metáfora del *phármakon* en un penetrantre análisis de la relaciones entre la violencia institucional y la violencia "salvaje", ver Resta, 1992.

(37) Ver Baratta, 1993.

de acción y de aquellas propias de la reacción punitiva. El fenómeno se produce no sólo en los procesos de criminalización informal, sino también en los procesos institucionales propios de un sistema penal (paralelo), que acompaña de manera *natural* los conflictos armados. La fuerza del orden y el sistema penal legal asumen la forma de la guerra; al mismo tiempo, el *momento penal* se dilata desproporcionadamente, englobando las actitudes y las prácticas de las formaciones militares y paramilitares, de los grupos armados y de las organizaciones terroristas o criminales.

En la medida en que los conflictos disminuyen y se localizan en el tiempo y en el espacio, tiende a desaparacer el condicionamiento recíproco entre guerra y pena, entre violencia armada y violencia punitiva; el sistema punitivo legal se impone entonces sobre el sistema paralelo. La condición necesaria para una *normalización* del sistema penal legal, es que el Estado pueda ejercitar un control efectivo sobre el sistema paralelo, para impedir la continuación de la guerra y permitir que los conflictos sociales y políticos se desplieguen en forma no violenta. La normalidad del sistema penal es una consecuencia de la validez ideal y del respeto efectivo del pacto social y, por consiguiente, de la vigencia de la Constitución.[38]

Del pacto social la paz es, sin embargo, condición necesaria, pero no suficiente: las otras condiciones necesarias se encuentran en la eficacia de las normas que regulan la organización y la división de los poderes del Estado y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos/hombres.[39]

Partiendo del célebre enunciado del artículo 16 de la Declaración de 1789, Carl Schmitt[40] ha mostrado, con particular lucidez, que la efectiva separación de los poderes y las garantías de los derechos son determinadas por las Constituciones del Estado de derecho moderno, en su terminología: del Estado de derecho burgués.

La utopía concreta de la alianza de las víctimas de la modernidad y de una reformulación del pacto social que garantiza la "inclusión de los excluidos,"[41] indica el recorrido para un proceso político de dimensiones planetarias que conduce, más alla de los límites del pacto social moderno, a formas más altas de "desarrollo humano"[42] en las cuales la relación entre necesidades, capacidades y derechos fundamentales alcanzarán un nivel superior.

(38) Ver Orozco Abad, Aponte, 1992, p. 219-232.

(39) Sobre la equivalencia de las dos nociones, entendida como dato institucionalmente considerado, pero como reivindicación política y condición de efectiva democracia, ver Balibar, 1989, p. 4-6, 11-15. El autor muestra también que tal ecuación es ya enunciada en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

(40) Schmitt, 1989, p. 125-220.

(41) Ver Baratta, Giannoulis, 1997, p. 57-64.

(42) Uso este término, fundamentalmente, en el sentido adoptado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano. En tal concepto, las tres dimensiones elementales de "desarrollo humano", son la salud (es la espectativa de vida), la instrucción y el acceso a los recursos materiales que garantizan un standard aceptable de vida. En su relación anual los investigadores del Programa presentan la evolución, en los distintos Estados, de múltiples indicadores que cuantifican el desarrollo humano.

Este camino de la lucha política pacífica, pasa también por una interpretación y una aplicación dinámica[43] de las Constituciones de los Estados sociales de derecho;[44] por una política de desarrollo social y de protección integral de los derechos (derechos civiles, sociales, económicos, culturales y de participación política), protección que no es solamente la finalidad (indicada al menos bajo la forma de principios generales de la acción estatal), sino también la garantía de funcionamiento de dichas constituciones. Si el camino no es recorrido, si es obstaculizado o interrumpido, o si el desarrollo humano es impedido – si sube el nivel de la desigualdad y de la violencia estructural en la sociedad –, entoces no se dan las condiciones suficientes para la existencia de un derecho penal normal, aunque se haya realizado en todo o en parte la condición necesaria: la paz.

Los términos *eficientismo* o *funcionalismo* designan formas de perversión hoy difusas en Europa y América, es decir, en países cuyas Constituciones contienen los principios del Estado social de derecho y del derecho penal liberal. El eficientismo penal constituye una nueva forma de *derecho penal de la emergencia*, degeneración que ha acompañado siempre la vida del derecho penal moderno. No obstante la especificidad de los conflictos que existen en los diversos países del área europea y americana, el eficientismo representa un denominador común de la conflictualidad ligada a una doble crisis: en primer lugar, la crisis del sistema económico-social, producto de la globalización y de las políticas neo-liberales dominantes en el mercado y, en segundo lugar, la crisis de la política de los partidos del sistema representativo. Los conflictos debidos a la distorsión del desarrollo económico, dejan de buscar alguna mediación adecuada en el sistema político.

La polarización social, la competencia entre los grupos de poder y la impotencia del Estado frente a estos fenómenos, hacen necesaria la invención de nuevas formas de disciplinamiento y de legitimación de los equilibrios de poder. El sistema punitivo se aprovecha de este *vacuum potestatis* apropiándose de los espacios libres. El derecho penal deja de ser subsidiario, de constituir la *última ratio* de acuerdo con la concepción liberal clásica y se convierte en la *prima ratio*, una panacea con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales. De tal modo, el derecho penal se tranforma en un instrumento al mismo tiempo represivo (con el aumento de la población carcelaria y la elevación cualitativa y cuantitativa del nivel de la pena, a tal punto que críticos ilustres del sistema penal hablan de edificación de nuevos *gulags*, en Occidente después de los años 80)[45] y simbólico (con el recurso a *leyes-manifiesto*, a través del cual la

Ver la definición del concepto en UNDP, Human Development Report, 1990, New York, p. 9-16; sobre "derecho al desorrollo", ver Denninger, 1990, p. 221.

(43) Ver, Denninger 1990, p 27, 226; Canotilho 1982, p. 349.

(44) El término "Estado social de derecho" es utilizado en la ley fundamental de la República Federal de Alemania (artículo 28, apartado 1.º; art. 20, apartado 1.º) y en las Constituciones de muchos *Länder* alemanes, vale naturalmente para todos los Estados democráticos actuales.

(45) Ver Christie, 1994. Sobre el futuro de la cárcel, ver la discusión en Scheerer, 1996.

clase política reacciona a la acusación de "laxismo" del sistema penal por parte de la opinión pública; reacción ésta que evoca una suerte de *derecho penal mágico*, cuya principal función parece ser el exorcismo).[46]

El eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías substanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal.[47] Se desliza hacia "un modelo totalitario de política criminal,"[48] hacia las modalidades de una nueva "suave inquisición,"[49] que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional.

Observado en la óptica de la teoría sistémica, el eficientismo penal es un clásico ejemplo de un circulo vicioso de la respuesta a una desilusión, debida a la percepción de la ineficacia de la reacción penal a determinados problemas. El eficientismo, podríamos decir con la terminología de Luhmann, no responde *cognitivamente*, sino *normativamente* a la desilusión[50]; se niega a aprender y, en vez de buscar otra reacción más eficaz, intenta hacer más eficaz aquella reacción penal, aumentando su intensidad también en detrimiento de la legalidad constitucional, del buen funcionamiento y de la legitimación de los órganos judiciales.[51] A la inevitable desilusión sigue una reacción punitiva más grave a la precedente, y la espiral represiva sigue aumentando, como muestra la experiencia de los últimos años en muchos países occidentales, con los Estados Unidos a la cabeza.

Sin embargo, el eficientismo no sería un mal así de grave, si se tratara tan sólo de un problema de aprendizaje: algunos argumentos fuertes podrían quizás curarlo. Al contrario, es sobre todo un problema de actitud y como tal no es sólo un síntoma, sino una parte integrante de la crisis social y política, y de los procesos de comunicación social que la acompañan. Aquello que está en juego no es sólo la percepción del derecho penal por parte de políticos, juristas y de la opinión

(46) Ver Delmas-Marty, 1986, p. 44; Hassemer, 1989; Albrecht, 1997, p. 128-131; sobre el "derecho penal simbólico" ver Müller, 1993; Lehne, 1994.

(47) Para una crítica del eficientismo penal en el derecho sustancial y procesal ver Schumann, 1977; Baratta Silbernagl, 1983; Smaus, 1985; Baratta, 1989; Hassemer, 1990; Aponte, 1990; Aponte, 1998; Albrecht, 1993; Frister, 1994; Moccia, 1997. Se va en dirección de un modelo totalitario de política criminal (Delmas-Marty, 1986, 190).

(48) Ver, Delmas-Marty, 1986, p. 190.

(49) Ver, Padovani, 1991.

(50) Utilizo aquí libremente conceptos elaborados en diversos trabajos por Luhmann. (Ver, entre otros, Luhmann, 1993, p. 76-83, 133-134, 555-556).

(51) Ver las anotaciones de Foucault sobre las reacciones análogas respecto de la crisis de la cárcel (1975, p. 273-274).

pública, sino el modo de percibir los conflictos sociales. Ello parecerá más claro, si examinamos rápidamente las típicas distorsiones que caracterizan esta falsa percepción. No son más que articulaciones diferentes de aquello que podríamos denominar *criminalización de los conflictos*, o sea, la lectura de los conflictos en el código binario crimen/pena.

Se trata, en primer lugar, de una *eticización* y absolutización de los conflictos. A su contenido real (expresado en la existencia y la utilización de un recurso jurídico) se sobrepone una polarización ideológica entre bien y mal. Se produce en tal modo una expansión de la esfera moral, que tiene como efecto también favorecer mecanismos psicosociales de proyección, producir etiquetamientos y formar mayorías silenciosas. Ellas a su vez interaccionan con las campañas de *ley y orden*, influyendo sobre los mecanismos de consenso y de legitimación del poder.

En segundo lugar, se produce una *decontextualización* y una *depolitización* de los conflictos. A la luz de una lectura fuertemente reductiva del conflicto, el acercamiento penal se convierte en un *passepartout* para la compresión de fenómenos complejos, como la mafia o las grandes organizaciones criminales, el terrorismo, las desviaciones del aparato militar – de otros cuerpos separados del Estado – la corrupción administrativa y la destrucción del ambiente.

En tercer lugar, podemos revelar una tecnicización de los conflictos, que es en sustancia, una consecuencia de su depolitización. La solución de problemas, como aquellos que ahora hemos recordado, puede ser sólo parcial y aparente, si ella es confiada a la exclusiva competencia de la disciplina criminológica y de los órganos especializados del sistema penal, substrayéndola de las áreas de la política y de la discusión pública. La historia antigua y reciente de la respuesta a la mafia en Italia, es un ejemplo elocuente de ello.[52]

En fin, y paradójicamente, la criminalización de los conflictos produce también su despenalización. Mientras multiplica las previsiones de pena, el eficientismo penal multiplica también el número de casos de impunidad, los cuales representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes, también en la fenomenología de un derecho penal "normal". Ensanchando desmedidamente los programas de acción del sistema de la justicia criminal, sin que a ello le pueda acompañar un adecuado aumento de los recursos a su disposición (lo que de otra parte no sería augurable, porque significaría la militarización total de la sociedad),[53] el eficientismo eleva los niveles de la selectividad estructural del sistema punitivo, mientras permanecen constantes las variables tradicionales de ella: también el derecho penal eficientista llena las cárceles, sobre todo, de sujetos socialmente débiles. En algunos países europeos que practican el eficientismo, la mitad de la población carcelaria es constituida por tóxico-dependientes y "extracomunitarios."[54]

(52) Ver, Baratta, 1994a y la bibliografía allí indicada.

(53) Ver el análisis y las indicaciones bibliográficas en Hassemer, 1989, p. 558-559, Müller, 1993, p. 86-87.

(54) Ver Sim, Ruggiero, Ryan, 1995 p. 10-11; Ruggiero, 1995, p. 48-49; Bergalli, 1995, p. 157; Tournier, 1966, p. 133, 137.

Con la pretensión de aumentar la eficacia del sistema penal, el eficientismo está siempre dispuesto a hacer concesiones respecto de las garantías individuales y de los principios de limitación del poder punitivo, que constituyen el principal índice de la normalidad del derecho penal. El eficientismo se encuentra entonces en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales. La anomalía del derecho penal tiene consecuencias negativas para su eficacia, también en aquellos casos en los cuales esta anomalía parece ser imediatamente compensada con algún resultado positivo en la lucha contra la criminalidad. No sólo porque es imposible demostrar que estos resultados no habrían sido conseguidos con respeto de las normas constitucionales en materia penal, sino también y sobre todo porque en el cálculo general de la eficiencia del sistema jurídico de un Estado de derecho las violaciones de aquellas normas tienen una influencia nefasta sobre la confianza de los ciudadanos y sobre el consenso social de los cuales se nutre el sistema constitucional y, en consecuencia, sobre la eficacia misma del pacto.

La violencia de los conflictos "barbariza" el derecho penal pero, recíprocamente, la violencia punitiva fuera de las reglas y de los límites del Estado social de derecho, "barbarizan" los conflictos. El derecho penal mínimo,[55] el derecho penal de la Constitución,[56] no es sólo el programa de un derecho penal más justo y más eficaz, es también un gran programa de justicia social y de pacificación de los conflictos.

5. De la política criminal a una política integral de defensa de los derechos

Si la criminología en su dimensión comportamental no tiene futuro, ¿puede tenerlo la política criminal? Para afrontar apropiadamente tal cuestionamiento será conducente subrayar que, en verdad es necesario disponer de programas de acciones justas y eficaces para controlar los siguientes fenómenos:

- Las situaciones problemáticas o de violaciones de los derechos fundamentales imputados a comportamientos de individuos;
- Los procesos de criminalización;
- Las consecuencias individuales y sociales de las violaciones de los derechos, así como las de los procesos de criminalización.

Ello corresponde a la triple tarea que la política criminal debería asumir siguiendo la dirección más avanzada y crítica de la criminología. Parece ahora evidente que la política criminal se encuentra los problemas que, como habíamos visto, surgen en relación con la autonomía teórica de la criminología y la homogeneidad de su objeto.

El universo de las situaciones negativas que pueden convertirse en objetos de la política criminal no poseen ni siquiera aquella aparente homogeneidad que

(55) Baratta, 1985.

(56) Bricola, 1973 y 1984.

tienen las situaciones definidas como "crímenes" en la ley penal. La política criminal, de hecho, se ocupa también de proponer nuevas definiciones legales y modificar las existentes. Por este motivo su universo no es sólo no homogéneo, sino que, por definición, es indeterminable, porque le falta incluso aquel límite (en el sentido matemático o geográfico del término) artificial y contingente, que es establecido por las definiciones legales.

En cuanto a los instrumentos de control, su ventaja se torna siempre más amplia y diferenciada en el interior de los sistemas penales contemporáneos. Al recurso de las sanciones alternativas a la pena carcelaria se acompañan tentativas de redefinición del sistema de las penas que ponen en duda la centralidad de la cárcel, la que permanece aún ahora como la característica calificante del sistema penal moderno.[57] Pero el espacio que se abre a la imaginación política es extremadamente vasto cuando salimos de las penas alternativas a la cárcel y entramos en la alternativa a la pena, en el universo de la prevención no penal: esta línea de distinción demarca el paso de una *política criminal alternativa,* a una *alternativa a la política criminal.*

La construcción del objeto y del instrumento de control conducen a la política criminal una crisis de identidad y de competencia aún más grave que aquella que ha tenido lugar en la criminología. Si la práctica de la interdisciplinariedad externa es necesaria para la criminología en crisis, con mayor razón lo será para la política de control de las situaciones socialmente negativas. En efecto, mientras los problemas creados por la construcción del objeto de la política criminal son comparables a aquellos ya encontrados en la criminología, la definición de los instrumentos de control ofrecen, en el caso de la política criminal, un argumento ulterior a favor del encuentro entre el saber y comunidades científicas diversas. Aun en éste caso y con mayor razón, la confrontación y la colaboración entre diversos saberes y entre las experiencias de operadores del Estado, de la administración local y de la sociedad civil, podrán contribuir al surgimiento de un *sujeto colectivo.* Como se ha visto arriba, la composición y las características de este sujeto corresponden a la especificidad de los problemas, a la pluralidad de las estructuras de investigación y de las agencias que tienen a cargo las situaciones problemáticas; a la diferenciación de los instrumentos de control. Se tratará, en pocas palabras, de pasar "de lo simple a lo complejo, de lo único a lo múltiple."[58]

A primera vista, el cuadro presentado conduce a dos opciones ambas insatisfactorias: o asignar a la política criminal un espacio de acción heterogéneo

(57) Foucault (1975, p. 119) examina la "colonización de la penalidad por parte de la cárcel" en una obra consagrada a la interpretación de la "evidencia" social y política de la cárcel, no obstante su aparente fracaso (p. 234). Por su parte Delmas-Marty (1986, p. 70) habla de la equivalencia "pena=cárcel" puesta en duda por la evolución teórica y legislativa de los últimos decenios. Importante son las contribuciones y las propuestas de Eusebi (1990) para el análisis crítico de la centralidad de la cárcel y la superación de ésta en el marco de una respuesta articulada a la actual crisis de la pena.

(58) Ver, Delmas-Marty (1986, p. 214). La autora nos invita a ver en la actual crisis de la política criminal "el signo de una verdad futura".

con límites indeterminables, o buscar su especificidad en un campo de intervenciones que tienen que ver con la producción, la aplicación o la reforma de las reglas del derecho penal sustancial, procesal y del derecho penitenciario. En el último caso, la política criminal tendría un campo de actividad todavía vasto, pero sería limitada a la política del derecho penal. Aunque no se quiere negar que el derecho penal representa una condición necesaria para el control y la limitación de la violencia punitiva, que en el estado actual de las cosas, va más allá de los límites del derecho penal en lo que se refiere a muchos aspectos,[59] no se debe resignar a hacer de aquél una condición suficiente. Es necesario salir del *impasse* evitando, en primer lugar, el círculo vicioso del eficientismo penal y, en segundo lugar, la criminalización de la política social.

Un esfuerzo conjunto de la fantasía de los juristas y de la imaginación colectiva podría quizá emancipar el quehacer político de la "cultura de lo penal". Tal esfuerzo debería tender a una radical relectura de las necesidades humanas y de las situaciones de riesgo en la óptica del sistema de los derechos fundamentales y del edificio normativo entero de la Constitución. No se trata solamente de diseñar un derecho penal de la Constitución, sino de redefinir la política pública, a la luz del proyecto constitucional, como política de ejercicio efectivo y de protección integral de los derechos fundamentales. La tarea que deberíamos cumplir, tiene como objetivo garantizar autonomía y centralidad a todos los derechos fundamentales que están en juego en una concepción amplia de política criminal, colocando, sin embargo entre paréntesis u, olvidando por cierto tiempo, por puras finalidades metodológicas, la importancia de su protección penal. Podríamos asumir entretanto, que una política de justicia social y de igualdad, puede tener un efecto positivo sobre el control de la criminalidad y los procesos de criminalización independientemente de las intervenciones del derecho penal.

La política del derecho penal es aquella que resta de la política criminal cuando le han sido substraídas todas las operaciones que tienen efectos indirectos y secundarios sobre el control de la criminalidad, de los procesos de criminalización y de las consecuencias de ambos, y tienen, al contrario, efectos negativos (específicos y directos) en otros sectores de la política de los derechos. Si renunciamos a entender la política criminal colocándola en el lugar de la política social, entonces podríamos aceptar reducirla a la política del derecho penal.

La estrategia multidisciplinaria y multiagencial que deriva de ello no busca un rígido límite ni siquiera en aquella estrategia que separa la ciencia integrada del derecho penal y el universo de los otros saberes, las agencias del sistema de la justicia criminal y aquellas de los otros sistemas.

El resultado es que para ciertas áreas problemáticas la convocatoria a los respectivos "ateliers de trabajo multidisciplinarios" se deberá extender también a las disciplinas y a las instancias de la justicia penal. Pero al rechazo de una

(59) Es por esa razón que he podido calificar como el desafío histórico lanzado hoy al sistema penal, la demanda de coherencia entre los principios jurídicos fundamentales que regulan la función punitiva y la realidad de los aparatos represivos (Baratta, 1990, p. 48; 1985, p. 447-464).

exclusión prejudicial deberá acompañarle el rechazo de una "natural" y "necesaria" dimensión penal. Se delinea así la perspectiva científica y política de una búsqueda, desprejuiciada y pragmática, pero fiel a la Constitución, de nuevas reconstrucciones y nuevas modalidades de intervención pública respecto de las situaciones problemáticas o socialmente negativas. En tal perspectiva, el principio de subsidiariedad de la intervención penal es válido no sólo normativamente, sino también como criterio de la metodología multidisciplinaria. La carga de la prueba, en el caso de controversia en uno de los atelier, está a cargo de quien sostiene la necesidad del componente penal.

Se dibuja de tal forma un *tercer modelo* de integración entre los discursos científicos, distinto tanto del positivista como del crítico; un modelo que usa las reglas de las disciplinariedad externa y tiene presente, al mismo tiempo, el alto grado de diferenciación, el cual puede ser alcanzado por el instrumentario del derecho.[60] Este modelo permite elaborar estrategias de protección de los derechos que pueden coordenar, en la dimensión nacional y particularmente en aquella local, las intervenciones preventivas o reactivas de distintas políticas públicas, también aquellas de la política del derecho penal, cuando no son evitables.

La idea de la formación de un sujeto colectivo en la forma de una agregación móvil y abierta de las disciplinas en ello representadas, según un principio de reciprocidad y de igualdad, expresa la necesidad de crear ateliers de trabajo multidisciplinarios para responder a la demanda social de protección de los derechos. Ello podría poner remedio a la fragmentariedad y al recíproco aislamiento de los saberes y de las agencias.

El *derecho penal mínimo* es, al mismo tiempo como se ha visto, el *derecho penal de la Constitución*. Ello representa el espacio residual de la intervención punitiva en el caso de que graves violaciones de los derechos fundamentales y una demanda social ineludible lo hagan necesario. Su actuación consiste en adelantar un esfuerzo continuo por el control de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la justicia, de la policía y de la cárcel.[61]

(60) Delmas-Marty, 1986; Lüderssen, 1995.

(61) Tal control no tiende únicamente a una limitación de la violencia y del radio de acción de los aparatos punitivos (una necesidad evidenciada por la investigación de los últimos decenios, que han mostrado la imposibilidad del sistema penal para realizar sus funciones "manifiestas", Baratta, 1976; 1982; 1990, p. 38-47), sino que también a la transformación de estos aparatos, a través de una redefinición de los roles, de las prioridades y de los actores de la prevención y de la represión. Tal transformación presupone la voluntad de experimentar las múltiples vías de una apertura simbólica y real de la cárcel frente a la sociedad (Baratta, 1982, p. 206), considerando al detenido como sujeto activo de la cárcel y no más como "objeto de tratamiento". En tal perspectiva, la prisión dejará de ser lugar de "preparación a la reintegración" y se convertiría, aunque simbólico y contradictorio, en un campo de ejercicio de la ciudadanía del detenido integrado a la actividad social; ver Baratta, 1994, y el dossier "Art et pensée en prison" de la revista *Lignes*, 27, 1996, sobre todo las significativas reflexiones de Balibar, 1996.

Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos.

"Olvidando" los delitos y las penas, podremos pues asegurar en el ámbito de la política integral de los derechos, un espacio específico a la política del derecho penal. Cuando sustituyamos la política criminal por una política integral de protección de los derechos, la política del derecho penal podrá – aunque en el modo residual y subsidiario que prescribe la Constitución – ser parte integrante de ella.

6. Notas conclusivas: la política criminal y la Constitución como proyecto. Teoría y práctica de un garantismo positivo

El derecho penal moderno ha sido siempre considerado como una nueva base de la pena. A la luz de una experiencia por lo menos bicentenaria y frente a la actual deslegitimación de los sistemas punitivos y del derecho que debería regularlos,[62] parece lícito proponer otra interpretación: el derecho penal liberal ha sido, sobre todo, un intento de la modernidad por limitar y regular la pena, pero ella permanece en el marco de una reacción premoderna y sólo cambian las formas de sufrimiento.[63] El esfuerzo del derecho moderno por domesticar la violencia punitiva, legitima a ésta última en tan poca medida, como el derecho internacional y humanitario, ha legitimado la guerra.

El derecho penal de la Constitución vive hoy la misma condición que el derecho penal del Iluminismo vivió en su tiempo: él debe limitar y regular la pena, pero para que el derecho penal de la Constitución no tenga la misma suerte del derecho penal liberal, permaneciendo en gran parte en la mente de sus ideólogos, es necesario que reencuentre una dimensión política fuerte y auténtica. Esto sólo será posible si se incorpora en una política integral de protección de los derechos fundamentales.

Cuando en los años 80s proponía practicar una *epoché*,[64] es decir, una suspensión metodológica de los conceptos de "crímen" y de "pena", no pretendí realmente poner en duda la existencia de situaciones socialmente negativas que deben ser controladas, ni tampoco la realidad del sistema punitivo. Quise más bien alentar un esfuerzo de la fantasía jurídica y política, dirigido a reconstruir aquellas situaciones con otros conceptos, a fin de posibilitar formas de intervención alternativa; una intervención sobre las variables que han surgido en la reconstrucción, a través de un *experimento*, que consiste en ignorar de forma provisional, las categorías criminológicas y penales. Se daba de tal modo acceso a la competencia de otras disciplinas y de otras instancias de control, en grado de afrontar las mismas

(62) Zaffaroni, 1989.

(63) Ver, Christie, 1981; Baratta, 1987.

(64) Ver, Baratta, 1985, p. 467; 1993, p. 20-24.

situaciones de un modo diverso de las disciplinas y de las instancias del sistema penal y, probablemente, más justo y más eficaz. En aquella argumentación el límite entre "penal" y "no penal" era claro, pero quizás era demasiado rígido. Por otra parte, el reenvío a la competencia de otras disciplinas y de otras agencias fuera de las penales no era acompañada, entonces, por una reflexión sobre los problemas epistemológicos y prácticos de una construcción pluridisciplinaria y pluriagencial de las situaciones para control y de las políticas de control.

Si una transformación se ha producido en mi perspectiva, ésta ha consistido en superar una separación demasiado rígida entre los distintos acercamientos teóricos y las diversas instancias de control. Al mismo tiempo me he empeñado en la búsqueda de un principio de coordinación que permitiese proyectar, a nivel central, la experiencia y los programas de los sujetos colectivos que operan, a nivel local, en la perspectiva de *una articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades*.[65]

Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una politica integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo[66] no solamente en sentido negativo como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como *garantismo positivo*. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar *derechos de prestación de protección*, en particular contra agresiones provenientes de determinadas personas.

No se puede ignorar aquella parte de la inseguridad urbana debida efectivamente a comportamientos delictuosos. No obstante, la necesidad de seguridad de los ciudadanos, no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de *todos* los propios derechos: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno.[67]

(65) Baratta, 1985, p. 469.

(66) Sobre tal concepto, ver la obra monumental de Ferrajoli, 1990, p. 329-340. El derecho penal es aquí definido normativamente como "el derecho del más débil", introduciendo así la variante del *garantismo positivo con dominancia penal*, es decir, una variante que implica una larga utilización del derecho penal, que sería capaz de asegurar la protección de los derechos fundamentales. En mi propio sentido, el garantismo deberá ser, al contrario, sin dominancia penal (y más generalmente, no jurídico-estatal), ya que la experiencia nos enseña, lastimosamente, que la función principal del derecho ha sido siempre la protección de los grupos política y socialmente "mas fuertes"; ver, a propósito, Baratta, 1995, p. XXIII-XXVI.

(67) Ver Denninger, 1990, p. 257-259, que habla del "derecho elemental de ser ciudadano". Ver, en sentido análogo, los desarrollos teórico-politicos proporcionados por Friedmann (1992) a la teoría del *empowerment*.

La relación existente entre garantismo negativo y garantismo positivo equivale a la relación que existe entre la política de derecho penal y la política integral de protección de los derechos. El todo se sirve de cada uno de los elementos que cada vez lo conforman, pero cada uno de estos elementos necesita del todo.

Literatura referida

ALBRECHT P. A. Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993, 2, p. 163-182.

———. La politique criminelle dans l'Etat de prévention. *Déviance et société* 2, 1997, p. 123-135.

ALEXY R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/M. Suhrkamp, 1986.

APONTE A. D. Cómo matar a la justicia en la tarea de defenderla: Estatuto para la defensa de la justicia. *Análisis político* 11, 1990, p. 77-90.

———. *Justicia dramática en Colombia: consolidación del derecho penal de enemigo*. Saarbrücken, 1998. Manúscrito próximo a publicarse.

BALIBAR E. *La proposition de l'égaliberté*. Paris, Les Conférences du Perroquet, n. 22, 1989.

———. Murs contre murs (impressions de Saint-Maur). *Lignes*, 27, 1996, p. 63-77.

BARATTA A. Sistema penale ed emarginazione sociale. *La Questione criminale* 2-3, 1976, p. 237-261.

———. Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica. *La questione criminale* 2, 1979, p. 147-183.

———. *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna, Il Mulino, 1982.

———. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. *Dei delitti e delle pene* 3, 1985, p. 443-473.

———. L'esistenza e il laboratorio del diritto. A proposito dell'imputazione di responsabilità nel processo penale. *Dei delitti e delle pene* 1, 1987, p. 37-60.

———. Il nuovo rito penale: la posta in gioco, *en Il nuovo rito penale, fascicolo monografico de la difesa penale*. Latina, Bucalo, 1989, p. 231-251.

———. Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico. *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. Milano : Giuffrè , 1990, vol. II, p. 19-49.

———. Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und strafrechtlicher Strafe, *en* MARTINEK M.; SCHMIDT J.; WADLE E. *Festschrift für Günther Jahr*. Tübingen : Mohr, 1993, p. 9-24.

———. I nuovi orizzonti della prevenzione. *Sicurezza e territorrio* 2, 1993a, p. 9-14.

———. Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione. *Dei Delitti e delle Pene* 3, 1994, p. 137-150.

———. Mafia e Stato. Alcune riflessioni metodologiche sulla costruzione del problema e la progettazione politica, *en* G. FIANDACA e S. COSTANTINO (Ed.), *La mafia, le mafie*. Roma-Bari : Laterza, 1994a, p. 95-117.

———. Prefazione, *en* MOCCIA S. *La perenne emergenza*. Napoli : ESI, 1995, p. XI-XXVI.

———. SILBERNAGEL M. La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale. *Dei delitti e delle pene* 3, 1983, p. 543-580.

———. Neue Legitimationsstrategien des Strafrechts und ihre Kritik als Realitätskritik. *Kriminologisches Journal* 1, 1988, p. 32-49.

———. GIANNOULIS Ch. Dal diritto europeo all'Europa dei diritti, *en* RIZZO V. (Editor) *Diritto privato comunitario. Fonti, princìpi, obbligazioni e contratti.* Napoli : ESI, 1997, p. 32-64.

BERGALLI R. The Spanish Attempt to Build a Democratic Criminal Justice System, *en* RUGGIERO V.; RYAN M.; SIM J. (Editor) *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy.* London : Sage, 1995, p. 149-168.

BRICCOLA F. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto italiano.* Torino : Utet, 1973, vol. XIX, p. 8-93.

———. Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, *en* DE ACUTIS M.; PALOMBARINI G. (Editor) *Funzioni e limiti del diritto penale.* Padova : Cedam, 1984, p. 3-84.

CANOTILHO J. J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* Coimbra : Coimbra, 1982.

CHAPMAN D. *Sociology and the Stereotype of the Criminal.* London : Tavistock, 1968.

CHEVALIER G. L'intérêt central pour le local. Analyse des politiques socio-préventives en France entre 1981 et 1986. *Déviance et société* 3, 1988, p. 237-267.

CHRISTIE N. *Limits to Pain.* Oslo, Universitetsforlaget, 1981.

———. *Crime Control As Industry: Towards Gulags Western Style.* London : Routledge, 1994.

CREAZZO G. Le politiche di "nuova" prevenzione: lo stato dell'arte. *Quaderni di Città sicure* 4, 1996, p. 13-28.

DE ANDRADE PEREIRA V. R. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

DELMAS-MARTY M. *Modèles et mouvements de la politique criminelle.* Paris : Economica, 1983.

———. *Le flou du droit. Du Code Pénal aux Droits de l'Homme.* Paris : P. U. F., 1986.

DENNINGER E. *Der gebändigte Leviathan.* Baden : Nomos, 1990.

DUPREZ D. Le modèle francais de prévention de la délinquance: la recherche d'un second souffle, *en* HEBBERECHT P., SACK F. (Editor) *La prévention de la délinquance en Europe. Nouvelles stratégies.* Paris : L'Harmattan, 1997, p. 61-82.

EUSEBI L. *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena.* Morcelliana : Brescia, 1990.

FERRAJOLI L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.* Roma : Laterza, 1990.

FOUCAULT M. *Surveiller et punir.* Paris : Gallimard, 1975.

FRIEDMANN J. *Empowerment. The Politics of Alternative Development.* Cambridge : Blackwell, 1992.

FRISTER H. Beschleunigung der Hauptverhandlung durch Einschränkung von Verteidigungsrechten? *Strafverteidiger* 8, 1994, p. 445-454.

GALTUNG J. *Strukturelle Gewalt, Beiträge zur Friedens: und Konfliktforschung*, Reinbek b. Hamburg : Rowohlt, 1975.

GARCÍA MÉNDEZ E. *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika.* Frankfurt/M. : Vervuert, 1985.

GASSIN R. *Criminologie.* Paris : Dalloz, 1988.

GRÄFRATH B., HUBER R., UHLEMANN B. *Einheit, Interdisziplinarität, Komplementarität. Orientierungsprobleme der Wissenschaft heute.* Berlin : De Gruyter, 1991.

HANNOVER H. Kollaboration mit der Justiz als Kriterium der Freund-Feind Unterscheidung. *Kritische Justiz* 4, 1989, p. 394-408.

HASSEMER W. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht,* 12, 1989, p. 553-559.

———. Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht. *Strafverteidiger,* 1990, 7, p. 328-331.

HEBBERECHT P., SACK F. (Editor) *La prévention de la délinquance en Europe. Nouvelles stratégies.* Paris : L'Harmattan, 1997.

HESS H., SCHEERER S. Was ist Kriminalität? Skizze einer konstruktivistischen Kriminalitätstheorie. *Kriminologisches Journal,* 2, 1997, p. 83-155.

JUNG H. Das Opferschutzgesetz, *JuS* 2, 1987, p. 157-160.

KAISER G. *Kriminologie.* Müller : Heidelberg, 1985.

KRAUSS D. La vittima del reato nel processo penale. *Dei delitti e delle pene* 2, 1983, p. 283-298.

LAZERGES C. *La politique criminelle.* Paris : P. U. F., 1987.

LEHNE W. Symbolische Politik mit dem Strafrecht. Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht. *Kriminologisches Journal* 3, 1994, p. 210-224.

LEHNE W. Präventionsräte, Stadtteilforen, Sicherheitspartnerschaften. Die Reorganisation des Politikfeldes "Innere Sicherheit", *en* TROTHA v. T. (Editor) *Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse, Festschrift für Fritz Sack.* Baden : Nomos, 1996, p. 299-319.

LÜDERSSEN K. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt/M. : Suhrkamp, 1995.

LUHMANN N. *Das Recht der Gesellschaft.* Frankfurt/M. : Suhrkamp, 1993.

MOCCIA S. Aspects régressifs du système pénal italien. *Déviance et société* 2, 1997, p. 137-163.

MÜLLER J. C. Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes. *Kriminologisches Journal* 2, 1993, p. 82-97.

NELKEN D. (Editor) *The Futures of Criminology.* Oxford : Clarendon, 1994.

OROZCO ABAD I., APONTE A. D. *Combatientes, Rebeldes y Terroristas. Guerra y derecho en Colombia.* Bogotà : Temis, 1992.

PADOVANI T. La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento". *Rivista italiana di diritto e procedura penale* XXIV, 1991, p. 529-545.

PEPINO L., SCATOLERO D. Vittime del delitto e vittimologia. *Dei delitti e delle pene,* 1, 1992, p. 181-193.

POULET I., BRION F., DUPONT A. *Prévention en concentration au niveau local.* Brugge : Vanden Broele, 1991.

RESTA E. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza.* Bari : Laterza, 1992.

ROBERT Ph. (Editor) *Les politiques de prévention de la délinquance à l'aune de la recherche.* Paris : L'Harmattan, 1991.

———. Les chercheurs face aux politiques de prévention, *en* ROBERT Ph. (Editor) *Les politiques de prévention de la délinquance à l'aune de la recherche.* Paris : L'Harmattan, 1991a, p. 13-27.

———. Évaluer la prévention. *Archives de politique criminelle* 16, 1994, p. 53-70.

———. RENOUARD J. M. Bilan des connaissances en France, *en* ROBERT Ph. (Editor), *Les politiques de prévention de la délinquance à l'aune de la recherche.* Paris : L'Harmattan, 1991, p. 191-205.

ROCHÉ S. Les victimes: de la communauté à l'assurance en passant par l'État. *Déviance et société* 4, 1995, p. 355-370.

RUGGIERO V. Flexibility and Intermittent Emergency in the Italian Penal System, *en* RUGGIERO V. RYAN M., SIM J. (Editor) *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy.* London : Sage, 1995, p. 46-70.

SCATOLERO D. Vittime, insicurezza e territorio: prospettive d'azione. *Dei delitti e delle pene,* 2, 1992, p. 179-190.

SCHEERER S. Zwei Thesen zur Zukunft des Gefängnisses – und acht über die Zukunft der sozialen Kontrolle, *en* TROTHA v. T. (Editor), *Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse, Festschrift für Fritz Sack.* Baden-Baden : Nomos, 1996, p. 321-334.

SCHMITT C. *Der Begriff des Politischen: Text von 1933 mit einem Vorwort und drei Corollarien.* Berlin : Duncker & Humblot, 1963.

———. *Verfassungslehre* (1928). Berlin : Duncker & Humblot, 1989.

SCHUMANN K. F. *Der Handel mit Gerechtigkeit.* Frankfurt/M. : Suhrkamp, 1977.

SCHÜNEMANN B. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. *Neue Zeitschrift für Strafrecht,* 1986, p. 193-200.

SELMINI R. Attività di prevenzione e sicurezza: il ruolo dell'ente locale. *Sicurezza e territorio* 17, 1994, p. 9-16.

SIM J., RUGGIERO V., RYAN M. Punishment in Europe: Perceptions and Commonalities, *en* RUGGIERO V. RYAN M. SIM J. (Editor) *Western European Penal Systems. A Critical Anatomy.* London : Sage, 1995, p. 1-23.

SMAUS G. Technokratische Legitimierungen des Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtssoziologie,* 1985, p. 90-103.

STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B. *Droit pénal général.* 14. ed., Paris : Dalloz, 1992.

SWAANINGEN VAN R. Criminologia critica e declino del Welfare State. *Dei delitti e delle pene* 3, 1994, p. 31-56.

TOURNIER P. La prison à la lumière des nombres. *Lignes* 27, 1996, p. 128-141.

VOURC'H C. Synthèse des débats, *en* ROBERT Ph. (Editor) *Les politiques de prévention de la délinquance à l'aune de la recherche.* Paris : L'Harmattan, 1991, p. 265-279.

WILSON J. W., KELLING G. L. The Police and Neighborhood Safety: Broken Windows. *The Atlantic Monthly,* 1982, p. 29-39.

ZAFFARONI E. R. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina.* Buenos Aires : Depalma, 1986.

———. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires : Ediar, 1989.

ZAUBERMANN R. Victimes en France: des positions, intérêts et stratégies diverses. *Déviance et societé* 1, 1991, p. 27-49.

3

"SEGURANÇA PÚBLICA", PREVENÇÃO E MOVIMENTO FEMINISTA: UMA APROXIMAÇÃO AO CASO ALEMÃO

ANA LUCIA SABADELL

SUMÁRIO: 1. A "segurança interna" (*innere Sicherheit*) – 2. A segurança dos cidadãos como política de legitimação – 3. Prevenção criminal e medo da criminalidade: 3.1 Prevenção; 3.2 Medo da criminalidade – 4. A participação da mulher alemã na política e na urbanística – 5. Iniciativas feministas e o discurso sobre a segurança e gênero – Bibliografia.

Resumo: O texto trata do movimento feminista e sua participação no debate relacionado à segurança pública na Alemanha. Dentro desta temática, inicialmente aborda-se a diferenciação entre segurança "interna" e "externa", sendo que o tema da segurança pública está atrelado ao que a doutrina alemã denomina de segurança interna. A autora, também, ressalta, ao analisar a questão da segurança pública, que na Alemanha há o predomínio de conceitos ligados à prevenção da criminalidade e o medo gerado pela criminalidade. Neste contexto ressalva que esta é apenas uma ótica de análise do tema segurança pública, sendo que a mudança de ótica implica, também, a mudança de política de segurança pública. A ótica dominante da segurança pública na Alemanha permite a legitimação do poder repressivo do Estado. Em seguida, analisa a estrutura política alemã, baseada na democracia representativa, sendo que os movimentos que não tenham representantes no cenário político, dificilmente terão atendidas suas demandas. Neste tópico, enfoca o movimento feminista e as propostas alternativas à política de segurança pública, que num primeiro momento ficaram restritas ao âmbito acadêmico, para em seguida, a partir do fim dos anos 70 entrarem no cenário político, com o advento dos movimentos verdes.

Palavras-chave: Segurança pública na Alemanha – Segurança interna e externa – Movimento feminista e segurança pública – Combate à criminalidade – Prevenção – Medo da criminalidade.

1. A "segurança interna" (*innere Sicherheit*)

A segurança pública pode ser definida como uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. A sua finalidade seria propiciar a

pacífica convivência social, preservando a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.[1]

A doutrina alemã diferencia entre a dimensão "externa" e a dimensão "interna" da segurança do Estado e dos cidadãos. A primeira, denominada *äußere Sicherheit*, refere-se à defesa do Estado e à segurança "nacional" (defesa da integridade territorial, da soberania nacional e das instituições políticas, especialmente no caso de agressão estrangeira) e a segunda, denominada *öffentliche Sicherheit* ou *innere Sicherheit*, refere-se à segurança pública.

A idéia da garantia da segurança do indivíduo é um elemento fundamental de ambos conceitos, bem como sua associação à idéia de ordem. A proteção do *indivíduo* está presente na "segurança externa", através de um ente coletivo: o Povo, a Nação. O conceito de "segurança interna", apesar de manter um forte vínculo com a idéia do interesse coletivo, fundamenta-se na expectativa individual de cada sujeito, propondo-se assim, a abraçar histórias singulares.[2]

A idéia de *ordem* é inerente ao conceito de segurança, já que este garante a preservação de uma determinada forma de organização social: integridade territorial, respeito à forma de governo do Estado, incolumidade das pessoas e do patrimônio. Assim a segurança possui um caráter eminentemente "conservador": instituições e direitos existentes são garantidos, se necessário, inclusive com meios repressivos, contra um agressor da ordem estabelecida, que é considerado como "inimigo".

Neste sentido, a *innere Sicherheit*, mesmo quando objetiva a garantia de direitos e de bens jurídicos individuais, apresenta conotações "militares", procedentes do conceito de segurança externa, fazendo referência à existência de uma guerra "silenciosa" e permanente, que divide a população entre "bons" e "maus" cidadãos, entre "amigos" e "inimigos" da ordem.

Na Alemanha, parte da doutrina jurídica afirma que o conceito de *innere Sicherheit* inclui a efetivação dos direitos sociais, culturais e econômicos e dos direitos civis e políticos. Assim sendo, o direito à educação, ao voto, à saúde, à segurança no trabalho, à segurança ambiental, à alimentação e à segurança financeira deve ser considerado como elemento integrante deste conceito.[3]

Este tipo de consideração respalda-se, em geral, no próprio texto constitucional de diversas nações. No caso da Alemanha, a Lei Fundamental (*Grundgesetz*), apesar de não fazer referências diretas à segurança nas suas diversas formas[4],

(1) Cf. Da Silva, 1998, p. 742-743; art. 144 da Constituição de 1988.

(2) Assim, o conceito de segurança interna possui, na Alemanha, um alcance maior do que aquele estabelecido pelo legislador brasileiro na Lei 1.079 de 10.04.1950 (art. 8.º) e na Constituição de 1988, art. 85, IV, onde a segurança interna refere-se a crimes de caráter político, cometidos por determinados representantes do Estado.

(3) Lehne, 1996, p. 311-312.

(4) O constituinte alemão não se refere explicitamente ao tema da segurança, tal como o constituinte brasileiro. Partindo de uma ótica diversa, a Lei Fundamental alemã refere-se à segurança interna, prevendo que os direitos humanos são invioláveis e

especifica que a República Federal Alemã é um "Estado social", que a democracia e a liberdade são valores supremos e que a efetivação dos direitos sociais (não especificados neste texto constitucional) é de competência do Estado (direito ao trabalho, à educação, à alimentação, etc.)[5]

Apesar da existência de uma interpretação extensiva do conceito de segurança na doutrina alemã, o uso que se faz do mesmo é ainda muito restrito. A *innere Sicherheit* é principalmente relacionada com a luta contra a criminalidade e com a ordem pública em geral. Alguns autores afirmam que, sem o direito penal e o processo penal, o conceito de segurança pública seria um grande "vazio". Isto significa que a "ordem pública" continua a ser considerada como o núcleo do conceito de *innere Sicherheit*.[6]

Tanto no âmbito científico como na linguagem quotidiana, o conceito de *innere Sicherheit* significa "segurança do cidadão contra a criminalidade". Kaiser, referindo-se à terminologia anglo-americana, afirma que o cumprimento da segurança interna pode ser resumido num único termo: "controle do crime."[7] Fazem parte deste conceito as instituições sociais, as estratégias de prevenção e as sanções que objetivam proteger os bens jurídicos.

Um outro aspecto do conceito de *innere Sicherheit* é a segurança do próprio Estado e de seus órgãos aos ataques praticados por cidadãos (p. ex. terrorismo). Neste caso, a *innere Sicherheit* resulta da "combinação" entre a segurança dos cidadãos (*Bürgersicherheit*) e a segurança do Estado (*Staatssicherheit*).

A famosa afirmação hobesiana, relativa ao modo de funcionamento do Estado moderno, integra-se perfeitamente no conceito de *innere Sicherheit*: o Estado moderno, baseado no monopólio da violência, é considerado fundador de paz e garantidor da segurança dos cidadãos. A segurança interna é considerada um dever do Estado: em primeiro lugar como dever da polícia e dos órgãos da justiça penal, para reprimir os comportamentos criminais, lesivos à integridade física, moral e do patrimônio dos cidadãos e lesivos aos interesses do Estado (freqüentemente travestidos como "interesses dos cidadãos").

Nesta perspectiva, o conceito de *innere Sicherheit* limita-se à luta contra a criminalidade e à segurança das instituições do Estado. Ao não se atingir estes objetivos, o Estado teria "fracassado" com relação aos seus deveres e o conceito de *innere Sicherheit* entraria em crise de legitimação.

inalienáveis (art. 1.º, inc. 2) e estabelecendo um sistema de proteção da "ordem fundamental, liberal e democrática" (art. 91, 1). A proteção da segurança externa é regulada no capítulo Xa. "Verteidigungsfall" ("casos de defesa", artigos 115a *et seq.*). Os conceitos "segurança externa" e "segurança interna", foram elaborados em nível infraconstitucional: ver, por exemplo, § 92, inciso 3.2 do Código Penal alemão.

(5) Grundgesetz art. 20, 1; art. 28, 1; cf., entre a doutrina, Hesse, 1985, p. 80 ss.

(6) Entre outros, cf. Götz, 1988, p. 1010.

(7) Kaiser, 1993.

2. A segurança dos cidadãos como política de legitimação

Se tomamos em consideração um conceito mais crítico da criminalidade, considerando-a não como uma classe homogênea de modos de comportamento, mas como o produto de construções normativas histórico-culturais (elementos examinados pela criminologia crítica),[8] muda-se completamente a imagem da criminalidade. Os problemas de *innere Sicherheit* não se reduzem ao perigo causado pela criminalidade. Ao contrário, estes começam a aparecer como produto de um processo específico de seleção e elaboração. Graves problemas sociais, tais como o desemprego, a pobreza, o saneamento básico, o uso e a ocupação do solo, não são considerados como problemas de ordem pública e não entram na acepção dominante do conceito de *innere Sicherheit.*

Se mudamos a ótica de análise da criminalidade, mudam-se também as demandas ligadas à política de segurança pública. As causas da crescente ameaça da criminalidade e as medidas para combatê-la deixam de ser o ponto central no qual convergem todas as ações políticas, e passam a ser levados em consideração os complexos processos de elaboração dos problemas sociais.

O conceito de segurança pública deve ser assim reformulado para que se possa afrontar as demandas de segurança dos cidadãos, das quais se deve ocupar o Estado: fornecer as condições necessárias para a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

A política de segurança hoje pode ser entendida como uma política simbólica que, através de conceitos como "erradicação da violência", "medo da criminalidade" e "luta contra o crime", tenta produzir dentro da sociedade insegurança e legitimar a repressão por parte do Estado. Não é possível considerar como uma simples coincidência, que a "queda" do bem estar social na Alemanha, se faça acompanhar de um forte incremento do aparelho repressivo (por exemplo, a nova legislação que restringe os direitos dos estrangeiros e a legislação sobre o crime organizado).

Cremer-Schäfer afirma que a estratégia para legitimar o aparelho repressivo, encontra seu próprio fundamento na exasperação da insegurança, da criminalidade e do medo. A criminalidade torna-se objeto de fobia coletiva do povo.[9] A noção de violência entra no discurso sobre a criminalidade, com o objetivo de produzir consenso, e impedir o desenvolvimento de uma resistência social a fenômenos como o desemprego, a destruição do Estado social e a pobreza, através da exclusão de determinados setores sociais etiquetados como "inimigos do Estado e da sociedade."[10]

3. Prevenção criminal e medo da criminalidade

O discurso sobre a *innere Sicherheit* na Alemanha é associado a dois conceitos: o da prevenção e o do medo da criminalidade.

(8) Ver a apresentação em Baratta, 1997.

(9) Cremer-Schäfer, 1993, p. 15 e ss.

(10) Ibidem, p. 19.

3.1 Prevenção

Uma "boa" política de *innere Sicherheit* é aquela que consegue, no âmbito da "luta contra a criminalidade", vencer ou enfraquecer o "inimigo". Portanto, a prevenção é um aspecto importante: se a prevenção é eficaz então o sentimento de insegurança, deveria, teoricamente, diminuir.

Sobre o tema da prevenção, os autores alemães não são muito inovadores. Por prevenção criminal entendem "todas as medidas que impedem quantitativamente a consecução, a um nível macro, da criminalidade como fenômeno social ou, a um nível micro, os delitos como eventos individuais, e também, as medidas que diminuem qualitativamente as conseqüências do crime."[11]

No âmbito doutrinal, a prevenção é tratada em três dimensões:[12]

a) Prevenção primária. Nesta dimensão, o problema da criminalidade é tratado em sua raiz, desenvolvendo-se as clássicas estratégias no âmbito educacional, entre estas: o reforço da "consciência jurídica" (fidelidade à norma); a extinção das causas profundas da criminalidade (falta de socialização ou carência socio-estrutural). Trata-se de medidas de prevenção geral "positiva", que não são especificamente tarefas dos órgãos de controle da criminalidade, mas sim de outras instituições, estatais ou não, como a família e a escola.[13]

b) Prevenção secundária. Neste contexto, o tema aludido é tratado apenas de forma superficial, já que se adota a estratégia da intimidação. Trata-se de medidas de prevenção geral negativa. Sabe-se que, na Alemanha, a polícia trabalha com diversos modelos de "Opferimmunisierung" (imunização da vítima). Existem programas de "Innere Sicherheitstraining für Senioren" (treinamento de segurança para anciãos), "Anti-Gewalt-Training" (treinamento antiviolência), "Nachbarn schützen Nachbarn" (vizinhos protegem vizinhos), este último desenvolvido segundo o modelo americano "Neighborhood Watch."[14] O grande interesse pelas medidas de prevenção deste gênero foi objeto de críticas de diversos autores alemães.[15]

c) Prevenção terciária. Trata-se do sistema de sanções, do tratamento e da ressocialização do criminoso. Aqui são elencadas medidas de prevenção especial positiva: medidas alternativas à detenção e mediação; medidas alternativas-coercitivas (curso de formação social, várias medidas aplicadas no âmbito do direito penal juvenil); liberdade provisória controlada; medidas de tratamento; fundos pela ressocialização; ajuda ou assistência a delinqüentes.

O tema da prevenção local, em decorrência da influência norte-americana, começa a ser abordado por alguns autores alemães. Kube afirma a necessidade do

(11) Kube, Schneider, Stock, 1996, p. 17.

(12) Ibidem, p. 12-13; Schneider, Stock, 1995, p. 18-21.

(13) Schneider, Stock, 1995, p. 20.

(14) Ibidem.

(15) Kube, 1987, p. 571.

desenvolvimento de uma polícia local (*community police*) e apresenta uma série de iniciativas que estão sendo desenvolvidas na Alemanha. O autor entende que a responsabilidade da prevenção deve permanecer no âmbito da prevenção social. A polícia alemã carece, porém, da competência necessária para realizar trabalhos sociais de tal natureza.

Este tipo de análise apresenta alguns problemas. Sucintamente, observa-se que não é levado em consideração o caráter *ideológico* e *tecnocrático* contido no conceito de prevenção.[16]

3.2 Medo da criminalidade

Um outro aspecto importante para a análise do conceito da *innere Sicherheit* refere-se à sua relação com o medo da criminalidade que, por sua vez, está inserido na definição da prevenção criminal. Como se sabe, é dever desta última limitar as conseqüências negativas do delito.

Os primeiros estudos nesta área começaram a desenvolver-se na Alemanha nos anos 70. Estudos empíricos indicaram que o medo da criminalidade tem causas situacionais ou psíquicas. O medo varia de acordo com fatores como a idade, o gênero e o lugar onde se habita. Se o medo em geral cria insegurança, o medo extremamente grande tem conseqüências negativas para a qualidade de vida das pessoas que o sentem, levando, por exemplo, a situações de auto-isolamento (voluntário) e auto-armamento.

Um dos objetivos da prevenção é a diminuição do medo do crime, objetivo extremamente difícil de atingir-se, como demonstra a experiência de projetos realizados nos EUA. Na discussão científica, analisa-se o tema do medo da criminalidade sob três níveis:[17]

- pessoal, que representaria o ponto de vista da vítima;
- controle social, onde são analisadas as causas do medo;
- macrosocial.

Algumas pesquisas têm demonstrado que, na Alemanha, não existe uma relação causal entre o sentimento de medo da criminalidade e o aumento da cifra de atos delitivos. A partir do final dos anos 70, a cifra criminal dobrou na Alemanha enquanto que as estatísticas dos anos 70-80 indicavam uma diminuição no sentimento de medo do crime entre a população. De fato, a ameaça objetiva e subjetiva representa duas dimensões diversas da realidade da criminalidade (*Kriminalitätswirklichkeit*) e existem outros fatores, além do aumento da prática criminal, que atuam evidentemente entre a ameaça objetiva e a subjetiva de ser

(16) Para uma análise crítica desta dimensão, pode-se consultar, no âmbito da extensa bibliografia alemã, o trabalho de Baratta e Silbernagel (1988) sobre o modelo de legitimação tecnocrática do direito penal.

(17) Becker, Boers, Kurz, 1996, p. 83 ss.; Reuband, 1993.

vítima do crime.[18] Um aumento da ameaça objetiva não necessariamente leva a um aumento do sentimento de medo.

Algumas análises indicam que o processo de adaptação (*Gewöhnungsprozesse*) e a compreensão do seu próprio papel (*Rollenselbstverständnis*), especialmente para as mulheres, nos anos 70 e 80, foram determinantes para a diminuição deste específico sentimento de medo. O reforço da auto-estima diminui o sentimento de vulnerabilidade causado pelo contexto psicossocial. As mulheres encontram-se em melhores condições para enfrentar as situações de perigo e, por isso, se sentem mais seguras na vida quotidiana. Finalmente, Reuband destaca que, depois de uma diminuição do sentimento de medo da criminalidade, da segunda metade dos anos 70 até o final dos anos 80, observa-se um brusco aumento deste sentimento, ao início dos anos 90. Os dados indicam que 11% da população, em 1975, exprimia medo que lhe fosse furtado o automóvel, enquanto que em 1992, o percentual subiu para 31%. Uma das hipóteses para explicar o crescimento do sentimento de medo refere-se à intensificação das campanhas de tipo "Law-and-Order" na Alemanha.[19]

4. A participação da mulher alemã na política e na urbanística

Por meio de uma reflexão sobre as condições de vida nas cidades, inicia-se, na década de 70, a contribuição do movimento feminista alemão para o debate teórico sobre a segurança pública, que será acompanhada de propostas para uma política alternativa neste campo.[20] Pode-se adiantar que, do ponto de vista teórico, esta contribuição permanecerá por quase duas décadas confinada aos próprios grupos feministas, apesar de diversas ativistas atuarem no meio acadêmico. Com relação ao desenvolvimento de políticas alternativas de *innere Sicherheit*, as propostas dos grupos feministas adquirem uma relevância prática, a partir do momento em que estes começam a participar ativamente do cenário político alemão.

Para falar da relação entre *innere Sicherheit* e gênero na Alemanha, é necessário ter em consideração certos aspectos da história deste país nas últimas décadas. A democracia alemã é muito hierárquica, dialoga-se somente através de "porta-vozes". Na Alemanha, vige o parlamentarismo representativo, baseado na idéia da harmonia dos poderes. As instituições são por demais regulamentadas e persiste um sistema que submeteu o social ao econômico.

Os grupos que não têm representação política institucionalizada, simplesmente não têm espaço para reivindicar seus próprios direitos. Iniciativas de "democracia de base" não são toleradas[21] e, muitas vezes, são duramente reprimidas,

(18) Reuband, 1993, p. 45.

(19) Ibidem, p. 45-47.

(20) Cf. Kube, Schneider, Stock (org.) 1996.

(21) Para uma análise com referências à teoria da democracia, cf. Blanke 1998.

como testemunha o caso da repressão do movimento pacifista nos anos 70 e 80, onde manifestantes eram processados e condenados criminalmente por condutas de violência, que consistiam em estar sentados em vias públicas ou frente à entrada de quartéis do exército, etc.[22]

Neste contexto, as mulheres são um dos grupos sociais que possuem pouca "voz" na Alemanha.[23] As discriminações profissionais e educativas de muitos setores sociais são sinônimos de exclusão da política e dos centros de decisão. E esta situação tem sido denunciada pelas feministas alemãs,[24] que indicam o desenvolvimento de um modelo cultural conservador e misógino. E isto, apesar de existir um *Welfare State* que, num primeiro momento, parecia conceder vantagens às mulheres.

O Estado alemão encontra-se hoje em processo de mudanças, que implica, inclusive, diminuição do nível de segurança social dos seus cidadãos, até agora de alto padrão, se comparado com outros países europeus como Portugal, Espanha ou Itália.

No que se refere às mulheres, o Estado criou benefícios que as favoreciam de modo direto, tais como: o auxílio maternidade para as primeiras semanas após o parto e o afastamento do trabalho por até três anos, com remuneração nos primeiros dezoito meses. Além destes benefícios, o Estado também conferia uma série de subsídios familiares (alimentação, educação e saúde dos filhos) e um mínimo de assistência social dirigida a qualquer cidadão.

A crítica feminista demonstrou que a política de bem-estar social com relação às mulheres levava a um resultado perverso. De um lado, situa-se um Estado que parece garantir uma assistência social "satisfatória" à mulher, mesmo quando esta se "desvia" dos padrões morais em vigor (forte assistência financeira a mãe solteira). Por outro lado, esta mesma política social se transformou, como veremos a seguir, em uma "faca de dois gumes" para as mulheres, já que não oferece serviços sociais capazes de ajudá-las a reintegrar-se no campo de trabalho após o nascimento dos filhos.

As estatísticas do ano de 1993 indicam que 40% das mulheres alemãs, economicamente ativas, abandonam o trabalho entre os 25 e 40 anos. Esta tendência ao abandono do trabalho após o matrimônio e nascimento dos filhos, indica uma dificuldade em conciliar o âmbito profissional com o familiar e privado.

O próprio Estado social, que tanto parecia conceder às mulheres, em matéria de subsídios, não foi capaz de responder às exigências básicas das mesmas. Por exemplo, muitas mulheres devem esperar mais de um ano e meio para encontrar vaga em uma creche para as crianças de zero a três anos. As estatísticas também indicam que, juntamente com o abandono da carreira profissional, existe um aumento dos trabalhos de meio período (*part-time*).[25]

(22) Ver por exemplo Narr, 1997.

(23) Aubet, 1995, p. 38-40.

(24) Cf., por exemplo, as análises apresentadas em Rust (org.) 1997.

(25) Aubet, 1995, p. 46-47.

Ao que parece, o Estado alemão não considerou, seriamente, o problema das mulheres: os benefícios concedidos, com raras exceções, têm um caráter assistencial, não sendo medidas que visem a dar soluções efetivas aos seus problemas. Este tipo de atuação política gera um mecanismo perverso, que consiste na produção de passividade entre as mulheres, já que estas não ficam totalmente "desamparadas" pelo Estado. A mulher que é mãe e que decide não trabalhar, ou interromper por alguns anos a sua carreira profissional recebe assistência do Estado, mas aquelas que decidem não renunciar a sua atividade normal, e que não são oriundas de uma classe social privilegiada, não são assistidas de modo adequado. Além da falta de vagas nas creches, as mulheres devem confrontar-se com a estrutura das cidades modernas, que se tornaram verdadeiras barreiras ao desenvolvimento de suas vidas. E aqui começa a crítica ao conceito limitado da *innere Sicherheit*, que não abarca as garantias de exercício dos direitos fundamentais. Neste sentido, como veremos a seguir, a perspectiva feminista nasce da preocupação pela situação das mulheres, mas se estende a problemas afrontados por diversos setores da sociedade.

Os anos 70 são um marco para o surgimento de grupos e organizações feministas, que tratam de enfrentar estes problemas. O crescimento da "reação feminista" é relacionado com a entrada das mulheres no cenário político alemão. Sobre o aspecto político, lembra-se que o movimento "Verde" foi muito importante para o feminismo alemão, pois com o surgimento dos "Verdes", as mulheres começaram ter representantes políticos na esfera do poder. Só assim as mulheres conseguiram adquirir "voz" dentro da estrutura política deste país.

A criação dos "Verdes" permitiu, em certo sentido, que as demandas das mulheres pudessem, mesmo de modo lento, penetrar no sistema. O partido formou-se no final dos anos 70 e na sua base encontram-se, além de grupos ecologistas e pacifistas, diversos grupos de mulheres. O movimento "Verde" entra no *Bundestag* em 1983 e a própria existência desse partido fez com que a classe política alemã, tomasse consciência da problemática das mulheres. Os grandes partidos mudam os seus programas, adotando parte das reivindicações feministas, e as mulheres "penetram" nos diversos partidos políticos. Um dos resultados deste processo de institucionalização é que hoje na Alemanha, em diversos Estados, é presente não só o "Ministério para a Igualdade entre Homem e Mulher", mas existe também uma colaboração entre grupos feministas e muitas prefeituras, dando-se assim, vida a diversos projetos de caráter social.

5. Iniciativas feministas e o discurso sobre a segurança e gênero

No contexto do movimento feminista dos anos setenta, a pesquisa sobre a mulher atingiu um grau de conhecimento sobre o espaço físico que permitiu o desenvolvimento de uma determinada linha de ação que, apesar das limitações, obteve alguns resultados positivos.

Os grupos que começavam a ocupar-se da urbanística e planificação da cidade desenvolveram um trabalho de caráter multidisciplinar, com a participação não só de arquitetas e planificadoras, mas também de geógrafas e sociólogas. Estes

grupos ocuparam-se tanto do espaço físico como de outros aspectos mais inovadores, como a sociologia da cidade e das regiões, analisando criticamente as condições sociais e o tipo de política habitacional que foi desenvolvido na Alemanha a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.

Por pesquisa sobre a cidade e a região, entende-se o estudo sobre o modo de viver das mulheres na sua relação com os espaços físico e social. Neste tipo de pesquisa são trabalhados os conceitos de moradia, cidade, região, país, espaço público e privado, incluindo-se também a problemática do medo e da segurança. A questão central refere-se à forma de vida das mulheres nos espaços sociais e como estas podem conquistar e reestruturar tais espaços.

Segundo Rodenstein, a pesquisa feminista na Alemanha sobre as condições de vida encontra-se hoje em sua segunda fase. A primeira teria sido iniciada no final dos anos 70 e se caracterizaria pela produção de pesquisas que, com exceções de alguns projetos de iniciativa autônoma, não levaram a nenhum resultado prático. Segundo a autora, a fase atual carateriza-se pela possibilidade de aplicar o saber adquirido em tantos anos de pesquisa. Observam-se grandes mudanças com relação à política sobre as condições de vida na cidade, sobretudo nas regiões onde o partido "Verde" teve a oportunidade de exercer funções de governo.[26]

Assim mesmo, não se deve esquecer que além dos "Verdes", existem grupos feministas que atuam politicamente (dentro e fora dos partidos) e que os "Ministérios para a Igualdade entre Homem e Mulher" promovem projetos em favor das mulheres, independentemente da orientação política de cada governo estadual.

É neste contexto que se insere a história da FOPA (Organização Feminista de Planificadoras e Arquitetas), fundada em 1981 por estudantes e pesquisadoras da Universidade Técnica de Berlim (TU Berlin). A FOPA está estreitamente ligada a grupos de mulheres que trabalham, a partir de uma perspectiva crítica, com temas de arquitetura e planificação. Suas origens situam-se no movimento feminista dos anos 70. Em 1982, em Dortmund, surge uma segunda FOPA. Em 1987, funda-se a FOPA de Kassel, que é responsável pela publicação da revista *Frei-Räume* (espaços livres). Nos anos 90, a organização estende-se as outras cidades alemãs, como Hamburgo, Hannover e Frankfurt.

A FOPA conta com o apoio de diversas organizações feministas ou de outros grupos que simplesmente compartem suas idéias. Neste contexto foram realizados vários projetos, financiados em parte por entes públicos. Os aspectos principais da crítica que a FOPA elabora sobre a relação entre mulheres e condições de vida na cidade são:

- o déficit das construções nos espaços físicos, que criam dificuldade para que as mulheres possam realizar suas atividades quotidianas (casa, trabalho, filhos) e se emancipem dos papéis tradicionais;
- as diferenças entre homens e mulheres com relação ao contexto habitacional, que possui uma particular importância para as mulheres;

(26) Rodenstein, 1992-1993, p. 20-21.

– a mobilidade nas cidades. As mulheres têm, em geral, mais dificuldades que os homens em chegar ao local de trabalho, existindo uma desproporção entre a porcentagem de homens e de mulheres que dispõem de veículos particulares como principal meio de locomoção. Além disso, a tendência à concentração dos negócios em determinadas áreas da cidade, e a contínua extinção dos *Tante-Emma-Laden* (mercearias situadas nos bairros mais afastados do centro da cidade), que obviamente não podem competir com os grandes magazines, prejudicaram as condições de vida das mulheres.

As dificuldades aumentam, na medida em que nos afastamos da parte central da cidade e nos aproximamos das áreas mais periféricas. Além disso, deve ser diferenciada a problemática dos grandes e dos pequenos centros urbanos.

Possuindo automóveis numa porcentagem menor do que os homens, as mulheres movem-se pela cidade a pé ou usando o transporte público, e por isso não só estão mais expostas aos problemas urbanos (inclusive a poluição), mas também *conhecem* com mais profundidade quais são estes problemas.

As pesquisas indicam carências de infra-estrutura dos quarteirões e cidades (transporte, áreas públicas, áreas verdes etc.), colocando em evidência o grave problema do ambiente. É importante destacar que estas observações não se referem apenas a melhorias nas condições de vida das mulheres, mas é um tipo de análise que interessa a toda a sociedade.

O tema da segurança emerge como um dos pontos fundamentais do discurso (e das iniciativas) dos grupos feministas. Obviamente este discurso é associado, quase automaticamente, com a violência sexual, mas é fácil compreender que não está reduzido a este aspecto. Para entender o campo de atuação destas feministas, com relação à segurança, é necessário esclarecer alguns conceitos.[27]

Por lugar público (*öffentlicher Raum*), entende-se, ao contrário dos "lugares privados" (*private Räume*), os espaços públicos, edifícios, ruas, espaços verdes, etc., isto é, lugares nos quais é permitido o acesso a todos os cidadãos. Por espaços que provocam medo (*Angst-Räume*) entendem-se locais (em geral, públicos) que despertam nas mulheres uma sensação de perigo ou ameaça. Podem ser identificados diversos fatores, dentro da ordem objetiva do espaço (arquitetura interna) e na percepção subjetiva do espaço, que se relacionam com o sentimento de medo. Segundo estatísticas criminológicas e pesquisas, os lugares definidos como "Angst-Räume", apresentam as seguintes características:

– falta de um controle formal (ou informal) por parte de pessoas vizinhas ao lugar percebido como perigoso, sobretudo de noite;

– lugares monoestruturais (*monostrukturierte Gebiete*) que em determinadas horas do dia são totalmente desertos;

– lugares de difícil orientação e com pouca visibilidade;

– vegetação que invade as calçadas e ruas, criando espaços que não podem ser vistos facilmente a olho nu;

(27) Pohlmann-Rohr, 1996; Kramer, Mischau, 1993.

- iluminação insuficiente ou inexistente, inclusive em lugares de maior movimento;
- falta de implantação de material de segurança técnica (por exemplo, videocâmaras, telefones de emergência) em lugares tipicamente inseguros, como os estacionamentos subterrâneos;
- o andar térreo totalmente vazio em certos tipos de edifícios;
- falta de manutenção de edifícios públicos.[28]

Por *strategies of avoidance* (estratégias de evitação) entende-se o modo defensivo de comportar-se, que as mulheres (conscientemente ou inconscientemente) adquirem. Estes modos de comportamento são, em geral, inculcados já na infância, para protegê-las de situações perigosas (por exemplo, não andar sozinha de noite, evitar ruas escuras e vazias).

Neste sentido, uma pesquisa realizada na cidade alemã de Heidelberg indica que 85% das mulheres consultadas afirmavam sentir-se inseguras e ameaçadas em certos lugares públicos. Essa sensação é associada a determinados lugares (e uma série de outros fatores) que podem ser denominados como "áreas que causam medo". A estratégia desenvolvida pelas mulheres é a de evitar freqüentar essas áreas.[29]

O sentimento de insegurança, que sofrem as mulheres nas cidades, não tem suas origens apenas no medo da criminalidade em geral (ou no medo específico de ser vítima de estupro), mas também em outros problemas sociais não menos graves e que permitem ativar mecanismos de projeção, sobre estereótipos já existentes e já construídos, como o da própria criminalidade.

Nos últimos anos, o discurso feminista está se encaminhando nessa direção. Basta lembrar que na "carta de Berlim" (congresso FOPA, 1991), foi reivindicada a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Espera-se que este tipo de reivindicação sobreponha-se a qualquer discurso alarmante, que proponha a reorganização dos espaços sociais, no sentido de exclusão dos grupos sociais desprivilegiados.

Ao debruçar-se sobre a análise dos locais que causam medo, as arquitetas e planificadoras talvez não percebam que as demandas de "mais segurança" podem legitimar iniciativas securitárias, como as observadas nos Estados Unidos e em muitos países europeus, que obedecem à lógica de prevenção dos *broken windows*, transformando-se numa guerra contra os desprivilegiados. Esta escolha política significa, em última análise, aceitar viver numa sociedade de estilo "panóptico", substituindo a lógica liberal do direito penal por "técnicas de controle social baseadas na prevenção absoluta de tipo policial, ou informático, ou em formas disciplinares moralistas e ideológicas."[30] Dos perigos de uma tal "tecnização" da segurança,

(28) Exemplos de lugares que suscitam medo são: túnel, estacionamentos de carros, paradas de ônibus e de metrô, parques públicos sobre tudo de noite.

(29) Kramer, Mischau, 1993.

(30) Padovani, 1993, p. 309.

são plenamente conscientes as feministas criminólogas alemãs, que sublinham as funções de exclusão social dos discursos sobre a segurança pública.[31]

Isto não deve porém levar-nos a rejeitar a problemática dos grupos feministas sobre a segurança das mulheres. O que desejam ressaltar as feministas dedicadas à urbanística, é justamente a problemática de gênero que está presente no modo como é administrado o espaço público e privado nas cidades. Autoras ligadas a organizações como a FOPA e a ZUMA (Centro de Pesquisas, Métodos e Análises), dedicaram-se a analisar a ausência de reações de medo das mulheres em ambientes privados, onde ocorre porém a maior parte de atentados à integridade física e psíquica das mulheres.[32] Mostram, assim, a consciência crítica que sustenta o discurso sobre as necessidades de segurança das mulheres, indicando a distância entre a situação objetiva e a percepção subjetiva do perigo, e o caráter em parte ideológico dos discursos e das necessidades de segurança.

Na nossa ótica existe, porém, uma decisiva diferença entre a perspectiva de segurança das mulheres e os discursos securitários de tipo *broken windows*. No primeiro caso as feministas, mesmo correndo o risco de "deslizar" por propostas securitárias, objetivam tornar visível à violência estrutural da qual a mulher é vítima, indicando, concretamente, quais são os mecanismos que impedem o seu livre desenvolvimento, como, por exemplo, aqueles que impõem fortes limitações a sua liberdade de locomoção. O trabalho político desenvolvido pelas feministas resulta-se mais importante que as propostas concretas, porque permite destacar problemas concretos das mulheres, em geral ignorados pelas políticas de segurança pública. Neste caso, a análise dos problemas e das demandas de segurança das mulheres, objetiva a inclusão da perspectiva feminina nos debates políticos, sendo que as abordagens de tipo "broken windows" tentam apresentar os mais desfavorecidos como causa da insegurança e dos problemas sociais.

A impossibilidade de transitar por zonas de pedestres seguras, somado às grandes distâncias, a fatores climáticos, à caótica situação dos meios de transportes públicos, agravam as dificuldades às mulheres. E, obviamente, causam *insegurança* porque criam a sensação de uma incapacidade em gerir os diversos aspectos da própria vida quotidiana, induzindo as mulheres a uma série de renúncias. Não se deve esquecer que a cultura patriarcal reforça e produz o sentimento de insegurança feminino.

Deste tipo de análise, feito por grupos como a FOPA, destaca-se um discurso de fundo sobre a segurança mais próximo a uma leitura crítica do conceito de *innere Sicherheit*. O movimento feminista hoje na Alemanha, com uma tímida participação dos juristas,[33] reivindica que se tomem seriamente em consideração os direitos fundamentais.

(31) Cremer-Schäfer, 1993; Smaus, 1999.

(32) Kramer, Mischau, 1993, p. 46-49.

(33) A "entrada oficial" desta problemática feminista no discurso jurídico alemão deu-se com a publicação do livro organizado por Kube, Schneider e Stock, 1996, onde foi o artigo de Pohlmann-Rohr, 1996.

Bibliografia

AUBET, M. J. *Democracias desiguales. Cultura política y paridad en la Unión Europea.* Barcelona : Serbal, 1995.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Rio de Janeiro : Revan, 1997.

———. SILBERNAGEL, M. Neue Legitimationsstrategien des Strafrechts und ihre Kritik als Realitätskritik, in: *Kriminologisches Journal* 1, 1988.

BECKER, M., BOERS, K., KURZ, P. Kriminalitätsfurcht und Prävention im sozialen Nahbereich, in: KUBE, E. SCHNEIDER, H. e STOCK, J. (org.), *Vereint gegen Kriminalität. Wege der kommunalen Kriminalprävention in Deutschland.* Schmidt : Lübeck, 1996.

BLANKE, Th. Antidemokratische Effekte der verfassungsgerichtlichen Demokratietheorie, in: *Kritische Justiz* 4, 1998.

CREMER-SCHÄFER, H. Was sichert Sicherheitspolitik? (Über den politischen Nutzen steigender Kriminalität und ausufernder Gewalt), in: E. KAMPMEYER, J. NEUMEYER (org.). *Innere UnSicherheit: eine kritische Bestandaufnahme.* München : AG Spak, 1993.

DA SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo : Malheiros, 1998.

GÖTZ, V. "Innere Sicherheit", in: J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Müller : Heidelberg, vol. III, 1988.

HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Müller : Heidelberg, 1985.

KAISER, G. Verbrechenskontrolle und Verbrechensvorbeugung, in: *Kleines kriminologisches Wörterbuch.* Müller : Heidelberg, 1993.

KRAMER, C. MISCHAU, A. Städtliche Angst-Räume von Frauen am Beispiele der Stadt Heidelberg, in: *Zuma Nachrichten* 33, 1993.

KUBE, E. Oft steht die Polizei allein auf weiter Flur. Ausschüsse für Kriminalitätsverhütung – oder: Wie läßt sich (endlich) das brachliegende Präventionspotential ausschöpfen?, in: *Kriminalistik*, 1987.

———. SCHNEIDER, H. e STOCK, J. Kriminalprävention als kommunale Aufgabe, in: KUBE, E., SCHNEIDER, H. e STOCK, J. (org.). *Vereint gegen Kriminalität. Wege der kommunalen Kriminalprävention in Deutschland.* Schmidt : Lübeck, 1996.

———. *Vereint gegen Kriminalität. Wege der kommunalen Kriminalprävention in Deutschland.* Schmidt : Lübeck, 1996.

LEHNE, W. Präventionsräte, Stadtteilforen, Sicherheitspartnerschaften. Die Reorganisation des Politikfeldes 'Innere Sicherheit', in: T. VON TROTHA (org.). Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse. Nomos : Baden-Baden, 1996.

NARR, W.-D. Angeklagt gem. Nötigung, in: B. VON GREIFF (org.). *Der Leviathan in unserer Zeit*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1997.

PADOVANI, T. Un percorso penalistico, in: L. GIANFORMAGGIO (org.). *Le ragioni del garantismo. Discutendo com Luigi Ferrajoli.* Torino : Giappichelli, 1993.

POHLMANN-ROHR, B. Berücksichtigung von Innere-Sicherheitskriterien in der kommunalen Bauplanung. Sichere Stadträume auch für Frauen, in: KUBE, E., SCHNEIDER, H. e STOCK, J. (org.). *Vereint gegen Kriminalität. Wege der kommunalen Kriminalprävention in Deutschland.* Schmidt : Lübeck, 1996.

REUBAND, K.-H. "Steigt in der Bundesrepublik die Verbrechensfurcht? Widersprüchliche Ergebnisse aus der neueren Umfrageforschung", in: E. KAMPMEYER e J. NEUMEYER (org.). *Innere UnSicherheit: eine kritische Bestandaufnahme.* München : AG Spak, 1993.

RODENSTEIN, M. Feministische Stadt – und Regionalforschung – Zum Stand der Diskussion städtischer Lebensverhältnisse, in: *Frei-Räume.* Sonderheft, 1992-1993.

RUST, U. (org.). *Juristinnen an den Hochschulen – Frauenrecht in Lehre und Forschung.* Nomos : Baden-Baden, 1997.

SCHNEIDER, H., STOCK, J. *Kriminalprävention vor Ort. Möglichkeiten und Grenzen einer von Bürgern getragenen regionalen Kriminalprävention unter besonderer Würdigung der Rolle der Polizei.* Felix, Holzkirchen/Obb. (Empirische Polizeiforschung, Bd. 8), 1995.

SMAUS, G. *Exklusion, Inklusion und die Legitimation des Strafrechts.* (Manuscrito), 1999.

4

EL NUEVO CIUDADANO RESPONSABLE Y SOLIDARIO: EL PARTENARIO. REFLEXIÓN CRIMINOLÓGICA/VICTIMOLÓGICA*

ANTONIO BERISTAIN

A los ciudadanos de Ermua, en homenaje agradecido por su impar ciudadanía responsable ante la macrovictimación terrorista de ETA, ante el bestial y vil asesinato a Miguel Angel Blanco.

SUMÁRIO: 1. La libertad aboca a la vinculación: 1.1 El ciudadano obligado a responder ante el juez; 1.2 El juez obrigado a respetar al ciudadano – 2. Dos utopías: El partenariado y la creatividad victimológica: 2.1 Transfomar la ciudadanía en partenariado y el ciudadano en partenario; 2.2 El partenariado recrea las víctimas del crimen. Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio – 3. La nueva responsabilidad partenaria sin "culpabilidad" – Bibliografía.

Resumen: La postmoderna ciudadanía, que supera el ruralismo y la anarquia, obliga al ciudadano a responder de sus acciones criminales y obliga al juez a respetar a todos los ciudadanos. Estos deben colaborar al bien común fraternalmente, con sensibilidad/creatividad hacia las víctimas del delito. Con más atenciones que las reguladas en el Real Decreto 1211/1997.

Palabras clave: Ciudadano – Creatividad penitenciaria – Criminología – Ilustración – Fines de la sanción – Partenariado – Poder judicial – Solidaridad – Víctimas.

1. La libertad aboca a la vinculación

"Se trata de una hipótesis que dista de ser de laboratorio en la realidad operativa de nuestros sistemas penales, donde la ejecución sin proceso se ha convertido en una práctica cotidiana".

Raúl Zaffaroni (288)

(*) Estas páginas, escritas en agosto de 1997, recogen y amplían mi comunicación oral en la Quinta Jornada Acadêmica de la *Fundación Aquinas* (Washington), celebrada en la Universidad de Salamanca y presidida por su Mgfco. Sr. Rector, el Catedrático de Derecho penal, Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y el Director de la Fundación, el Prof. Denis Szabo, de la Universidad de Montreal.

La Solemne Quinta Jornada Académica de la Fundación Aquinas, en el Aula Francisco de Vitoria, de la Universidad de Salamanca, "En torno al concepto de *ciudadanía responsable*", me recuerda las atinadas reflexiones de Xavier Zubiri cuando insiste en que la persona, el ciudadano, es libre sólo cuando esa libertad la ejercita para vincularse en servicio de alguien y de algo (la ciudadanía, diríamos hoy y aquí). Por eso habla "de la libertad entendida como autodeterminación en el orden de lo moral" (1994, 231), y del poder de lo mal que "vincula a los hombres entre sí" (1993, 131). También me sugiere *dos imperativos categóricos* desde las ciencias que profeso: el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología.

El primero para propugnar que la ciudadanía *responsable*, ante la actual macrovictimación, mantenga en vigencia la responsabilidad penal, a pesar de las tendencias abolicionistas; y, por otra parte, para que, ante los graves abusos del Poder judicial de ayer y de hoy, introduzca radicales reformas humanitarias en el Derecho Penal, iniciadas ya por el Marqués de Beccaria y los Ilustrados.

Opinamos y sentimos que la ciudadanía, con lo que implica de convivencia solidaria, libre y pacífica, de pacto, de superación del ruralismo, exige la vigencia del *ius puniendi* para rechazar con eficacia los efectos negativos de la criminalidad. También exige explorar sus paradójicos efectos positivos, su creatividad. Por eso, proclamamos la necesidad de estudiar y desarrolar la Criminología y la Victimología, como se estudian y desarrollan otras ciencias sociales, como se estudia y desarrolla el arte y los valores de la humanidad.

Ante las tendencias más o menos extremas y más o menos disfrazadas del abolicionismo penal, admitimos gran parte de sus argumentos basados en constataciones objetivas de trágicos errores en nombre de la justicia y consideramos que lo lógico es exigir que el sistema policial, judicial, penal, victimológico y penitenciario superen urgentemente sus tradiciones de nacional-catolicismo, sus rémoras de retribucionismo vindicativo y expiatorio. Pedimos que respeten los derechos humanos de los delincuentes y, no menos, los de las víctimas.

El *segundo imperativo categórico* reclama que se logre una transformación binaria: que la *ciudadanía* se convierta en *partenariado*, con todo lo que puede implicar de nueva e innovadora fraternidad; y que las respuestas del Poder judicial se formulen menos en sanciones privativas de libertad de los victimarios y más en sanciones reparadoras/recreadoras de las víctimas, llevadas a cabo por los victimarios preferente aunque no exclusivamente.

La semántica pide que a la evolución de la realidad personal y social le siga (si no le precede) una evolución de sus signos lingüísticos y de sus combinaciones, desde un punto de vista sincrónico o diacrónico. La palabra *ciudadano* que, según el diccionario, significa "el habitante de ciudades antiguas o de estados modernos como sujeto de derechos políticos, que interviene ejerciéndolos en el gobierno del país y que, recíprocamente, está obligado al cumplimiento de ciertos deberes", debe ser actualizada, cambiada, por otra para significar mejor lo que hoy en día entendemos por el habitante de nuestras ciudades. En algunos países se ha creado el vocablo *partenariado* que expresa lo que en el umbral del tercer milenio es y/o desea ser todo hombre y toda mujer: algo así como el socio que es también empresario, el promotor que simultáneamente es colaborador en una

aventura solidaria o en una empresa, el que puentea con el poder y con la base, el que armoniza el ruralismo con la civilidad, el que evita que quien sabe más explote "al que sabe menos, la ciudad al campo, el rico al pobre", el que quita "todas las oficinas y puestos públicos de las ciudades, desparramándolos por el campo", siguiendo el consejo de Gambelu. (M. de Unamuno, 62 s.). El ágora de ayer se convierte hoy en la aldea global.

El "partenario" debe participar activa y directamente en todas las facetas del poder; no sólo en el legislativo y el ejecutivo; también en el judicial, por ejemplo, mediante "el jurado". Al nuevo ciudadano, al partenario, le acompañan, y cada día más, nuevos deberes y nuevos derechos; también le compete el deber y el derecho de dar lo suyo a las víctimas y a los victimarios. El partenario no puede cruzarse de brazos ante la interpretación vindicativa que, demasiadas veces, se hace del *ius puniendi*. En concreto, no debe consentir que las sanciones privativas de libertad sigan siendo la respuesta mayoritaria a los delitos, que el hacinamiento en las cárceles siga causando más desocialización de los condenados. Sí debe informarse en los medios de comunicación y en los centros docentes de la moderna ciencia y técnica victimológica que facilita la participación directa e indirecta de las víctimas en la resocialización de sus victimarios.

A continuación comento brevemente estes dos imperativos categóricos.

1.1 El ciudadano obligado a responder ante el juez

> "Haber fallado es la manera más intensa de comprender la responsabilidad – si uno es capaz de abrirse a ella plenamente y sin excusas – como responsabilidad de uno mismo".
>
> Václav Havel (303)

Todos sabemos que el ciudadano no está obligado a *responder* a las preguntas que le fomule el juez y/o el fiscal; él puede guardar silencio. Pero, no olvidemos que sí está obligado a *responder de* sus hechos delictivos. Con otras palabras, está obligado a llevar a cabo las "respuestas" (las sanciones, las restituciones, las reparaciones y las indemnizaciones) que le imponga el juez. Sin una autoridad que, en nombre de la ciudadanía, obligue al delincuente a hacerse cargo de sus desvalores, de los daños y perjuicios por él causados, la convivencia resultaria imposible.

Ante las consecuencias que se derivan de la criminalidad grave, nosotros (con la inmensa mayoría de los especialistas y la inmensa mayoría de la ciudadanía) estamos convencidos de la necesidad de algunas sanciones penales, a pesar de las voces tan autorizadas que proclamam la abolición mayor o menor del Derecho Penal y apesar deles abusos criminales (pretéritos y actuales) del poder punitivo. Al conocer, personalmente y por los medios de comunicación, las enérgicas y doloridas protestas de seis millones de ciudadanos en Ermua, en España y fuera de España (los días siguientes al asesinato de Miguel Angel Blanco, el doce de

julio de 1997) contra la criminalidad organizada de ETA (y de quienes les apoyan, directa e indirectamente); al conocer las crímenes contra la humanidad en la ex-Yugoslavia y en otros países, no podemos menos de proclamar que también en el siglo XXI la civilidad implica responsabilidad penal, que el ciudadano infractor merece sanciones severas por sus delitos.

El abolicionismo penal aplaudido en los años 70 y 80 (Ian Taylor, Paul Walter, Jock Young, Louk Hulsman, Jacqueline Bernat de Celis, etcétera) ya no encuentra tantos defensores teóricos. En cambio, aunque sea ilógico, sí los encuentra en algunos casos especialmente graves y trágicos. Así, ante el terrorismo de ETA, muchas personas (sobre todo en el País Vasco) se muestran partidarias de considerarlo como un mero conflicto más que como una criminalidad organizada terrorista que, además de aterrorizar a millones de personas, produce gigantescos injustos enriquecimientos económicos de los victimarios y las correspondientes ruinas económicas de las víctimas.

Aunque parezca y sea absurdo, pocas fechas después del ímpar y universal grito contra el terrorismo de ETA, en julio de 1997, personas e instituciones (políticas, religiosas, etcétera) dignas de consideración propugnan, públicamente, una negociación entre los de ETA y el Gobierno de Madrid, como si de un mero conflicto entre sólo esas dos partes se tratase. No caen en la cuenta (o no lo dicen, por el síndrome de Estocolmo o por otros motivos más turbios) de que, sobre todo, hay otra parte –miles de víctimas directas e indirectas– y de que se trata de una criminalidad que está aterrorizando a millones de personas desde hace muchos años. Está pisoteando los principios más elementales de la democracia, de la libertad y de la justicia. (Beristain, 1997, n. 4302, p. 2).

Algunos argumentan que no debe considerarse delito porque emerge desde ciertas situaciones injustas históricas. (Algo similar pensaban miles de alemanes, en tiempo del nazismo hitleriano). Ignoran que los delitos, en general (principalmente los delitos contra la propiedad que llenan nuestras cárceles), emergen desde estructuras sociales injustas. Si tales innegables antecedentes pudieran aducirse como causa de justificación, o de atenuación, las prisiones estarían vacías. Desde siempre, todos los países mantienen, reelaboran y aplican códigos penales que niegan tal vigencia exculpatoria a esas injusticias históricas. El hambre que sufrieron los abuelos ya fallecidos no permite que los nietos roben ahora. En nuestro caso, no cabe hablar del *hurto famélico*. (Julián Pereda, Luis Jiménez de Asúa, José M.ª Rodríguez Devesa). Desde otro punto de vista más general, José Anton Oneca (51 s.) rechaza tajantemente la postura de quienes consideran al criminal "menos culpable que a la colectividad". De quienes malinterpretan el principio de la responsabilidad universal compartida.

Cada día resulta más carente de argumentos, más extraño y más perjudicial que en el País Vasco haya partidarios de que, si los miembros de ETA entregan las armas, se les debe amnistiar. La amnistía del año 1979 no puede repetirse veinte años después, por mil razones y también porque vivimos en circunstancias cuantitativa y cualitativamente distintas.

Ante otras infracciones, muchas personas se plantean y resuelven el problema con más sensatez, desde otra perspectiva. Así, por ejemplo, los medios de comunicación coinciden en constatar que todos los ciudadanos consideran que

los casos de pederastia que se han hecho públicos, recientemente, en Bélgica, en Sevilla y (julio de 1997) en Barcelona, deben sancionarse en y con el Código Penal. Se duda y se discute si tal o cual persona ha realizado esos delitos (nadie los califica como meros "conflictos") que se le imputan; pero no se duda que, si los cometió, debe cumplir la sanción correspondiente. Y debe reparar los perjuicios causados a las víctimas. Lo mismo y más se dice, lógicamente, de Pol Pot, el genocida de Camboya. Todos los ciudadanos proclaman que esas conductas merecen una sanción penal (y ésta debe ir acompañada con otras diversas medidas de política social, pedagógica, etcétera); que no es un mero conflicto; que no cabe amnistía, ni "negociación *inter pares*" (entre iguales) con el Gobierno. Releamos a Aristóteles: "La mayor injusticia es tratar igual a los desiguales".

Con frecuencia personas e instituciones que se dicen no abolicionistas, lo son en la práctica, engañados por una concepción errónea de la moral cristiana y cívica, como indica Jean-Pierre Morin (174 s.). Por ejemplo, todas aquellas personas e instituciones religiosas y caritativas y políticas de extrema derecha que ayudaron a huir de la policia y de la justicia a miles de antiguos SS, criminales de guerra, como Mengele el siniestro médico de Auschwitz, Klaus Barbie el verdugo de Lyon, Henri Muller el directivo de la Gestapo, etcétera. También se han dado casos similares y se dan todavia hoy en el País Vasco, respecto a asesinos de ETA (Beristain, 1993).

Quizás este talante de ignorante anarquía pseudocristiana o de preilustración encuentre su origen y su dinámica en el desconocimiento de la *Aufklärung* y/o en algunos literatos; por ejemplo, en Gabriel Aresti, cuando escribe "defenderé la casa de mi padre contra la justicia". Muchas personas leen estos versos al pie de la letra, sin descodificarlos, sin "ilustrarlos", sin entender su simbolismo, sin saber que nuestra justicia, la humana, es algo pactado entre los hombres, necesario, y que hemos de respetar y cultivar (a veces, criticar, nunca luchar contra ella) aunque esté sobrada de limitaciones y de defectos.

Conviene recordar que en nuestros tribunales de justicia penal "se pone a prueba la consistencia de los bienes jurídicos que se desprenden del estatuto de ciudadano", como argumenta el catedrático constitucionalista José Luis Cascajo (1996 a). Fuera de la vigencia y aplicación cotidiana de los tribunales de justicia (que, de una u otra forma han existido en todas las culturas de la humanidad) se corre el riesgo de caer en la anomia y en la anarquía, en la ley de la selva. Se ponen en peligro las coordenadas de la convivencia.

Una de estas coordenadas es la *justicia* que le recuerda a Caín la prohibición de matar a su hermano Abel, la obligación de "hacerse cargo" de su asesinato, de "tomar a su cargo" (en formulación del filósofo Xavier Zubiri) la reparación, la revaloración de su desvaloración. Por esto, si alguien conduce su automóvil "a lo loco", en el centro de la ciudad a doscientos kilómetros por hora, y atropella a un viandante y le causa lesiones graves, los ciudadanos, y el juez en su nombre, han de obligarle a compensar y resarcir todos los daños y perjuicios. Frente a la criminalidad, hemos de exigir compromisos activos de los propios ciudadanos en beneficio de las víctimas y de la comunidad. Si no se imponen y si no se cumplen las sanciones penales (con las correspondientes e indispensables medidas preventivas, educadoras y reeducadoras), está servido el clima para el disturbio,

la rebelión o la delincuencia individual pura y simple. La paz y la convivencia, valores apreciados por los ciudadanos, se sienten amenazados (Cascajo, 1996 a).

Al sociólogo y al criminólogo les compete proclamar, sin miedo, la inevitable y noble tarea del juez de exigir la *responsabilidad* al ciudadano que infringe gravemente la norma. El delincuente ha de responder ante el juez (que es representante de la ciudadanía) de las consecuencias negativas que su infracción ha ocasionado. A todos los ciudadanos, a unos más que a otros, nos compete afirmar la "amarga necesidad" de la sanción punitiva impuesta a través de un proceso respetuoso de las garantías jurídicas (E. Gimbernat). Y subrayar que a lo policial y penal han de añadirse medidas resocializadoras y victimológicas.

No cabe el silencio ante las voces que, acá y acullá, se oyen pidiendo la abolición del Derecho Penal, pidiendo la ley del "punto final", o la amnistía de los terroristas si se comprometen a dejar las armas. El silencio, ante casos extremos de criminalidad, ¿puede considerarse delito de comisión por omisión, delito de prevaricación? ¿A qué se refieren los obispos católicos y los protestantes, de Alemania, cuando piden pública y repetidamente perdón por su comportamiento durante los años del nazismo, del holocausto, hitleriano?

Como escribió Cicerón, *ubi societas ibi ius*, donde hay ciudad hay Derecho. Y, como se deduce de los párrafos precedentes, donde hay delincuencia hay Derecho Penal. Pero, como veremos a continuación, éste debe reestructurar sus coordenadas vindicativas, debe respetar a todo ciudadano.

1.2 El juez obligado a respetar al ciudadano

> "El campo criminológico se amplía cada vez más en una reflexión relativa a las estrategias de prevención y a la fomulación de políticas criminales y sociales".
>
> G. Picca (16)

El Marqués de Beccaria no cayó en el extremo de negar la exigencia de la pena para los autores de los delitos, pero protestó contra el talante expiacionista de los sacerdotes y los jueces de los pueblos primitivos (primos hermanos de los terroristas de hoy) y también contra el sistema judicial inquisitorial y de las monarquías absolutas y del Derecho Penal católico.

Los herederos de Beccaria y de la Ilustración rechazamos el poder judicial que habla, juzga, sentencia y condena en nombre de Dios, en nombre del Dios vindicativo que prepara el fuego eterno al pecador y la pena de muerte al delincuente. Beccaria, ya el año 1764, había criticado y rechazado con sumo acierto que el Código Penal deba atenerse y someterse a los criterios de la iglesia católica y de su jerarquía. (Esta reaccionó con la condena pública de su persona y la prohibición, bajo pecado mortal, de editar y/o leer su libro, incluido en el Indice hasta el Concilio Vaticano II).

En cambio, Manuel de Lardizábal y Uribe, como sus coetáneos de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, por influjo negativo de la iglesia católica española, se apartó del maestro italiano, en este tema fundamental. (Nadie ha analizado detenidamente esta divergencia de tan funestas consecuencias y que, en cierto sentido, perdura hoy todavía, aunque larvada).

Lardizábal, en su excelente *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, publicado en 1782, sigue manteniendo la tradicional necesidad de acatar los criterios de la religión católica y romana. Como comprobación de la radical y triste diferencia en este campo entre Lardizábal y Beccaria, basta constatar que el italiano, en el capítulo segundo de su *Dei delitti e delle pene*, niega textual y expresamente que la justicia humana "dimana de Dios"; en cambio, el español, en su capítulo primero, número 6, asegura, también expresa y textualmente, que el fundamento de las penas "dimana del mismo Dios" (Beristain, 1997 a).

Todavía en los últimos años del siglo XIX, la Universidad de Salamanca, mantiene esta lamentable doctrina de Lardizábal, esta anacrónica y trágica dependencia de la jerarquía católica. Las críticas escritas y las gestiones "políticas" del obispo de Salamanca, el agustino Tomás Cámara y Castro, contra la doctrina que expone en su cátedra el eminente profesor Pedro Dorado Montero llegan a conseguir que el Decano de la Facultad de Derecho, el día nueve de junio de 1897, dicte un decreto por el que elimina a Dorado Montero del tribunal encargado de examinar a los alumnos de su asignatura de Derecho Penal; y pocos dias después, el lunes catorce, le suspende de su cargo y de su sueldo de catedrático.

Esta tan desagradable efeméride concluyó parcialmente, muy pronto, el día 18, por un Decreto del Sr. Rector, el prof. Mames, por el que tiene "a bien levantar la suspensión del Catedrático de D. Penal don Pedro Dorado Montero y reintegrarle en el ejercicio de su cargo". (Berdugo Gomez de la Torre, Hernandes Montes). He dicho que concluyó "parcialmente" porque concluyó la sanción, pero no desapareció la dependencia universitaria de la jerarquía católica: todavía por los años 1950, cuando yo estudiaba la carrera de Derecho, en la Universidad de Valladolid, algunos libros de texto de Derecho Penal estaban sometidos al control eclesial, al *Nihil obstat*, que podíamos leer en sus primeras páginas.

En pocas palabras, como resumen de lo hasta ahora indicado, proclamamos necesaria la justicia penal que faculta al juez, en cuanto éste representa a la ciudadanía, para imponer al delincuente la sanción que señala el código penal, cuyos diversos fines están proclamados en los textos legales nacionales e internacionales y en la doctrina criminológica. Pero, insistimos en que el magistrado está obligado a defender la autonomía del poder judicial (sin dependencia del divino y eclesiástico) y a respetar los derechos humanos de todas las personas. Más y especialmente de las víctimas.

El Derecho Penal debe permanecer. Pero, a diferencia del tradicional (que trataba de pecados y delitos), debe tratar sólo de delitos. Y, más que de delitos, en cuanto desvalores, debe tratar de los valores personales y comunitarios. Así lo propugnan algunos especialistas, por ejemplo Cascajo (1996). En su estudio sobre los fines de la sanción, repetidamente habla de los *valores*: "El objeto de la

tutela penal encuentra fundamento en el orden de valores... dialéctica de realidad y valor... los bienes y valores jurídicos... la noción más precisa de valores constitucionales... equivalencia entre bienes, valores y derechos... la teoría axiológica de los derechos fundamentales... los valores superiores parecen desvalorizarse... en el recurso de revisión penal concurren dos valores jurídicos... valores apreciados en el mundo..."

En el mismo sentido se expresa C. Atias (85) cuando afirma "qu'aucune société n'existe sans un minimum axiologique. La préocupation de doter les citoyens de ce sens des responsabilités qui permettra d'exercer leur liberté réelle, est évidemment liée à cette conviction et à l'expérience qui la fonde". Toda sociedad necesita un mínimo axiológico. La preocupación de dotar a los ciudadanos de tal sentido de responsabilidad que les permita ejercer su libertad real, está, sin duda, anclada en esa convicción y en la experiencia que la funda.

Esto implica profundos cambios en la cultura jurídicopenal; implica que, como escribe Michael Novak (103): "we need also again to praise every man and woman of virtue as our friend", en cada hombre y en cada mujer, debemos ver y apreciar un hermano, un amigo nuestro. Con otras palabras, un *partenario*. De esto nos ocupamos en el apartado siguiente.

2. Dos utopías: el partenariado y la creatividad victimológica

En el umbral del tecer milenio, el ciudadano con sensibilidad humana, creadora, no puede permanecer instalado en los códigos penales del siglo XX. El *panta rei* de Heráclito le exige auscultar la nueva ciudadanía responsable, le exige intentar dos utopías, dos transformaciones radicales:

1.ª- transformar la ciudadanía en *partenariado,* y el ciudadano en *partenario*,

2.ª- transformar la responsabilidad ante el juez en *creatividad victimológica*, en obligación de re-*crear a las víctimas del delito.* (Entre paréntesis, siguiendo al penalista Bassiouni y a otros especialistas españoles y extranjeros, considero que no hay delito sin víctimas).

2.1 Transformar la ciudadanía en partenariado y el ciudadano en partenario

> "La mediación (ciudadanía) significa fundamentalmente que los conflictos se resuelven allí donde se crean, y en especial una confianza en el hombre y para el hombre, pues como decía un filósofo de lailustración lo que viene del hombre debe permanecer en el hombre".
>
> Esther Giménez Salinas (212)

Con Wittgenstein opino que el nombre, la palabra, merece mucha más atención de lo que generalmente le concedemos. En el número 3.22 de su *Tractatus Logico-Philosophicus* leemos: "En la proposición el nombre hace las veces del objeto". (*Der Nam vertritt im Satz den Gegenstand*). Por lo tanto, si varía el objeto debe

variar el nombre, debe variar la palabra. Actualmente, la crisis cósmica que modifica y amplía tan grandemente el "objeto" de la ciudadanía y del ciudadano reclama que cambien sus vocablos.

A nuestra palabra "ciudadano" se le pueden atribuir cuatro raíces etimológicas en griego:

a) *demos ou*: pueblo, conjunto de ciudadanos libres, asamblea popular, demócrata, como opuesto a aristócrata,

b) *etnikos e on*: étnico, es decir ciudadano en cuanto perteneciente a una misma raza, como opuesto a gentil,

c) *laos ou*: nación, multitud, muchedumbre, laico, como opuesto a sagrado o religioso,

d) *hetairus ou*: compañero, solidario, socio, en cuanto amigo perteneciente a la tribu, a la ciudad, e integrado activamente en ella, como opuesto al excluido o al delincuente desterrado. De este término griego deriva directamente el término castellano "hetaira" y "hetera", aunque con un significado muy parcial y/o deformado.

Nuestra mentalidad occidental hodierna sólo tiene en cuenta las tres primeras acepciones. Desde diversos puntos de vista, parece deseable atender también a la cuarta que está en la base de la cosmovisión griega en cuanto cultura de la amistad, del compañero de trabajo, del colaborador, de quien forma parte activa de un todo, de algun cosa más grande, sin implicar el riesgo de división o exclusión.

La evolución de la sociedad postmoderna va pidiendo y en algunos países de nuestro entorno va logrando, afortunadamente, que la voz ciudadanía y ciudadano se transforme en otra – *partenariado, partenario* –, que atiende y acoge esa cuarta raiz etimológica helénica.

En nuestra lengua castellana todavía no se emplea esta terminologia, salvo escasas excepciones (aunque las excepciones son frecuentes en el área del Derecho mercantil societario). En cambio, ya tiene amplia aceptación e importancia en otras lenguas como el francés (*partenariat, partenaire*), el alemán (*partnerschaft, partner*), el inglés (*partnership, partner*), el portugués, etcétera.

Esta palabra (relativamente nueva) conlleva una innovadora realidad significativa que debe interesar a los penalistas, a los criminólogos y a los victimólogos. Es un concepto muy fluido, de difícil definición (y traducción al castellano), por ejemplo cuando Terrie E. Moffitt, de la University of Wisconsin, titula su artículo *"Partner Violence Among Young Adults"*.

Aquí nos limitamos a una breve reflexión sobre sus posibles definiciones y sobre las nuevas funciones que los especialistas le pueden asignar, con especial referencia a la ciencia penal, criminológica y victimológica. Hoy sabemos, como propugna Paul Ricoeur, que la reflexión sobre el lenguaje, la hermenéutica, se convierte en algo más que la metodología de la exégesis, o sea, discurso de segundo orden aplicado a las reglas de la lectura del texto; concierne a la constitución del objeto como *proceso de la palabra.*

Una definición abierta, elemental y/o provisional, del partenariado puede formularse, a la luz de los especialistas, como el proceso por el cual dos o más personas naturales o jurídicas, conservando su peculiaridad, se ponen de acuerdo para en un tiempo determinado realizar alguna cosa que es más que la suma de sus acciones, o que ellas no podrían hacer individualmente y que implica riesgos y beneficios que ellos comparten. (Cfr. Jornadas sobre "El Partenariado como nuevo instrumento para la lucha contra la pobreza y la exclusión social", Bilbao, mayo de 1997).

Esta definición del partenariado muestra su parcial (pero sólo parcial) relación con algunos conceptos que manejamos frecuentemente en la problemática social, pero que, en opinión de J. Estivill (1995, 19 s.), no deben confundirse o equipararse con:

- la coordinación, que supone un compromiso más superficial,
- la colaboración, que no implica un compromiso mutuo,
- la cooperación, donde los colegas no son de naturaleza distinta,
- la asociación, que presenta un aspecto jurídico más importante y una relación más fuerte y duradera.

En el ámbito de la criminalidad y sus controles, el partenariado conlleva una manera de superar las diferencias, un saber estar y convivir con los distintos, con los excluidos, con los marginados. El partenario es a la vez el que invita y el invitado, el anfitrión y el huésped; él inicia el trabajo, pero después los otros se sienten coautores, no meros colaboradores. El partenario quiere lo que Unamuno, en su novela Paz en la guerra, dice que quería su don Miguel: "el campo en las calles, la romería cerca, al arrimo de la villa" (Unamuno, 127).

Desde nuestra perspectiva "del delito y de la pena", el partenariado está llamado a desempeñar notables funciones hasta ahora desconocidas; a establecer nuevas "pasarelas" relacionales entre el poder judicial, la policía, la iniciativa social, el voluntariado, las redes primarias de solidaridad y las ONG. El partenario trabaja con talante de *inter pares*, entre iguales. Los tradicionales grandes agentes sociales, las organizaciones internacionales de Criminología, de Derecho Penal, de Victimología, etcétera, no pueden ignorar ni prescindir de las personas e instituciones pequeñas e informales que surgen cada día, y adquieren notable fuerza social; si las olvidan, se convertirán en vacías megaestructuras burocráticas.

Si lo cultivamos con imaginación y con tino, el partenariado puede abocar a innovaciones enriquecedoras en las modernas crisis sociales, y especialmente en los problemas penitenciarios y en los de los infractores juveniles, pues procura una forma de acercamiento desde lo alto hacia lo de abajo y desde abajo hacia lo alto, desde lo local a lo nacional e internacional y viceversa. También en el campo policial, como se aprecia en la *Policing Research and Evaluation: Fiscal Year 1997*, del National Institute of Justice, que informa de "types of partnerships... Public Safety Partnerships and Community Policing... initiated police-researcher partnerships... Partners in Policing...", etcétera.

Aparece, a veces, como una especie de mediación (tan necesaria hoy en día) y de solidaridad, como un reparto nuevo del poder y de la jerarquía, en un espacio y un tiempo determinado con miras a modificar, conjuntamente, de común acuerdo, las relaciones individuales y colectivas. No es de extrañar que Christine Lazerges escriba: "C'est ainsi que les médiations pénales opérées dans les Maisons de

justice et du droit de Lyon (antennes décentralisées et *partenariales* [subrayo] du tribunal)" (188)... "Les médiateurs ils sont bénévoles et membres d'une association de médiation pénale dont les deux présidents sont les *partenaires* (subrayo) directes du parquet" (189); o que Bernard Sesboüe, S. J., hable de "Le but était d'abord de confronter le lecteur à un long événement dont li demeure le partenaire et par rapport auquel il doit se situer" (427). "Le salut est une rencontre des libertés, une relation nouée et renouée entre des sujets, partenaires bien vivants" (428). (El editor hispano traduce *partenaire*, en el primer párrafo, como "partícipe", y en el segundo como "compañeros").

Con la voz partenariado se evoca la conjunción de diferentes actores (los excluidos, los voluntarios y sus organizaciones, los profesionales, los elegidos, la administración pública, los sindicatos, las empresas y, no menos, los ciudadanos), de diversas dimensiones (sociales, económicas, políticas) de múltiples sectores (financiero, sanitario, religioso), alrededor de planes integradores de desarrollo (Estivill, 1995 a, 58 s.).

Cada día aparece más fuerte la necesidad de aprender a cohabitar en una dinámica conflictiva que acepte las diferencias y multiplique las fórmulas de negociación. Urge crear estructuras permanentes de partenariado en el ámbito local, regional, nacional y transnacional. La Commission des Communautes Européennes, de la Unión Europea, ya tiene conciencia de esto, como se patentiza en su Libro Verde, en los *Seminarios Delors*, de abril 1992 y junio 1993, en las iniciativas "Now", "Horizont", "Euroforum", en los programas "Ergo II", "Helios II", etcétera.

En tanto en cuanto el partenariado y el partenario se introduzcan en la Criminología se logrará una Criminología mejor y, todavía más, algo mejor que la Criminología, como deseaba Radbruch para el Derecho Penal.

Temino este apartado con una conclusión concreta: el partenariado fomenta, entre otras metas, el trabajo voluntario, digno, remunerado y formativo, en las instituciones penitenciarias que es una de las piezas esenciales de la rehabilitación, de la verdadera reeducación y reinserción social, fines a los que las penas y las medidas penales han de orientarse, lo cual, con toda obviedad, no supone que sean éstos los únicos fines de las sanciones (Ruiz Vadillo, 1723).

2.2 El partenariado recrea las víctimas del crimen. Real Decreto 121/1997, de 18 de julio

> "La democracia no consiste solamente en respetar los derechos iguales de los ciudadanos, porque los ciudadanos no son un fruto natural de la tierra que brota espontáneamente sin más ni más. La democracia tiene que ocuparse también de crear los ciudadanos..."
>
> Fernando Savater (174)

Cada juez tiene doble responsabilidad: como ciudadano y como representante de todos los ciudadanos. Cada operador de la justicia penal debe vislumbrar y auspiciar el futuro, y caer en la cuenta de que esa doble responsabilidad evoluciona cada día, y le obliga a una transformación profunda de sus criterios, de sus

decisiones y de sus quehaceres: tiene que estudiar y elaborar respuestas nuevas, más humanas, a los delincuentes; respuestas alternativas a la privación de libertad y que intensifiquem la reparación a las víctimas. Mejor dicho, que logren la recreación de las víctimas, llevada a cabo, principalmente, por los victimarios en cuanto sea factible (que puede llgar a cotas muy altas). Según indican eminentes victimólogos, como McElrea y otros, no hay readaptación, ni reeducación, ni resocialización social del delincuente si éste no se compromete a la reparación y recreación de sus víctimas. Para lograrlo, hemos de programar diversas *estrategias teóricas y legales.*

Entre las *teóricas*, una de las primeras es redefinir la Criminología de manera que, sin dejar de ser una ciencia, sea también un "arte", es decir algo que supera la metodología lógica y sistémica de las ciencias, algo que llega a lo metarracional, con una fuerte dosis creativa, en sus medios y en sus fines. La Criminología busca la verdad racional y la razonable; pero también busca otra verdad, otra justicia y otro amor. Cuando se trata de lo criminológico científico también se debe tratar de lo criminológico poético, de lo criminológico artístico y de lo criminológico simbólico. Recordando a San Juan de la Cruz, se puede decir que habla mal de las entrañas de la Criminología quien no lo hace con entrañable Criminología, ya que el lenguaje acerca de lo radical de la Criminología debe llegar más allá del lenguaje, pues todo crimen oculta y desvela un misterio. Todo criminal es "urdimbre de carne y espíritu", "confín de carne y sueño".

En cierto sentido, cabe estar de acuerdo con Wittgenstein cuando, en su *Tractatus*, número 4.112, afirma que "El objetivo de la filosofía es la clarificación lógica de los pensamientos". Pero, discrepo de quienes opinan que el objetivo de la Criminología se limita a la clarificación lógica de la criminalidad y sus controles. Desde la perspectiva de la Criminología como ciencia y como arte, su objetivo llega mucho más adelante que a la clarificación lógica; llega hasta la atención médica, psicológica, económica, etcétera, de las víctimas; hasta su transformación creativa. (En otra ocasión hablaremos de la transformación creativa del victimario e incluso de la creatividad en el ámbito policial). (Kim Waggoner, 8-10).

A la luz dela moderna Antropología, teniendo en cuenta la dimensión y energía renovadora de todo lo humano, su misión creadora, se comprende a quienes propugnan que la naturaleza y la existencia del hombre le exigen esencialmente desarrollar su capacidad de autotransformación y autorrenovación. "L'évolution humaine est un processus de maximisation de l'improbable" (A. Gehlen, D. Szabo, 37, Beristain, 1994, 346 s.).

El Criminólogo, consciente de que el estiércol puede transfomarse en gladiolos, adopta como misión suya, no sólo la "readaptación social del delincuente", sino más aún: la re-creación *abierta* de las víctimas. Pretende cumplir el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando proclama que "Todos los seres humanos... deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Pretende que se haga realidad la oración de François-Marie Arouet, más conocido por su seudónimo Voltaire, antiguo alumno del colegio de jesuitas "Louis Le Grand", en su *Traité sur la tolérance* (1763), cuando suplica al "Dios de todos los seres, de todos los mundos, de todos los tiempos,... ¡Ojalá que todos

los hombres recuerden que son hermanos!". Pretende transformar el dolor de las víctimas en valores nuevos de mayor fraternidad, que, ante todo, a ellas enriquece y revaloriza, si consiguen superar la primera reacción de rabia, odio y venganza.

En cuanto a *las estrategias segundas, las legales y jurisprudenciales*, en España se ha dado un paso importante hacia adelante con el Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprueba el *Reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de terrorismo* (BOE del 31). Deroga el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, que regulaba los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, y propugna dos objetivos: mejorar cuantitativa y cualitativamente este tipo de ayudas (que, aunque el legislador no lo diga, son debidas en estricta justicia), y acercar la Administración a la sociedad, a la ciudadanía, impulsando la asistencia integral personalizada a las víctimas de los delitos de terrorismo. Merecen citarse dos datos concretos: se revalorizan en diez mensualidades del salario mínimo interprofesional las prestaciones a percibir por todas y cada una de las situaciones que se contemplaban sobre la base de las cuantías que el Ministerio del Interior abonaba por daños personales, bien fueran de fallecimiento o por distintas clases de incapacidad, derivadas todas ellas de lesiones invalidantes; y se regula la asistencia psicológica o psicopedagógica de carácter inmediato, a través de un equipo de especialistas adecuados. Se pretende que las personas afectadas o sus familiares puedan volver al entorno social en el que desarrollaban sus actividades. Por desgracia, en el País Vasco, mientras no cambie radicalmente el ambiente y la mentalidad (y ambigüedad) de muchas personas políticas (y religiosas), numerosas víctimas y familiares no pueden volver al entorno social en el que vivían anteriormente. Multitud de datos sociológicos constatan que muchas familias de las víctimas directas no pueden permanecer en su entorno; se han visto obligadas a trasladar su residencia fuera del País Vasco.

De este Real Decreto se puede decir lo que Reynald Ottenhof (23 s.) escribe del Proyecto de Código de los Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, preparado por la *International Law Commission*, presidida por Cherif Bassiouni: este Código suscita notables expectativas en el corazón de la ciudadanía internacional, pero también, más trágicamente, en los corazones de las víctimas, reales y potenciales, que tienen derecho a esperar de nosotros algo más que nuestra piedad.

En España, el nuevo Código Penal olvida toda forma de tratamiento a las víctimas (de la Cuesta, 724), pero, afortunadamente, los recientes manuales y tratados de Derecho Penal, en su "parte general", prestan cada día más atención a la Criminología y a la Victimología (Luzón Peña, 104 ss.; Muñoz Conde y García Arán, 197 ss.; Polaino, 242 ss.). También en Suiza (Hurtado Pozo, 35 ss.) y, más aún, en Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Méjico y otros países.

3. La nueva responsabilidad partenaria sin "culpabilidad"

De lo anteriormente indicado se puede deducir, entre otras conclusiones,

- que el partenario desea integrar la aldea en y con la ciudad, para mutuo enriquecimiento de sus valores;
- que esta integración se enraiza en una cosmovisión innovadora de responsabilidad fraternal y solidaria, sin culpabilidad ni reproches teológicos, aunque sí con reproches de ética cívica;

- que lo estatal, así como "lo multi y supranacional", admite y fomenta también el protagonismo del ciudadano y sus organizaciones no gubernamentales.

El hombre del campo frecuentemente ha vivido y vive en cierta tensión frente al habitante de la ciudad. Hoy, éste, el miembro de la multitud solitaria, estresada y judicializada de los grandes núcleos urbanos, mira con nostalgia a aquél, al campesino. Por eso sale de la ciudad, huyendo, todos los fines de semana, y siempre que puede; necesita el contacto con la naturaleza deshomogeneizadora, con la aldea y el aldeano; sin policía urbana, ni judicial, ni jueces, ni magistrados, ni cárceles. La ciudad le ahoga, le cosifica. Pero, no es menos cierto que muchas "aldeas" se mueren, que sus gentes abandonan la casa paterna y se van a la ciudad, a buscar un medio de vida y a buscar más "ilustración", más justicia (más derechos y deberes), que no encuentran en su tribu cerrada sobre sí misma. El campo se desertiza. Ante la oposición de estas dos situaciones, el partenario cae en la cuenta de su obligación de hacer algo para integrar esas dos formas de vivir, para llegar al convivir. El partenariado facilita la transformación del individuo en ciudadano de la aldea global (Fernando Savater).

Esta deseada simbiosis planetaria presupone y/o aboca al pacto ilustrado de la justicia humana (no divina, ni "por la gracia de Dios"), centrada en lo personal-solidario y su inherente responsabilidad (sin la "culpabilidad" tradicional), creadora y recredora, que establece normas legales preventivas más que retributivas-restauradoras; que pide a los jerarcas (también los religiosos), a los políticos, a los policías y a los jueces intervenir preventivamente, *ex-ante* (Recasens i Brunet, 146). Es decir, más que la reacción penal y culpable a posteriori, propugna prevenir e impedir el evento de la victimación para garantizar la tranquilidad y la seguridad ciudadana. La paz social prima sobre la justicia penal *ex-post*. La máxima señal de la crisis de esta cosmovisión punitiva es la renuncia a la culpabilidad como reproche ético-teológico (Beccaria *versus* Lardizábal) y su reformulación como criterio político-criminal funcional al servicio del "sistema" (Zaffaroni, 270), y su recurso a la mediación y conciliación.

El partenariado procura que el poder y el liderazgo en los grandes centros de población no sea únicamente público, sino que deje amplio espacio y protagonismo al sector privado en todas las líneas de actividad, no solo en la empresarial sino incluso también en la espiritual (primacía del laicado), en la estatal, en la docente (universidades privadas), en la judicial (el jurado de escabinos) y la penitenciaria. (Las cárceles privadas son tema de estudio en el Consejo de Europa y en la Sociedad Internacional de Criminología). Otro ejemplo: que el Ministerio de Justicia admita un protagonismo mayor de la Asociación de las Víctimas del Terrorismo.

Termino. Estoy releyendo *La ciudad del Sol*, escrita por Tomasso Campanella (Stilo, 1568 – Paris, 1639), en las cárceles de Nápoles y Roma, en las que permaneció preso treinta años. Estoy aprendiendo su lección magistral, su metafísica optimista del poder-sentido-amor (*Possanza, Senno, Amor*), su utopía básica, alcanzable en el umbral del tercer milenio: el centro, el alfa y la omega de la ciudad es el "el partenario/a del mundo", nunca culpable, pero siempre responsable. Para responder, escucha al otro; le respeta y se une a él; ambos dan a luz algo nuevo.

Bibliografía

ONECA, José Antón. *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena.* Discurso leído en la apertura del Curso Académico de 1944 a 1945. Universidad de Salamanca, 1994

ATIAS, Christian. *Le traitement des délinquants. Essai d'une Epistémologie de la Criminologie.* Paris : Librairie J. Vrin, 1991.

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*, traducido del italiano por D. Juan Antonio de las Casas. Madrid : Joachin Ibarra, 1774.

BERDUGO, Ignacio Gómez De la Torre, HERNÁNDEZ, Benigno Montes. *Enfrentamiento del P. Cámara com Dorado Montero. Un episodio de la restauración salmantina.* Salamanca : Publicaciones de la Diputación Provincial, 1984.

BERISTAIN, Antonio. Los límites del perdón. *Cuadernos de Política criminal* 5-7, 1993.

———. *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología.* Valencia : Tirant lo Blanch, 1994.

———. El Código penal de 1995 desde la Victimología. *La Ley*, año XVIII, n. 4302 y 4303,4 y 5 junio, p. 1-5 y 1-7, respectivamente, 1997.

———. El pensamiento ilustrado desde la Penología a la Eutonología y la justicia humana. *Real Sociedad Bascongada de Amigos del País.* San Sebastián. (En prensa), 1997a.

CASCAJO, José Luis. Los fines de la pena en el orden constitucional. *La Ley*, 1645-1648, 1996.

———. *En torno al concepto de ciudadanía responsable.* (En prensa), 1996a.

DE LA CUESTA, José Luis. Le nouveau code pénal espagnol de 1995. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 715-724, 1996.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. *Politique sociale européenne. Options pour l'Union.* Bruxelles : Livre vert., 1993.

ESTIVILL, Jordi. Le partenariat: un nouveau mot européen. *Des exclusions à l'intégration.* Les politiques sociales, Service Social dans le Monde, 54ème année, 1 & 2, 17-22, 1995.

———. Le partenariat. *Des exclusions à l'intégration.* Les politiques sociales, p. 58-73, 1995a.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther. La mediación en la justicia juvenil. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 193-212, 1996.

HAVEL, Václav. *Cartas a Olga.* Trad. M. Zgustová. Barcelona : Ediciones Versal, 1990.

HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Peines perdues. Le système pénal en question.* Le Centurion, París; traducción al castellano de Sergio Politoff, 1982. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa.* Barcelona : Ariel, 1984.

HURTADO POZO, José. *Droit pénal. Partie Générale I. Notions fondamentales et loi pénale.* Friburgo (Suiza) Editions Universitaires, 1991.

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma.* Madrid : Joachin Ibarra, 1782.

LAZERGES, Christine. Médiation pénale, Justice pénale et Politique criminelle. *Revue de Science criminelle et Droit pénal comparé*, 186-198, 1997.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I.* Madrid : Universita, 1996.

FWM McELREA. *Re-Thinking Criminal Justice.* Auckland, Nueva Zelanda : Legal Research Foundation, 1995, Vol. I.

———. Adress to Auckland District Law Society Annual Church Service. *Conferencia en Perth* (Australia). 3 febrero 1997. (En prensa), 1997.

MOFFITT, Terrie E. Partner Violence Among Young Adults. *National Institute of Justice. Research Review*, April, 1997.

MORIN, Jean-Pierre. Police et morale. *Revue internationale de Criminologie et de police technique* 174-178, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

NOVAK, Michael. *Character and Crime. An inquiry into the causes of the virtue of Nations.* Indiana : Brownson Institute, Notre Dame, 1986.

NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE. *Policing Research and Evaluation: Fiscal Year 1997.* U.S. Department of Justice, Washington, D.C., June, 1997.

OTTENHOF, Reynald. An Overview of the Draft Code, en M. Cherif Bassiouni (Comp.). *Commentaries on the International Law Commission's 1991 draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.* Association Internationale de Droit pénal. Toulouse : Erès, 23-33, 1993.

PICCA, Georges. XI° Congreso mundial de la Sociedad Internacional de Criminología, en *Anales Internacionales de Criminología*, 9-17, 1993.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Drecho Penal. Parte General.* Fundamentos científicos del Derecho Penal. Barcelona : Bosch, 1996, Tomo I.

RECASENS I BRUNET, Amadeu. Police et magistrature. *Revue internationale de Criminologie et de police technique*, 145-154, 1997.

RUIZ VADILLO, Enrique. (1997): Del homicidio y sus formas, en Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (Dir.). *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia.* Tomo I: Arts. 138 a 385, Madrid : Trivium, 1719 ss.

SAVATER, Fernando. *El valor de educar.* Barcelona : Ariel, 1997.

SESBOÜE, Bernard. *Jésus-Christ, l'Unique Médiateur. Essai sur la rédemption et la salut.* Desclée. Paris : Edición en castellano, 1988: *Jesucristo, el único mediador. Ensayo sobre la redención y la salvación.* Salamanca : Secretriado Trinitario, 1993.

SUÁREZ, Francisco S. J. (1612): *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in X libros distributus (Tratado de las leyes y de Dios legislador).* 11 vols. Edic. crítica bilingüe, por Luciano Pereña *et al.*, 1972-1975.

SZABO, Denis. *De l'Anthropologie à la Criminologie Comparée.* Paris : J. Vlin, 1993.

UNAMUNO, Miguel de. *Paz en la guerra.* Bilbao, 1.ª ed. 1897, 2.ª ed. 1923, 3.ª ed. especial del Banco de Bilbao, 1982.

WAGGONER, Kim (1997, August): Creative Solutions to Traditional Problems, FBI, *Law Enforcement Bulletin*, 8-12.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires : Ediar, 1989.

ZUBIRI, Xavier. *El problema filosófico de la Historia de las Religiones.* Madrid : Alianza Editorial, 1993.

———. *Los problemas fundamentales de la metafísica occidental.* Madrid : Alianza Editorial, 1994.

5

LAS ESTRATEGIAS DE SEGURIDAD PÚBLICA EN LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN; EL CASO DE LA POLÍTICA DE TOLERANCIA CERO

BERNARDO ROMERO VÁZQUEZ

Pero lo que sé es que toda Ley hecha por los Hombres para el Hombre, desde que por primera vez un hombre quitó la vida a su hermano, empezando el mundo de la aflicción, toda Ley dispersa el grano bueno y retiene la cascarilla con la peor de las cribas.

Óscar Wilde; "Balada de la Cárcel de Reading"

SUMÁRIO: Introducción – 1. Las actuales políticas en materia de seguridad pública: 1.1 Antecedentes; 1.2 La política de "tolerancia cero"; 1.3 Los índices de criminalidad y los niveles de inseguridad; 1.4 Los cuerpos policíacos y la seguridad ciudadana; 1.5 La pena como disuasión; 1.6 La impunidad y las garantías procesales; 1.7 Los derechos humanos y la seguridad pública – 2. Valoración de las políticas y estrategias en materia de seguridad pública – 3. Legitimidad de las políticas en materia de seguridad pública – 4. Conclusiones – Bibliografía.

Resumen: Se pretende evaluar las políticas recientes en materia de seguridad pública, particularmente la conocida como de "tolerancia cero", en el contexto de las legislaciones y sistemas penales de excepción. Para ello se analiza la posible eficacia y la legitimidad ética y jurídica de las estrategias que contemplan tales políticas.

Palabras clave: Seguridad pública – "Tolerancia cero" – Política criminal.

Introducción

Las políticas oficiales en materia de seguridad pública seguidas por los diversos gobiernos de México, tanto en el ámbito federal como en los estatales, y municipales, se caracterizan por una tendencia cada vez más punitiva y policíaca respecto de los actos y los sujetos sociales que son representados por la opinión pública como desórdenes sociales o molestias a la ciudadanía, y por una creciente falta de respeto a las garantías del debido proceso penal y los derechos humanos.

En tales casos se encuentran precisamente la llamada "política de tolerancia cero" para el combate a la delincuencia, y la iniciativa de decreto de reformas constitucionales y otras leyes en materia penal que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión en diciembre de 1997.

Esas políticas oficiales son una respuesta que ofrecen los gobiernos ante las demandas de orden y seguridad que plantean los ciudadanos y que se formulan en los diversos medios de comunicación, frente al presunto incremento en los índices de criminalidad y la disminución en los márgenes de seguridad pública.

Sin embargo, a pesar de su reiteración en los discursos contemporáneos y su aceptación más o menos generalizada, estas políticas tienen que ser analizadas y valoradas desde diversas perspectivas: deben ser primero consideradas en su origen y fundamentación, además de ser evaluadas en su eficacia real para resolver los problemas de inseguridad. Pero sobre todo, deben ser cuestionadas en su legitimidad ética y jurídica. Este trabajo pretende precisamente discutir estas cuestiones.

1. Las actuales políticas en materia de seguridad pública

1.1 Antecedentes

La gran cantidad de efectos que operó el liberalismo en todos los ámbitos sociales y políticos durante el siglo XVIII se extendió también al campo de los sistemas penales, donde tuvo importantes implicaciones. El respeto al principio de legalidad, la limitación y encuadre legal del poder punitivo del Estado, la determinación de las garantías del debido proceso penal, y especialmente la exigencia de los derechos humanos, entre muchas otras consecuencias, dieron lugar a los sistemas penales garantistas y liberales característicos de la modernidad, frente a los sistemas inquisitivos y autoritarios de la premodernidad.

Esos sistemas prosperaron y alcanzaron su auge, por lo menos formalmente, con la consolidación del Estado Democrático de Derecho, en diversos grados, de acuerdo con el nivel de madurez política de cada sociedad.

Sin embargo, a partir del siglo pasado, y especialmente durante el presente siglo, la tendencia garantista y liberal de los sistemas penales se ha revertido, con lo que se ha vuelto a los rasgos de los sistemas premodernos y se han generado sistemas penales y legislaciones de excepción.[1]

Especialmente en décadas recientes, a partir de la lucha contra el narcotráfico y contra el terrorismo, los estados han instrumentado políticas y estrategias con las que prometen ser eficientes para combatir esos presuntos "enemigos de la sociedad". Sin embargo, los hechos han evidenciado que tales estrategias no han conseguido los fines declarados, además de que traicionan los principios éticos y jurídicos heredados por los liberales y asumidos como preceptos fundamentales de la vida democrática.

(1) Sobre este tema es muy útil la consulta de los magníficos trabajos de Ferrajoli y Zaffaroni, 1990.

En América Latina la legitimación más generalizada para esos estados de excepción jurídica fue la pretendida "seguridad nacional" que invocaron los regímenes dictatoriales contra los grupos y movimientos sociales que pretendidamente atentaban contra la estabilidad de las instituciones del Estado.

En los últimos años el discurso de la "seguridad nacional" ha sido sustituido por el de la "seguridad pública", como legitimación de un conjunto de medidas punitivas y represivas de política criminal pretendidamente encaminadas a preservar el orden público y la paz social.

En términos generales y de acuerdo con matices propios de cada discurso, las políticas de seguridad pública pretenden legitimarse a partir de un pretendido incremento de la criminalidad y de los niveles de inseguridad, y se caracterizan por una excesiva confianza en la participación de la policía y en los sistemas punitivos, especialmente en la pena de prisión.

1.2 La política de "tolerancia cero"

Las imágenes de la criminalidad difundidas por los medios de comunicación e implantadas en el sentido común de los ciudadanos, son coincidentes en múltiples sentidos con el contenido de los discursos y las políticas de los recientes gobiernos de México: lo que siempre se dice es que la criminalidad ha aumentado desorbitadamente, por lo que ha rebasado los límites de posibilidad de control por parte del Estado, y ha puesto en crisis la estabilidad de la sociedad, amenazando severamente la integridad de las personas y de sus bienes materiales.

Desde esta perspectiva, en nuestras sociedades ha aumentado la inseguridad, es decir, el riesgo de ser víctimas de daños en nuestra persona y nuestro patrimonio, a consecuencia del supuesto incremento en la delincuencia.

Se asume, además, que hay una relación inversamente proporcional entre la criminalidad y la destreza para contrarrestarla por parte de las fuerzas del orden, especialmente las corporaciones policíacas, de tal manera que la delincuencia es una consecuencia de la incapacidad o insuficiencia de esas corporaciones. De este modo, si la criminalidad, que es la causa de la inseguridad, depende de la capacidad contenedora de las corporaciones policíacas, resulta que el crecimiento en la inseguridad sería indicativo de la necesidad de perfeccionar o aumentar esas corporaciones.

Desde este punto de vista, las mencionadas capacidades de esas corporaciones dependen del número de sus efectivos, del equipo técnico con que cuentan, de su capacitación y destrezas, y sobre todo, de que disfruten de amplios márgenes de acción, sin que la sociedad vigile su actuación y les reproche sus excesos. Por ello se plantea como necesario que las corporaciones policiacas cuenten con mayor capacidad para contener la delincuencia, lo que implica, según este discurso, dotarlos de más recursos y equipo, y otorgarles facultades y libertades ilimitadas, aún en contra del respeto a las garantías individuales.

De este modo, se ha hecho creer que es necesario que los cuerpos policiacos crezcan, se les dote de equipo y cuenten con mayores márgenes de impunidad,

como condición necesaria para que podamos gozar de la pretendida seguridad pública.

Junto con estas ideas, existe también la creencia muy difundida en el poder disuador de la sanción penal, especialmente la pena de prisión. Generalmente se cree que la aflicción corporal puede funcionar como una amenaza para que alguien, ante la posibilidad de cometer un delito, mejor se abstenga de tal conducta para evitar el castigo. Por ello se escucha muy frecuentemente el reclamo de parte de diversos sectores de la sociedad de incrementar las penalidades contra delitos que son especialmente preocupantes para la población.

En este contexto ha ido tomado relevancia en los recientes discursos oficiales sobre la seguridad pública la estrategia llamada de "tolerancia cero". Es de llamar la atención la reiteración en la apelación a esa política por parte de gobernantes de todos los signos políticos y en todos los niveles de gobierno.

Desde esta perspectiva de seguridad pública, y asumiendo que la criminalidad "ha rebasado" a los sistemas para la prevención del delito y la procuración de justicia, se pretende justificar la intervención punitiva sin restricción por parte de los órganos encargados de preservar el orden, para que puedan actuar de manera enérgica contra cualquier forma de conducta que se perciba como atentatoria contra la paz social, con el fin de evitar males mayores. Según estas políticas, incluso conductas que constituyan faltas leves, tales como romper los vidrios de una ventana, deben ser sancionadas severamente porque, según argumentan, si esto fuera tolerado, se vendría como consecuencia una falta total de orden que acabaría de manera fatal con la paz social.

Esta política de sancionar las conductas leves tales como romper ventanas se llama precisamente "política de ventanas rotas" (broken windows policy) y fue inspirada por una línea discursiva inauguarda por el arículo tutulado, por cierto, *Broken Windows*, de Wilson y Kelling publicado en 1982 por "Atlantic Monthly."[2]

En ese contexto, cuando se habla de "ventanas rotas" se está aludiendo a conductas de incivilidad o de falta de respeto que molestan a la ciudadanía, pero que no constituyen necesariamente una falta grave y que no ocasionen un daño severo. En nuestra sociedad tal vez no sean los vidrios rotos el signo de incivilidad más molesto para la población, por lo menos no tanto como las "manifestaciones" y el "ambulantaje". En nuestro caso, ni los medios de difusión ni el malestar de los ciudadanos se ocupa tanto de ventanas o vitrinas como de las molestias que causan estos dos fenómenos sociales.

Por un lado, ante la imposibilidad del Estado contemporáneo de responder a las demandas de la población, frente a la intransigencia y autoritarismo de los gobiernos, y como consecuencia de la falta de espacios verdaderamente democráticos de participación ciudadana, los individuos y los grupos han optado por exponer sus reclamos o su descontento ocupando las calles para manifestarse públicamente; esto es lo que se conoce como "manifestaciones".

(2) Para un mejor y más profundo análisis de esta posisión, de sus antecedentes y de sus implicaciones, ver el texto de Jock Young consignado en la bibliografía.

Por otro lado, como consecuencia del descenso en los niveles de vida producto de las recurrentes crisis económicas, y ante el creciente desempleo, muchas personas han recurrido al comercio informal en la vía pública, más conocido como "ambulantaje", buscando una fuente de ingresos, por lo que han ocupado con ese objeto espacios en parques públicos o en las mismas calles.

Como consecuencia de esos dos fenómenos sociales, se afecta el paisaje urbano, y se reduce la posibilidad de libre tránsito, lo que ocasiona algunas molestias a la población. Es importante hacer notar que en realidad, ni las "manifestaciones" ni el "ambulantaje" constituyen de suyo faltas graves;[3] sin embargo, se han constituido en motivos centrales de los discursos de los gobiernos y de las políticas en materia de seguridad pública. Por ello no es de extrañar que las políticas de los diversos gobiernos en México consideren como prioritaria la "resolución" de esos "problemas", y que las hazañas en el campo de la justicia incluyen la detención, aunque fuera temporal, de líderes de organizaciones sociales involucradas en estas actividades.

En el campo de las políticas criminales, desde el discurso oficial se hace creer que existen los mecanismos suficientes para incidir en la conducta posible de los eventuales delincuentes, es decir que se pueden prevenir las conductas criminales, como se pueden prevenir las enfermedades.

Desde las perspectivas recientes, esta prevención solamente es posible si se "actúa con firmeza" contra todo transgresor de la Ley, independientemente de la gravedad de su falta. Consecuentemente, quienes sostienen esta posición, señalan que las fuerzas responsables de la seguridad de los ciudadanos no deben tolerar cualquier conductas que afecten el orden. Esta se llama precisamente "estrategia de tolerancia cero".

Uno de los ideólogos de esta posición es Norman Dennis, editor del libro *Zero Tolerance: Policing a Free Society*,[4] y fue iniciada por la policía de la Ciudad de Nueva York en los primeros años de la presente década, especialmente por el Comisionado de la Policía William J. Bratton, con base en anteriores reflexiones y propuestas, tales como la política de "ventanas rotas".

Desde este punto de vista, puesto que son consideradas como igualmente lesivas todas las conductas que afectan el orden social, y como todas deben ser sancionadas de manera severa, la estrategia represiva de "tolerancia cero" debe aplicarse, no solamente a delitos graves sino también a toda conducta que ponga en riesgo la paz social.

Para complementar esta estrategia y con el fin de preservar la tranquilidad, los responsables del orden exigen medidas, ya no persuasivas o disuasivas, ni mucho menos preventivas, pues según su decir estas no pueden funcionar ante el avance

(3) Es innegable que el ambulantaje puede suponer otras faltas como no pagar impuestos, tomar ilegalmente la corriente eléctrica del cableado, incluso la venta de artículos robados o de drogas ilícitas, pero estas conductas no son necesariamente inherentes al comercio en vía pública.

(4) Ver referencia completa en la bibliografía.

de la criminalidad, sino que demandan medidas estrictamente represivas y aniquiladoras de todo delincuente.

De ello se sigue que, según esta posición, se legitima cualquier acción encaminada a enfrentar estas conductas que afectan el orden social, incluso si con ello se afecta la libertad o los derechos de los individuos. Por ello precisamente los jefes policíacos y los responsables de la procuración y la administración de justicia en nuestro país justifican las redadas, las detenciones ilegales y los allanamientos por parte de la policía, puesto que, según ellos, si bien estas medidas implican alguna molestia a la ciudadanía, la ventaja que presumiblemente se obtendrá de ello será mayor, es decir la contención de la criminalidad.

1.3 Los índices de criminalidad y los niveles de inseguridad

Como ya se dijo, los actuales discursos legitimadores de las políticas en materia de seguridad pública se apoyan en la creencia generalizada de que la criminalidad ha aumentado a grado tal que ha rebasado las posibilidades de control por parte de las instituciones encargadas de la procuración de justicia y la prevención del delito. De acuerdo con el sentido común impuesto por los medios de difusión y reforzado por las autoridades policiales, el número de delitos ha aumentado hasta el nivel de poner en riesgo la integridad de todos los ciudadanos.

Sin embargo, estas afirmaciones carecen de veracidad. Si bien muchos ciudadanos pueden relatar hechos delictivos, incluso de los que fueron víctimas directas, puesto que la experiencia individual no es siempre representativa de situaciones sociales reales, esos relatos no indican necesariamente un incremento en las tasas de criminalidad, ni ello implica forzosamente un incremento en las posibilidades reales de sufrir un delito.

Con el fin de formarnos un criterio mínimamente objetivo sobre la magnitud de la delincuencia podemos estimar los índices de criminalidad mediante el análisis de las cifras de delitos denunciados ante las Agencias del Ministerio Público.[5]

Lo que en realidad puede observarse respecto de los índices de conductas delictivas es una tendencia más o menos generalizada en todo el país hacia un

(5) Los datos de denuncias ante el Ministerio Público constituyen lo que se llama "cifra legal" de la criminalidad y solamente consigna información de delitos *denunciados* ante las autoridades, por lo que en vez de reflejar el "total" de las conductas consideradas como delitos, consigna únicamente aquellas por las que se inició proceso penal. Por ello, estas cifras son más bien significativas de la confianza de los ciudadanos en las instituciones y de su capacidad de denuncia, que de los pretendidos "índices de seguridad". Sin embargo, los datos de Querétaro que presento en este trabajo coinciden muy aproximadamente con encuestas sobre cifra oscura realizadas durante los mismos años por investigadores de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Querétaro encabezados por Carlos Dorantes González, por lo que esos datos son relativamente confiables.

crecimiento moderado en la criminalidad hasta los años noventa y un crecimiento mayor hasta el año de 1995, con un decremento en los años de 1996 y 1997.

Consideremos, por ejemplo, el caso del Estado de Querétaro.[6] De acuerdo con información proporcionada por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Querétaro, los delitos denunciados en las Agencias del Ministerio Público en el Estado fueron los siguientes:

en el año de 1993: 14,677
en el año de 1994: 16,012
en el año de 1995: 23,950
en el año de 1996: 23,287
en el año de 1997: 23,780

Como puede observarse, durante el año de 1995 hubo un aumento importante en las denuncias de delitos (5,789 delitos más que el año anterior, lo que equivale a un incremento del 49.57%) y una disminución el año siguiente (en 1996 hubo 663 denuncias *menos* que el año anterior, equivalente a 2.76% de decremento). Los delitos denunciados en el año de 1997 fueron 493 *más* que los denunciados el año anterior, pero 170 *menos* que durante 1995.

Es oportuno hacer notar que el incremento en la criminalidad legal durante el año de 1995 coincide con la grave crisis económica que azotó al país, por lo que es de suponerse que haya alguna relación entre la disminución en los niveles de vida que sufrimos los mexicanos y los queretanos en particular, y el incremento en las denuncias de delitos. Esta hipótesis puede reforzarse si comparamos el incremento en las denuncias en 1995, que casi alcanzó el 50%, con algunos indicadores económicos, tales como la tasa general de desempleo abierto en Querétaro que se duplicó en 1995, pues aumentó de 3.5% en 1994 a 7.0% el año siguiente.[7]

En el Distrito Federal ocurrió algo muy similar, pues en 1994 se registraron ante la Procuraduría General de Justicia del D.F., según datos de ese mismo organismo, 161, 496 delitos, en tanto que en 1995 se registraron 218,595 y en 1997 se denunciaron 189,500,[8] es decir, menos que en el año de la gran crisis.

(6) Presento estos datos de Querétaro a guisa de ejemplo, no con fines de universalización. Para más información sobre la criminalidad en Querétaro puede consultarse el trabajo del autor consignado en la bibliografía.

(7) Fuente: INEGI. *Indicadores de Empleo y Desempleo*. Serie: Estadísticas Económicas INEGI. México, agosto de 1996.

(8) De acuerdo a información preliminar de la PGJDF publicada por el diario *La Jornada* en su edición del 31 de diciembre de 1997, p. 53.

Precisamente en esta nota se dice que en 1997 "se cometieron 8 mil delitos más que los que se registaron en 1996" pero se omite aclarar que a pesar de ello, ese año de 1997 se denunciaron 29,095 delitos menos que en el año de 1995.

Evidentemente estas cifras deben tomarse con cautela y no pueden generalizarse para todo el país, pero pueden considerarse como indicadores de los índices de criminalidad, pues coinciden con los datos reportados para otros Estados.

Pero no basta con analizar las tasas de crecimiento de las criminalidad, se puede hacer un análisis comparativo de los datos de México con los de otros países para tener otro criterio de ponderación de los supuestos índices de seguridad.

Durante el año de 1994 se reportaron los siguientes índices delictivos por cada 100,000 habitantes:[9]

Ciudad de Querétaro: 2,148
Distrito Federal: 2,388
Londres (Inglaterra): 4,505
París (Francia): 14,040

Como puede verse, de ser cierto que la criminalidad fuera la causa de la inseguridad, ciudades como Londres o París serían varias veces más inseguras que Querétaro o el Distrito Federal, lo cual carece de veracidad.

Los datos expuestos ponen en evidencia que el pretendido crecimiento de la criminalidad, que supuestamente ha rebasado a las fuerzas públicas, es un mito que tiene que ser revisado, por lo cual tales informaciones no pueden ser justificatorias de las políticas represivas en materia de seguridad pública.[10]

Pero hay una imprecisión mayor en el discurso de la política de "tolerancia cero": no es la supuesta criminalidad *la causa* de lo que se entiende por inseguridad, sino que en todo caso, el riesgo real de sufrir un daño causado por otro se debe a múltiples factores, entre los que se cuenta el nivel de vida de la población, sus rasgos culturales propios, sus redes de ayuda y asistencia mutua, sus formas de organización social, las condiciones de indefensión de los sujetos más vulnerables, la eficacia de los sistemas de prevención del delito y, sobre todo, el grado de honestidad o corrupción de las autoridades.

Por ello, si bien es cierto que al aumentar la comisión de actos delictivos es posible que se aumente la inseguridad de los ciudadanos, la disminución de los índices de criminalidad no puede ser necesariamente condición suficiente para reducir la inseguridad. Consecuentemente, las estrategias para aumentar la seguridad ciudadana no pueden ceñirse al llamado "combate a la delincuencia"; si no se elevan los niveles de vida de la población y se mejoran la cultura de prevención y la participación ciudadana, todas las medidas serán rotundos fracasos.

(9) Estos índices establecen una relación entre el número de delitos en un tiempo determinado y cantidades homogéneas de población, en este caso unidades de cien mil habirtantes, por lo que reflejan mejor lo que general se entiende por "niveles de inseguridad" o "grados de violencia".

Pra este cuadro se utilizó información de INTERPOL publicada por Ruiz Harrel, ver bibliografía.

(10) Para consultar otras estadísticas sobre relación entre criminalidad y niveles de vida es muy recomendable el trabajo de Elías Carranza consignado en la bibliografía.

1.4 Los cuerpos policíacos y la seguridad ciudadana

Como ya se dijo, los actuales discursos en materia de seguridad pública, particularmente los que se inscriben en la llamada política de "tolerancia cero" reclaman mayores recursos y más autonomía para las corporaciones policíacas, con el pretexto de que ello redundaría en beneficio de la seguridad de los ciudadanos. Sin embargo, estos reclamos carecen de razón, por muchos motivos.

En primer lugar, es falso que en nuestro país sea insuficiente el número de policías y que sea necesario incrementar su número. Si comparamos el caso del Distrito Federal con el de otras ciudades, encontramos datos muy elocuentes.

En el año de 1994, se tenían las siguientes cantidades de policías por cada diez mil habitantes:[11]

Londres:	25
Washington:	37
Río de Janeiro:	40
Madrid:	44
Roma:	53
París:	56
Distrito Federal:	65

Como puede apreciarse, el número de policías por habitantes en la capital del país es comparativamente mayor que en otras ciudades, lo que evidencia que este es relativamente alto, y no insuficiente como se quiere hacer creer.

Esta afirmación puede apuntalarse más comparando el índice de delitos denunciados en nuestras ciudades, que es mucho menor que en las de otros países, con el número de policías, que es mucho mayor. En el Distrito Federal, en el año de 1994, había 334 policías por cada mil delitos denunciados, en tanto que en el resto de las ciudades consideradas en el cuadro anterior había, en promedio, solamente 51 policías por cada mil delitos, es decir, seis veces menos policías que en la capital de nuestro país.[12]

Las cifras oficiales respecto de la supuesta eficacia de los policías para capturar presuntos delincuentes son más radicales, pues así como en la capital de nuestro país hay, comparativamente con otras ciudades, muchos policías para pocos delitos denunciados, hay demasiados policías para muy pocos detenidos.

En el año de 1994 se contaba con las siguientes cantidades de policías por cada cien detenidos:[13]

Washington:	14
París:	15

(11) Información de INTERPOL tomada de Ruiz Harrel.

(12) Ibid.

(13) Ibid.

Londres:	18
Roma:	21
Nueva York:	22
Río de Janeiro:	30
Sao Paulo:	31
Madrid:	35
Distrito Federal:	1,295

Esto quiere decir que, durante el año en cuestión, se requirió de más de mil doscientos policías por cada cien procesados por el sistema de justicia, en tanto que en otras bastó con veinte o treinta; la desproporción es a todas luces inmensa; lo que parece excesivo y desorbitante no es tanto la criminalidad sino la cantidad de policías.

Las cifras presentadas evidencian que, por lo menos en el Distrito Federal, el número de policías es desmesurado respecto de su proporción con la población y su "grado de eficacia", por lo que se invalida el reclamo de incrementar el número de efectivos de los cuerpos policiacos.

Pero no solamente es excesivo elevar el número de policias, es además inútil, pues la experiencia ha mostrado que los cuerpos policíacos no son suficientes para aumentar la seguridad de los ciudadanos.

No es verdad, como se quiere hacer creer, que el crimen sea la causa de la inseguridad y la policía el antídoto contra el crimen y la solución a la inseguridad. Si bien es cierto que los cuerpos policíacos pueden intervenir oportunamente para evitar la comisión de algún delito, y su presencia puede disuadir de la comisión de alguna falta, en general no son, ni pueden ser, eficientes para reducir los índices de criminalidad.

La explicación de ello se encuentra, primero, en que alguien que intenta alguna conducta tipificada por los códigos penales, generalmente procura evitar a los policías o consigue sobornarlos. Además, muchos delitos, algunos muy graves como daño y maltrato a menores y mujeres, se cometen en espacios privados como la familia, donde no es posible la intervención de los policías, pues su presencia se restringe a los lugares públicos.[14]

Por otro lado, policías tradicionalmente corruptas como la mexicana, no combaten sino que fomentan la delincuencia. Recientes noticias en los medios de comunicación han evidenciado la complicidad de policías con los delincuentes, o la participación directa de ellos en la comisión de ilícitos, incluso con la anuencia de los gobiernos. Algunos de los casos más sonados son, entre muchos otros, las matanzas de "Aguas Blancas" y de Acteal, la responsabilidad de la policía del Estado de Morelos en múltiples secuestros, y la desaparición y muerte de los jóvenes de la Colonia "Buenos Aires" en el D.F. a manos de la policía capitalina.

(14) Para mayor profundidad en este tema, consultar el trabajo de Elías Carranza, op. cit.

1.5 La pena como disuasión

Uno de los rasgos característicos de las políticas en materia de prevención del delito que estoy aludiendo es la tendencia creciente a aumentar la severidad de las sanciones penales, especialmente de las penas privativas de libertad.

Esta tendencia tiene su origen en la confianza generalizada en que los sistemas penales pueden intervenir en la vida social para evitar o resolver ciertos problemas. Más concretamente, se funda en la idea del poder disuasivo de la pena, es decir, en la falsa creencia en que las sanciones penales pueden disminuir la incidencia de conductas calificadas como ilegítimas, e incrementar los "niveles de seguridad", mediante la disuasión de los eventuales infractores. Como estrategia de política criminal, esta idea se conoce como "prevención general negativa", porque se presume orientada a la población general y se supone que tiene efectos negativos sobre la posibilidad de cometer algún ilícito.

Como consecuencia podemos observar una cada vez mayor cantidad de reformas a la Constitución y a las leyes sustantivas y adjetivas, además de una creciente cantidad de normas jurídicas especiales en materia penal orientadas a incrementar la severidad de las penas, tanto el sentido de alargar los tiempos de la condena, como de reducir las posibilidades de obtener los beneficios de reducción de la pena o "beneficios de libertad."[15]

Otro rasgo de esta tendencia en esa materia y que complementa al anterior, es el de crear nuevos tipos penales, de tal manera que cada vez hay más conductas que son objeto de tratamiento penal, aunque no provoquen un daño real a nadie y, consecuentemente, se generan más "clientes" del sistema de justicia penal, reclutados entre los grupos de individuos que, si bien no hicieron un mal real a nadie, sí son "mal vistos" por algunos sectores de la sociedad.

Este es un tema muy interesante y que no puedo abordar con profundidad en este trabajo, pero basta señalar que, si desde la perspectiva tradicional, el Derecho Penal se legitima porque supuestamente protege ciertos bienes jurídicos tutelados por el Estado, nuestra legislación penal actual está creando delitos sin bien jurídico que proteger, a no ser entidades abstractas y arbitrarias como la "moralidad" o el "bien común". En este caso están la penalización del consumo de drogas, la prostitución y el homosexualismo, que no dañan a nadie pero que sí afectan la conciencia moral de grupos de opinión importantes.

Sin embargo, tal tendencia en los sistemas penales no obedece a una planeación razonable apoyada en el conocimiento cierto de las condiciones y características de la "criminalidad" y de las posibilidades reales de los sistemas punitivos, sino que obedece a las demandas e intereses de los grupos que dominan en el escenario político. Prueba de ello es el énfasis puesto, dentro de las políticas de seguridad

(15) Como se sabe, estos beneficios son: 1. Remisión parcial de la pena, 2. Libertad preparatoria, y 3. Tratamiento preliberacional. Consisten en la condonación de parte de la pena o en el otorgamiento de alguna forma de libertad antes de concluir el plazo fijado en la sentencia.

pública, en ciertos delitos patrimoniales, como asalto a bancos y secuestro, que solamente afectan a un pequeño sector de la población, sector que ha sido especialmente privilegiado por el actual gobierno. Por ejemplo, hasta no hace mucho tiempo, la vigilancia en los bancos era provista por los cuerpos de seguridad del Estado, sin contribución de los propietarios de los bancos.

Otro sector de la población con una participación relevante en esta tendencia es el compuesto por los medios de difusión, que han divulgado y confirmado en el sentido común de la población, la necesidad de penas severas para combatir la inseguridad pública.

Lo que resulta de todo ello, y contrariamente a lo que se afirma, no es una política penal orientada a la seguridad y bienestar de los ciudadanos, sino una ampliación de las potestades punitivas del Estado a través de la legalización y legitimación de sistemas penales de excepción, que consagran la capacidad represiva de las fuerzas del orden en perjuicio de los ciudadanos.

En palabras de Zaffaroni:[16] "El resultado del movimiento de organismos políticos que, no sabiendo cómo responder a la opinión pública, producen leyes penales desordenadas para proyectar la impresión de eficacia en la solución de los grandes problemas sociales y de un aparto punitivo que se dinamiza en función de intereses sectoriales, no es otro que una planificación punitiva amplificada e irrealizable, que va aumentando el poder selectivo y de vigilancia, (arbitrio que pasa a ser arbitrariedad) de los organismos policiales".

Lo más grave de esta tendencia a la sobrepenalización es que no surte los efectos que se supone, pues la elevación de las sanciones, de hecho, no consigue disminuir los índices de criminalidad. Muchas razones influyen en ello, pero básicamente se concretan en el hecho de que es falso que, si alguien viola una ley, lo haga porque no tenga temor de ser sancionado, y viceversa.

Puede mostrarse empíricamente en casos concretos que la imposición de sanciones severas o la elevación de las penalidades no disminuyen las estadísticas sobre la criminalidad.

Elías Carranza dice, en este sentido: "Pudimos verificar un caso paradigmático de esto en Costa Rica, país en el que en mayo de 1994 se duplicó de 25 a 50 años el máximo de la pena imponible y se elevaron específicamente las penas de los delitos de homicidio y de varios delitos sexuales argumentando su aumento, a pesar de que se mantenían estables desde 1980. Lo irónico de la "solución legislativa" al falso problema fue que al año siguiente al aumento legal de las penas sí subió la tasa de los homicidios (medio punto), continuó igual de alta durante los tres años sucesivos (1994 -1996), y registró su nivel más alto en los últimos quince años."[17]

(16) 1994, p. 166.

(17) 1997, p. 32.

Otro caso semejante es el que plantean Nuttall y Baxter, de una sentencia especialmente severa contra un acusado de asalto, que se da a conocer profusamente a través de los medios de comunicación, por lo que se esperaba algún efecto disuador. Sin embargo, los autores concluyen que: "En ninguna de las áreas policiales estudiadas, la sentencia tuvo el impacto que se preveía sobre el número de robos denunciados. En Birminham, donde se cometió el delito y se dictó la sentencia, el patrón en el índice de delitos continuó sin interrupción: el número de éstos ya había empezado a subir y alcanzó el pico más alto unas pocas semanas después del juicio."[18]

1.6 La impunidad y las garantías procesales

Otro de los argumentos que se esgrimen, en diversos foros, para apoyar la imposición de la política de "tolerancia cero" es la presunta "impunidad de los delincuentes". Según se dice, los "criminales" no reciben el "justo castigo" a que se hacen acreedores por haber cometido una falta, es decir, la mayoría de los "delincuentes" no son detenidos, juzgados y castigados por el sistema penal. Y ello se debe, advierten, a que las autoridades encargadas de la procuración y la administración de justicia tienen "las manos atadas" por la legislación que, supuestamente, protege a quienes han delinquido.

Desde esta óptica, "el problema de la impunidad" es efecto de las limitaciones que impone la Ley a la actuación de los funcionarios, en consecuencia se demanda restringir las garantías del debido proceso penal y aumentar las facultades y términos de las autoridades.

Estas demandas han sido expuestas por algunos sectores de la población, especialmente por representantes de organismos de la iniciativa privada que, de este modo, pretenden mejorar la seguridad de sus personas y sus empresas. Precisamente muchas de estas demandas están contenidas en la iniciativa de decreto de reformas constitucionales y otras leyes en materia penal que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión en diciembre de 1997.

El problema ahora es que la reducción de las garantías procesales no podrán abatir los supuestos "índices de impunidad" porque, el hecho de que no se imponga una sanción a un presunto delincuente no es consecuencia de la observancia de las garantías procesales, simplemente porque éstas no siempre se respetan, y porque la falta de sanción obedece en realidad a muchas otras causas. Si un presunto delincuente no es juzgado y sentenciado, si no se cumplimenta una orden de aprehensión, si se dilata un proceso penal, o si no se elementa adecuadamente la averiguación previa, ello ocurre más frecuentemente por incapacidad o corrupción de las autoridades, que por falta de tiempo o de facultades.

Pero aunque las reformas penales antes mencionadas todavía no hayan sido aprobadas, desde hace tiempo que se vive en México una especie de "estado de

(18) 1997, p. 186.

sitio" caracterizado por la violación de las garantías individuales con el pretexto de la seguridad pública.

Por ejemplo, de las violaciones más recurrentes a las garantías del debido proceso y al principio de presunción de inocencia están los retenes policíacos y las redadas, que consisten básicamente en detener a todos los ciudadanos para verificar que no porten armas, drogas u objetos robados; para revisar que su auto no es robado; o para comprobar que no hay orden de aprehensión en su contra. Se detiene a los ciudadanos para indagar si no han cometido un delito, es decir, todos se vuelven "sospechosos".

1.7 Los derechos humanos y la seguridad pública

Si algo resulta frecuente escuchar respecto de la relación de los derechos humanos y la seguridad pública, es la recurrente denuncia, por parte de las autoridades de los sistemas penales, de que la defensa de esos derechos es incompatible con la seguridad pública, y especialmente de que los organismos encargados de la defensa de los derechos fundamentales "defienden delincuentes", queriendo decir con ello que esas organizaciones se ponen del lado de quienes ofenden a la sociedad y en contra de los que son ofendidos.

Esta crítica a los organismos de defensa de los derechos humanos como contrarios a la libertad de acción de las fuerzas públicas nace del hecho real de que las Comisiones de Derechos Humanos han promovido el enjuiciamiento y sanción de funcionarios públicos responsables de la procuración y administración de justicia, y de la prevención del delito.

Sin embargo, es importante hacer notar que las Comisiones de Derechos Humanos solamente proceden[19] en contra de un funcionario cuando hay queja fundada por parte de presuntas víctimas de abuso, o cuando es pública y notoria una violación a derechos humanos. Por su parte, las recomendaciones se emiten después de que las Comisiones escuchan al quejoso, solicitan información a la autoridad presuntamente violatoria de derechos, y una vez que se tiene convicción suficientemente fundada de que la autoridad demandada es responsable.

Además, las Comisiones nunca proceden penal o administrativamente en contra de los funcionarios; la actual legislación restringe sus funciones a la recepción de quejas, la investigación y la denuncia pública, y en algunos casos a la mediación para la resolución de un conflicto. Es evidente que las Comisiones no cumplen nunca funciones de procuración o administración de justicia.

Ahora bien, la labor de las Comisiones siempre tiene que estar apegada a Derecho. Esto significa que el *Ombudsman* solamente puede denunciar casos

(19) Como ya se sabe, el medio más frecuente de que se valen las Comisiones de Derechos Humanos es la publicación de Recomendaciones a las autoridades, pero también hay otros recurso tales como la amable composición y las medidas precautorias.

concretos y reales de conductas de funcionarios públicos violatorias de derechos humanos; es decir, siempre que se trate de conductas que violenten el legítimo derecho de alguien (un derecho garantizado por la Ley), o bien que consista en una conducta tipificada como falta en el marco normativo vigente y aplicable a los funcionarios públicos.

Como puede verse, el ámbito de competencia del *Ombudsman* está muy definido y restringido por la Ley, pues solamente pueden denunciar conductas de funcionarios contrarias al Derecho. De esto se sigue que, si la labor de las Comisiones de Derechos Humanos consiste en denunciar conductas de funcionarios violatorias de la Ley, su función principal será velar porque las autoridades cumplan incondicionalmente con el marco normativo.

A pesar de que muchos funcionarios se quejan de que no pueden cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo en contra de la delincuencia, puesto que las Comisiones les impiden cumplir libremente con su trabajo, nunca nadie ha podido demostrar que tal acusación sea cierta siquiera en un caso. Lo que ocurre en realidad es que el *Ombudsman* exige a los funcionarios atenerse a sus responsabilidades de acuerdo a como lo señala el Derecho, lo cual no siempre es aceptado por quienes acostumbran trabajar al margen de la ley.[20]

Tal parece que, en la opinión de las autoridades y de la gente común, y justamente en el marco de la estrategia de "tolerancia cero" que se abordó antes, los presuntos delincuentes[21] no pueden gozar de las garantías consagradas por nuestra Carta Magna, por lo que las autoridades estarían legitimadas para maniobrar libremente y a su arbitrio para combatir, tan violentamente como sea necesario, a la delincuencia. Desde este punto de vista se legitima la acción de los funcionarios en contra de todo lo que parezca amenazar a la seguridad pública, y todo obstá-

(20) Muy ilustrativo resulta al respecto el cuarto informe del Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal rendido por el Dr. Luis de la Barreda, quien demostró que dicha Comisión no presiona a los funcionarios que castigan delincuentes sino a los que violan la Ley. En ese informe se advierte, precisamente, que la propia Comisión ha intervenido muchas veces en casos de dilación de justicia, es decir, en casos en que los funcionarios no han procedido conforme a Derecho en contra de presuntos responsables de delitos. Según de la Barreda, dicha Comisión ayudó a "4,640 víctimas del delito al atender a sus quejas por dilación o vicios en la integración de las averiguaciones previas". Para mayor abundamiento, se advierte en el informe: "Mezquinos rumores han querido presentar al *Ombudsman* como una especie de Robespierre de los servidores públicos. Nada más falso. La Comisión es útil a éstos ya que coadyuva a que el servicio público se ejerza eficientemente y conforme a derecho, pues tal es la finalidad que debe perseguir todo gobierno. De los que somos enemigos, eso sí, es del abuso de poder, de la negligencia y de la corrupción, y eso ha molestado a los abusivos, a los negligentes y a los corruptos". Ver: Perfil de *la Jornada*, 19 de septiembre de 1997. México, p. III.

(21) Esta restricción de las garantías individuales en el sentido común, se extiende a todos los clientes posibles del sistema penal, desde los sospechosos de delito, hasta los presuntos delincuentes y los reos.

culo al libre arbitrio de las autoridades es considerado como ponerse del lado de los delincuentes y en contra de la sociedad.

De este modo, la pueril queja de que las Comisiones "defienden criminales" carece de fundamento, pues lo único que hacen estos organismos es exigir que se cumpla la ley, imperativo que debe cumplirse incluso respecto de quienes son presuntos delincuentes o simples sospechosos.

2. Valoración de las políticas y estrategias en materia de seguridad pública

Los medios de difusión acaparan la atención de la población mediante la proyección de espacios que se ocupan de detallar diversas formas de violencia, sin hacer de ellas un análisis siquiera serio de sus características, causas y consecuencias.

Como consecuencia, los ciudadanos viven a la violencia, y particularmente a la "violencia criminal", como un monstruo amenazante de su integridad, frente al cual todas las estrategias razonables son insuficientes, y contra el cual todas las medidas, incluso las ilegales, se vuelven legítimas.

La sensación que queda entonces es la ciudadanía es de pánico ante cualquier forma de alteración del orden, lo que genera los que se ha dado en llamar "alarma social", entendida como ese estado de terror, generalmente irracional, de los individuos respecto de su percepción de la seguridad pública.

En este contexto, todas las medidas represivas de las fuerzas del orden en contra de presuntos delincuentes, resulta tranquilizante para los individuos; obviamente que cuanto más espectaculares son las acciones represivas, resultan más reconfortantes.

Sin embargo, la tranquilidad que generan las medidas represivas, nada tiene que ver con la eficacia de tales medida para detener las conductas lesivas contra los ciudadanos y propiciar la seguridad de sus persona y sus bienes.

Consideremos algunos datos sobre la eficacia de las policías en la ciudad de México, después de que tomó el mando el militar General Enrique Salgado Cordero y de que se incluyó personal militar en todos los niveles de mando en la Secretearía de Seguridad Pública.

Si bien es posible, según se ha dicho, que el personal de esa Secretaría, junto con las Procuradorías, pudo detener a presuntos delincuentes, algunas de las acciones no son tan exitosas como se hace ver. Por ejemplo, el 05 de agosto de 1997 se realizó un operativo policíaco en las Colonias "Buenos Aires" y "Doctores" que no consiguió detener a los sujetos contra quienes se había dictado orden de aprehensión y solo se detuvo a transeúntes y automovilistas que pasaban por la zona.

De acuerdo con el Periódico *Reforma:* "Lo que fue planeado como el cuarto operativo en menos de una semana en la zona, terminó en una simple "razzia" contra automovilistas y transeúntes, pues las personas implicadas con alguna orden de aprehensión huyeron prácticamente del lugar.

La movilización de ayer, que incluyó a 300 elementos de la Secretaría de Seguridad Pública, 120 de la Policía Judicial y ministerios públicos, tenía como objetivo inicial el cumplimiento de dos órdenes de cateo giradas por los jueces 59 y 61 de Fuero Común.

Sin embargo, luego de inspeccionar las vecindades de las Calles Doctor Márquez 42 y Doctor Andrade 197, solamente se encontraron abandonados algunos objetos, presuntamente robados.

Nuevamente las calles de esas colonias se vieron copadas de vehículos policíacos, afectadas en su vialidad por cortes a la circulación y el sobrevuelo de dos helicópteros de la policía, uno de ellos a menos de 20 metros de altura.

Luego de las revisiones infructuosas se instrumentó un recorrido por la lateral del Viaducto, el Eje Central, Doctor Vértiz, Eje 3 Sur y otras calles, donde los uniformados sorprendieron a peatones y automovilistas con apariencia <sospechosa>."[22]

Consecuentemente, debido a esa forma de reclutar "presuntos delincuentes", solamente de una muy pequeña cantidad de detenidos se puede tener elementos para procesarlos, independientemente de que los detenidos sean o no responsables de algún delito. Así, por ejemplo, en cuatro operativos realizados por las policías judicial y preventiva, también en las Colonias "Doctores" y "Buenos Aires", se detuvo a 700 (setecientas) personas, de las cuales solamente 12 (doce) fueron consignadas a los reclusorios.[23]

Estos datos tienen varias implicaciones. En primer lugar evidencia una incompetencia de las autoridades, ya bien para identificar y detener a quienes realmente violan las leyes penales, o bien para obtener los suficientes y adecuados elementos de prueba para consignar a los presuntos delincuentes.

En todo caso, las cifras mencionadas suponen que fueron detenidas, es decir privadas de su libertad y víctimas de molestia, setecientas personas, y a cambio solamente se pudo consignar a doce, las cuales quedaron sometidas a proceso, a reserva de lo que determine la autoridad judicial. La proporción de 12/700 en estos casos habla de una eficiencia de las policías del 1,7%.

Otra consecuencia de ello es la reacción de los ciudadanos, los cuales se saben víctimas de la acción arbitraria de la policía, además de que si los operativos funcionan realmente para detener a cualquier "sospechoso", se quedan impunes y libres las personas que realmente han cometido delitos.

El diario *La Jornada* describe en los siguientes términos una redada realizada por la Secretaría de Seguridad Pública el 21 de agosto en la Colonia "Morelos" de la Ciudad de México: "Apoyados por tres helicópteros y decenas de patrullas,

(22) Diario *Reforma*, 06 de agosto de 1997, p. 1A.

(23) Diario *La Jornada*, 06 de agosto de 1997, p. 48. Evidentemente que delas personas restantes, muchas fueron puestas en libertad fianza y otras fueron liberadas sancionadas por faltas administrativas, lo que implica que no se les encontró presuntamente responsables de delitos graves.

camiones y motocicletas, los uniformados empezaron a detener a todo aquel que parecía sospechoso. La movilización causó indignación entre los vecinos porque, según ellos los verdaderos delincuentes se enteraron de la acción desde el miércoles y se fueron a *trabajar* a la colonia Buenos Aires.

El operativo fue espectacular. Las aeronaves descendieron hasta casi tocar los techos, los granaderos corrieron con los rifles en alto y los *Jaguares* se pasearon a toda velocidad por la avenida Congreso de la Unión... Pero no entraron a las calles donde se vende droga, como Panaderos, o en aquellas donde según denuncias existen bodegas de mercancía robada, como (...)."[24]

De ser ciertas las quejas de los vecinos, como tal parece, las acciones de las policías no son medidas realmente efectivas en contra de la delincuencia sino medidas publicitarias para tranquilizar a la ciudadanía y para que las autoridades ganen confianza por parte de la población.

En todo caso, las estrategias represivas, dentro del esquema de "tolerancia cero" en contra de la delincuencia, no han sido efectivas y por lo tanto no se justifican. Más aún, no solamente son inútiles tales estrategias, sino que propician excesos e impunidad por parte de los cuerpos policíacos, por lo que se vuelven motivo de inseguridad para todos los ciudadanos. Esto se pone en evidencia con la violencia e impunidad que acompañan a las redadas de las policías.

Caso especialmente grave resulta el de la detención ilegal y posterior ejecución extrajudicial de los seis jóvenes en la Colonia "Buenos Aires" de la Ciudad de México, acontecidas días después de los operativos narrados antes, y en el contexto de legitimidad de la arbitrariedad de los cuerpos policíacos, y de los militares en funciones de civiles. Este caso pone de manifiesto, con toda crudeza, que la impunidad y los excesos policíacos motivados por la estrategia de "tolerancia cero" en vez de proteger a los ciudadanos los vuelve víctimas de quienes deberían velar por su seguridad.

3. Legitimidad de las políticas en materia de seguridad pública

Pero las estrategias de "tolerancia cero" no solamente no se justifican por su falta de efectividad, sino especialmente por su falta de legitimidad ética y jurídica.

Debemos partir de considerar que en el Estado Democrático de Derecho, los ciudadanos tienen libertad de hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por la Ley. Ello implica que si un individuo violenta una norma jurídica. Y solamente cuando esto ocurra, deberá ser sancionado de acuerdo como establecen las normas jurídicas; es decir, si una persona viola la ley debe ser sancionado, si no lo hace, la misma ley lo protege.

Pero para ser sancionado, un ciudadano debe ser primero acusado, juzgado y defendido, de acuerdo al Derecho, por lo que nadie puede ser sancionado sin

[24] Diario *La Jornada*, 22 de agosto de 1997, p. 68 y 54.

acusación, y juicio previos. Consecuentemente, nadie puede ser detenido por parecer "sospechoso".

Además, la ley establece las competencias de las autoridades responsables de la procuración y la administración de justicia, por lo que, los funcionarios públicos solamente están facultados para hacer lo que expresamente les ordena la Ley, y exactamente en los términos que ahí se ordena. En consecuencia, por ejemplo, una autoridad policíaca no está facultada para ordenar o ejecutar cateos o detenciones *motu proprio*, excepto en los casos previstos en la Ley, pues estas son competencia de otros funcionarios.

Por ello puede afirmarse que la estrategia de "tolerancia cero" es ilegítima, por lo menos, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, puesto que esta estrategia autoriza a los órganos de persecución del delito a molestar a las personas y limitar los derechos y libertades de cualquier ciudadano, con tal de que parezca "sospechoso", violenta los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna y que son prerrogativas de todos los individuos: los presuntos delincuentes solamente pueden ser detenidos bajo ciertas condiciones especiales, que no se cumplen con el simple parecer "sospechoso", pues la sospecha nunca es indicio seguro de nada y el parecerlo es siempre una opinión subjetiva y tendenciosa.

b) Cuando los actos arbitrarios de las autoridades, justificados por esta estrategia se reiteran, se impone un terrorismo de Estado que pone a los ciudadanos en estado de indefensión y se violenta el principio de seguridad jurídica.

c) Pero los actos ilegítimos por parte de las autoridades motivados por esta estrategia no violentan solamente los derechos de sus eventuales víctimas directas, sino que afecta los derechos de todos los ciudadanos en la medida de que violenta el Estado de Derecho.

d) En tanto la estrategia de "tolerancia cero" exige poder ilimitado para los cuerpos represivos a fin de que combatan a los delincuentes, supone un exceso de autoridad por parte de los responsables de ejecutarla, lo que ocasiona actos de arbitrariedad por parte de las policías, como quedó evidenciado con los hechos narrados en el apartado anterior.

e) Pero además, esta estrategia implica una violación al principio de legalidad, en la medida en que las fuerzas represivas actúan a su arbitrio sin atenerse a los procedimientos establecidos por la ley.

f) Se viola también el principio de proporcionalidad de la pena, porque se pretende sancionar severamente tanto una infracción leve como una falta grave.

g) Puesto que la estrategia de "tolerancia cero" supone considerar como "sospechosos" a todos los ciudadanos, violenta también el principio de presunción de inocencia.

4. Conclusiones

Luis González[25] advierte que la definición de la "agenda pública" en el futuro inmediato requerirá de la participación de todos los sectores de la sociedad, no sólo del Estado, y habrá de incluir las demandas de todos los movimientos sociales. Pero para ello se requiere del consenso que resulte de la aportación de todos los interesados. Este consenso – sigue diciendo Luis González – habrá de construirse con discursos políticos que deberán cumplir tres condiciones indispensables:

1. Que se garantice un "referente mínimo de racionalidad" que imponga límites a las potestades del Estado frente a la sociedad civil, en el marco de un orden jurídico.

2. Que su contenido "sea viable en las condiciones materiales en que pretende ser aplicado."[26]

3. Que no se oriente al beneficio de un grupo sino al servicio de todos los sectores sociales, al "interés común".

De igual manera, la seguridad de los ciudadanos no puede quedar exclusivamente en manos del Estado, pues en tanto asunto prioritario de la "agenda pública", solo podrá alcanzarse gracias a la participación de todos los sectores de la sociedad y mediante la construcción de consensos sociales sobre las medidas preventivas viables y legítimas.

Sin embargo, no todas las estrategias encaminadas a conseguir esa seguridad pueden ponderarse de igual modo, pues no todas son igualmente legítimas, viables y orientadas al interés común.

Si aplicamos los criterios citados antes en la valoración de las políticas de "tolerancia cero" como medida para alcanzar la seguridad de los ciudadanos, nos encontramos con que no protegen a la sociedad civil sino que la entregan al arbitrio de las autoridades, que no mejoran la anhelada seguridad, sino que provocan más violencia, por lo que no son viables, y no se orientan al beneficio de la sociedad en su conjunto, sino que solamente operan en el sentido de apoyar intereses particulares y de justificar la violencia del Estado.

Lamentablemente la opinión pública está permeada por el sentido común impuesto por los discursos oficiales y los medios de difusión, según el cual la mejor alternativa para conservar el orden es la suspensión de las garantías y las medidas represivas; la tolerancia cero, pues.

Desafortunadamente también, el debate racional y la participación responsable de la sociedad civil en materia de seguridad ciudadana están todavía muy lejos, mientras que el Estado de bienestar ha sido tomado por el Estado gendarme.

Queda ahora solamente propiciar el debate y la participación social abierta e incluyente, que la sociedad civil no sea más el *objeto* de las políticas estatales de seguridad pública y que se convierta, cuanto antes mejor, en el *sujeto* de su propio bienestar y seguridad.

(25) 1998, p. 18.

(26) Ibid. p. 19.

Bibliografía

CARRANZA, Elías. Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina. En Elías Carranza (coord.) *Delito y seguridad de los habitantes*. México : ILANUD-Siglo Veintiuno, 1997.

DENNIS, Norman (ed.). *Zero tolerance: policing a free society*. Londres : Institute of Economic Affairs, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. *Teoría del garantismo penal*. Madrid, España : Editorial Trotta, 1995.

GONZÁLEZ RUIZ, Samuel et al. *Seguridad pública en México. Problemas, perspectivas y propuestas*. México : UNAM, 1994.

GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis. El desafío ético de la política. *En Revista "Nexos"* 243, marzo de 1998. México.

NUTTALL, Chris P. y ROBERT J. Baxter. Sentencias severas: ¿no disuaden el delito?. En Elías Carranza (coord.) *Delito y seguridad de los habitantes*. México : ILANUD-Siglo Veintiuno, 1997.

REYNOSO DÁVILA, Roberto. *Teoría general de las sanciones penales*. México : Editorial Porrúa, 1996.

ROMERO VÁZQUEZ, Bernardo, CASTELO SERRANO, Fausto y GARCÍA RIESTRA, Patricia. *La criminalidad en querétaro. Análisis cuantitativo de la criminalidad en Querétaro y de sus implicaciones sociales*. Investigación realizada para la Coordinación de la Presidencia Municipal. Querétaro, Qro. 1997.

RUIZ HARREL, Rafael. *La impunidad y la eficacia policiaca*. Suplemento Derechos Humanos y Ciudadanía. Diario "La Jornada". 20 de marzo de 1996, p. 38.

VILLARREAL PALOS, Arturo. *Culpabilidad y pena*. México : Editorial Porrúa, 1994.

YOUNG, Jock. *The crimonogy of intolerance: zero-tolerance policin and the American prison experiment*. Centre For Criminology. Middlesex University (s.f.).

ZAFFARONI, Eugenio R. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires, Argentina : Ediciones De Palma, 1986.

———. *En Busca de la penas perdidas*. Bogotá, Colombia : Editorial Temis, 1990.

———. *Tendencias finiseculares del derecho penal*. En José Luis Soberanes (comp.) "Tendencias actuales del derecho". México : UNAM-Fondo de Cutura Económica, 1994.

6

LAS CÁRCELES DE AMÉRICA LATINA: ¿QUÉ OFRECEN PARA EL TERCER MILENIO?*

CARLOS ALBERTO ELBERT

SUMÁRIO: 1. Situación actual de las penas y los sistemas penales en el campo teórico – 2. Situación humana, material y moral de la ejecución penal en América Latina. Los motines – 3. Los sistemas penales como mercadería negociable de la era neoliberal – 4. Objetivos para la criminología en el campo carcelario – 5. Resumen y cuadro de situación.

Resumen: De todas las instancias del sistema penal, el tema de las cárceles y la ejecución penal debe ser el más estudiado y debatido a nivel nacional e internacional. Es tan abrumadora la cantidad de artículos, libros y sistematizaciones teóricas, que es imposible reflejarla aquí con alcance suficientemente abarcativo. Este análisis no pretende más que un repaso de algunos aspectos esenciales en la discusión del problema carcelario latinoamericano.

Palavras-chave: América Latina – Neoliberalismo – Prisão – Sistema penitenciário – Criminologia.

1. Situación actual de las penas y los sistemas penales en el campo teórico

En materia criminológica, los temas de la cárcel y la pena son tan relevantes por constituír la apoteosis del control formal, la factoría donde se elabora el *producto final de un complejo sistema.* Por ahora, penalistas y criminólgos seguimos sumergidos en la ambivalencia teórica e institucional, según la cual, las cárceles y las penas de encierro son inevitables, un mal menor que *debe desaparecer sí*, pero gradualmente, mientras se renuevan y reciclan los edificios y leyes actuales. A muchos nos acicatea, sin embargo, un interrogante: Lo que se está justificando como *el estado de las cosas*, ¿es progreso, más de lo mismo, o inclu-

(*) Ver decreto 303 del 26 de marzo 1996 (Bol Of. 01 abr. 1996) decreto para tratamento de procesados. Incorpora una nueva filosofía a través de un nuevo marco conceptual: Lo que antes eran funciones de guarda y custodia, ahora es retención para los que no quieren ser "tratados para resocializarse". (Introducción de la iniciativa privada en el tratamiento, como forma de responsabilizarlos según la autonomía de la voluntad a los que salen peor). Para este nuevo discurso hay un "antes, durante y después de la ejecución" y hay distintas respuestas para la comunidad según esos momentos.

so algo peor? La cuestión conduce al debate sobre el fin, el sentido, la reglamentación y las modalidades de la pena, que ocupa un espacio teórico enorme, en varias disciplinas del pensamiento, y en el que, por momentos, pareciera que todos estamos de acuerdo; mas, a la hora de hacernos cargo de que el monstruo está todavía entre nosostros, gozando de enorme consenso, se queman nuestros papeles. Sin duda, el asunto es mucho mas complejo que los esquemas, teorias y a veces simplificaciones en que se cayó desde los enfoques de la reacción social y el abolicionismo.

Es cierto que en el plano racional la carcel "no tiene futuro", porque no encuentra un argumento explicativo acabado en lo filosófico, moral ni pedagógico. (Para muestra, puede verse el análisis de Ferrajoli sobre el fracaso de los intentos retributivos). En cuanto a la praxis, cabe recordar que se basa en presupuestos también insostenibles: mejorar en aislamiento, corregir suprimiendo la autodeterminación o simplemente castigar, pero para reducir el potencial de reacción negativa del sujeto transgresor. Estos son algunos de los motivos por los que la última gran ilusión funcional de las cárceles, o sea los proyectos de resocialización, readaptación o rehabilitación social, han caído en un descrédito enorme sobre el fin de siglo.

El vaciamiento de contenidos "altruístas" o "utilitarios" al *hecho de poder* que significa la imposición de penas, resta gran parte de su legitimación a todos los sistemas penitenciarios; con mayor razón, todavía, a aquellos como los que predominam en América Latina, instalados en medio de carencias, precariedades materiales y violencia sistemática. Importantes teóricos como Zaffaroni, sostienen que "la pena no sirve para nada y debe desaparecer"; y también que han fracasado todas sus justificaciones teóricas, pasadas y presentes. La construcción Kantiana no pudo tener contacto con la realidad – enfatiza – porque se caía sola, pudiendo afirmarse que las ideas sobre fin de la pena que dominaron el discurso de todo el siglo, a saber, prevención general, especial, resocialización, han demostrado concluyentemente su insuficiencia filosófica para sostener el aparato global del castigo con el que todavía coexistimos y coexistiremos al entrar en el siglo venidero.[1]

En suma, puede afirmarse que todos los discursos del fin de la pena sólo embellecieron al único que, eficaz y realmente, siempre se impuso: la mera retribución.

Mientras tanto, nuestros legisladores no salen del cubículo conceptual de unas penas a la que siguen atribuyendo poderes de prevención general, e insisten en aumentarlas y crear tipos penales para cientos de conductas, en un rumbo que es sordo no sólo al discurso criminólogico sino también al de penalistas de jerarquía. La única explicación posible a este fenómeno es que las penas de encierro simplemente sirven a necesidades de poder y hegemonía política que todavía cuentan con mucha receptividad, obtusa o complaciente, para recortar constantemente los límites de las libertades cívicas de los ciudadanos comunes, esto es, los de mayor vulnerabilidad.

Nuestras categorías mentales y los discursos sobre la punición están, efectivamente, atrasados; pero, por otra parte, las categorias jurídicas y políticas

(1) Conferencia en las Jornadas Uruguayas – Santafesinas. Santa Fé, Argentina, 1997.

que los generan están pensadas para estados – naciones, no para un sistema mundial, en momentos en que la globalización creciente exige medidas de control extrasistemáticas, de cualquier tipo, elaboradas conforme a necesidades coyunturales y urgencias de los Estados Unidos y otras potencias hegemónicas. Los niveles crecientes de violencia social y hasta de violencia gratuita, en el marco del deterioro de los modelos sociales en curso de ejecución, han permitido que la manipulación mediática popularice la imposición de políticas draconiananas de cualquier tipo, y la implantación de soluciones puramente empíricas y de ocasión, como que se legisle y ejecute para satisfacer casos concretos. Ello puede verificarse con la aplicación oportunista de penas de muerte en Guatemala, o los intentos de reinplantarla en Argentina, Brasil o El Salvador, o los linchamientos barriales verificados en Perú, Brasil, Guatenala y Venezuela o las modificaciones penales y procesales proyectadas en Argentina para un único caso que provocó gran conmoción sociopolítica (el "caso Cabezas").

Se avanza, por fatalidad o deliberación, hacia la pura seguridad sin tratamiento, en medio de políticas criminales fragmentarias, erráticas y oportunistas, con la ventaja de que ahora los planificadores de engendres ni se ruborizam ante la crítica de alguna autoridad científica que demuestre, en pocas palabras, a dónde conduce el activismo posmoderno. Se ha perdido la vergüenza, que, según dice el refrán, jamás se vuelve a encontrar.

Al fracaso histórico inocultable de la idea de resocialización, parece suceder el desinterés por las hipótesis utilitarias con buenas intenciones morigerantes. Del gastado repertorio de fundamentos sobre la pena y su finalidad, se busca lo más directo, elemental y tosco. Estas circunstancias revelan hasta qué punto el derecho ha acentuado su rol de piadosa ficción declarativa, incapaz de restituír los equilibrios alterados en la convivencia social. Los desequilibrios son tan importantes, que el derecho quedó compelido a fungir como paliativo ocasional para algunos conflictos agudos de sociedades altamente patologizadas. El producto final, la ejecución de la pena, pierde interés en este contexto histórico, y pasa a ser una especie de barrio marginal más, sólo que severamente vigilado.

2. Situación humana, material y moral de la ejecución penal en América Latina. Los motines

Las organizaciones totales son espacios construídos deliberadamente para hacer sufrir castigo, donde las conductas reprochadas se repiten y entrenan, preparando su reproducción futura con mayores dosis de violencia. Es absurda la pretensión de imponer al preso (por la fuerza y la coacción) un sistema de valores que no comparte, no entiende o al que, en definitiva, solo podrá integrarse a su egreso, en carácter de elemento prescindible y sin oportunidades para ejercitar los valores aprendidos, salvo en carácter de mártir o samaritano social. *El preso no es persona*, porque carece de casi todos los derechos de un ciudadano cualquiera, pese a que formalmente se le conceden unos cuantos que raramente puede ejercer. Esto es la esencia de una ideología totalitaria y desigual. El encierro segregador, está dicho hasta el cansancio, no permite al preso tener amor propio ni dignidad, ni siquiera espontaneidad. Pretender reeducado allí es, como dije en una figura que fue festeja-

da en su momento, como enseñar a jugar al fútbol dentro de un ascensor. La cárcel desemboca, una y otra vez, en el control violento de sumisión absoluta, hasta la inevitable eclosión periódica del caos, en forma de brutales motines. El sistema penitenciario es el máximo grado de entrenamiento para la sumisión de todo el aparato de control formal. Lo que apunte a la dignificación humana no paternalista (con reconocimiento del *otro* y su autonomía) termina siendo rechazado y sospechado. Se permite la estructuración de jerarquías internas entre presos, cuya medida es la capacidad de violencia física e intimidación sobre los no violentos, débiles, aislados o recién llegados. Como dijo una periodista uruguaya:

"Librados a sí mismos en un marco de vida material prácticamente devastado, inevitablemente caerán en enfrentamientos y rivalidades, ya que los intereses de unos y otros y las eventuales solidaridades tienen más cortes horizontales, verticales y transversales que toda la política mundial reunida. Mucho más si se tiene en cuenta que dentro del penal se sigue traficando con alcohol y drogas y que ninguno está allí por regalarle flores a la mamá."[2]

Finalmente, la violencia interna sirve para explicar y justificar la externa, o sea, la intervención institucional represiva, mediante la cual se cometen todo tipo de excesos, no sólo en la represión de motines, sino también en el control interno cotidiano, por ejemplo, mediante las llamadas "requisas". La vida cotidiana entre muros reitera y refuerza carencias infraestructurales que los condenados experimentaron antes en su medio social: los internos sufren por la falta de elementos de higiene, conservación de alimentos, calefacción, medicamentos adecuados contra el Sida y la bronquitis. El Sida constituye uno de los más dramáticos flagelos, porque se multiplica aceleradamente en las condiciones antihigiénicas de adicción y sexo carcelarios. Cuando un interno contagiado egresa, transmitirá el mal a su esposa e hijos por nacer, y actuará como multiplicador social del mal del siglo.

Las drogas y el Sida son causa y efecto para nuevas y reiteradas violaciones de los derechos humanos y de refuerzos de control carcelario. Se pretende impedir el ingreso de sustancias psicotrópicas, pero estas siguen accediendo por los increíblemente versátiles medios de que se valen los internos, sus visiras o el tráfico a cargo de los propios guardias. Se pretende aislar a los sidóticos, sin conocerse con exactitud cuántos y quienes son, aún cuando en Argentina se han verificado ciertos progresos, dentro de los límites financieros, en cuanto a tratamiento y detección. En este país los presos sidóticos han llevado a cabo huelgas de hambre, para forzar la liberación extraordinaria de los enfermos terminales, posibilitándoles una muerte digna. Incluso ha habido fallos judiciales que lo permitieron, por argumentos "extra – legem", obviamente de naturaleza humanitaria y hasta un Obispo, el de Morón, Monseñor Justo Laguna, intercedió en favor de un peticionante por "razones de misericordia", porque cualquier paciente tiene derecho a pasar los últimos días rodeado por su familia.[3]

(2) María Urruzola, Penal de Libertad: nada bajo control, en *Brecha*, Montevideo, 24.06.1994.

(3) *Página 12*, Buenos Aires, 08.05.1996. La oficina Panamericana de la Salud de Naciones Unidas estimó en un 30% del total de internos del Servicio Penitenciario Federal Argentino a los infectados por el HIV, según informaciones difundidas en marzo de 1996.

Los presos padecen también por atenciones sanitarias malas, falta de medicamentos, déficit alimentario y de ropa adecuada, celdas ardientes y sofocantes en el trópico y frías en zonas con clima de montaña o austral, etc. Es sabido desde siempre que los presos sufren por la separación de sus familias o la impotencia ante su frecuente disgregación, la falta de información sobre el estado de sus causas, el terror hacia la violencia interna y la presión psicológica externa, por falta de trabajo o reglamentación del ocio, así como de ambigüedad cotidiana del personal de custodia, oscilante entre seguridad y trato humano y actitudes represivas. También es frecuente la falta de control judicial, la sobrepoblación como resultado de la práctica de mantener detenidos a tantos transgresores como sea posible dilatando sus procesos, etc.

Existe un discurso oficial, situado entre la fatalidad y el optimismo, conforme al cual no puede hacerse otra cosa que encerrar a los peligrosos para la sociedad, pero comprometiendo el esfuerzo esperanzado en hacerlos mejores. Sin embargo, la cárcel es un sitio donde siempre triunfa el valor supremo *seguridad*, al que todo lo demás termina subordinándose, y que se expresa en infinidad de manifiestaciones autoritarias y antidemocráticas. Cuando se visita una cárcel puede percibirse claramente la digitación de la experiencia, en cuyo transcurso se pretenderá mostrar sistemáticamente *lo que el servicio hace con los presos*, pero no lo que los presos sientan por sí mismos, o por el servicio del penal, sus miedos, odios, valores y esperanzas. Institucionalmente se actúa como si fuese inconveniente que "ellos" digan cómo están o quiénes son. Se muestra así, una sola cara, la del aparente reinado utópico del orden y la disciplina, de una realidad "tranquila", que, en verdad, está integrada por dos universos incompatibles en constante enfrentamiento.

La decadencia del paradigma resocializador está orientando las políticas penales latinoamericanas hacia una nueva crisis, que, en realidad, es parte de una *crisis mundial de la cárcel*, que amenaza con empeorar según la situación social vigente en América Latina. El 28 de junio 1997 la televisión española propaló un informe sobre la situación mundial de las cárceles, que constataba – en todo el mundo – situaciones aberrantes, pero muy especialmente en Africa y América Latina. En todo el mundo comienza a experimentarse el absurdo sin salida de *las sobrepoblaciones*, a que están expuestas todas las cárceles; así, en Brasil, tras un motín de 6 días con una fuga espectacular de 50 presos de la repleta cárcel de Goias, el Presidente Cardoso decretó un indulto para delincuentes comunes que puede beneficiar entre 15 y 18 mil presos, cerca de la décima parte de la población carcelaria del país. El indulto es el más amplio en la historia del Brasil y beneficiará a los condenados hasta 06 años de prisión.[4]

En El Salvador, tras numerosos motines, se dispusieron libertades forzosas en mayo de 1996, al quedar rebasada la capacidad de internación, que contiene a un 70% de presos sin condena. Cuando el gobierno continuó con la política de mano dura, los presos impidieron el ingreso de nuevos internos, mediante huelgas de hambre, bloqueo de entradas y amenazas de suicidio. Es conocido el caso de

(4) *Clarin*. Buenos Aires, 13.04.1996.

la cárcel brasileña de Belo Horizonte, en la que, en 1985, los presos, para protestar contra el hacinamiento, pusieron en marcha un juego llamado "los sorteos de la muerte", por el cual quienes salían sorteados eran ejecutados por sus compañeros, "para hacer más lugar".

Al momento de la masacre de la cárcel de Sabaneta, en Venezuela, ese país contaba con 33 prisiones que albergaban 35.000 reclusos, o sea, siete veces por encima de su capacidad declarada.

Por supuesto, en muchas cárceles hacinadas de América Latina se infligen malos tratos y torturas a los presos, como ocurre con frecuencia en Paraguay.[5]

Restaría agregar el capítulo de los adictos y alienados, doblemente victimizados, por su adicción y/o la insuficiencia terapéutica. Las leyes están repletas de indicaciones sobre el tratamiento que se dará a estos presos en establecimientos especializados, que en realidad, en lo que hace a las adicciones graves no existen, y en el caso de los presos alienados no son más que secciones de los hospitales neuropsiquiátricos comunes.

Este capítulo del encierro entra en contacto con el tema de las políticas de salud mental, que no es propia de este trabajo, pero que en Latinoamérica muestra un alarmante predominio de las ideas manicomiales segregadoras y del abuso de medicación de los enfermos mentales, sean o no acusados de delitos. Los manicomios latinoamericanos son – en general – casas del terror a las que se ingresa para no retornar más al medio social ni a la vida.[6]

La desesperación, el estrés, el miedo y la violencia multiplicam generosamente la posibilidad estadística de perder la vida en el encierro, sea por agresión de terceros, riñas, autodestrucción o accidentes y siniestros que atrapan entre las rejas a una multitud de personas. Los presos conviven con la muerte, y el ansiado momento de la salida es, en realidad, un cálculo regresivo hacia la vida, cuyas cuentas se van tachando en las paredes y los almanaques. De los numerosos peligros latentes, el principal factor letal carcelario son los motines o sublevaciones, que en que América Latina encabezan el listado mundial de decesos en prisiones. En los últimos veinte años, estos hechos trágicos de gran violencia causaron miles de muertes, tanto de presos, como de guardias, policías y particulares de toda edad, tomados como rehenes en medio de situaciones fuera de control. La enumeración que sigue no es exahaustiva, por la fragmentariedad de datos disponibles para hacer el recuento, basado casi exclusivamente en

(5) Ver "Casas de la violencia": *Diagnóstico de la situación carcelaria en el Paraguay*, trabajo coordinado por Jorge Rolón Luna, publicación oficial, Asunción, 1996.

(6) Este tema puede ser ampliado por Evelin Naked Sá de Castro, "O manicomio judiciario, saúde o justicia", en *Rev. Saúde Pública* 19, Brasil, 389-400, Octubre de 1985. Eugenio Bayardo Cancela, "La compulsividad en los tratamientos psiquiátricos", en *Revista Psiquiátrica Uruguaya* 51, Montevideo, 33-41, enero-febrero de 1986, en el trabajo de Luis Niño. *Patología de la reclusión carcelaria*, y mi trabajo: "Psiquiatras y juristas frente al tema de la imputabilidad", ambos en el libro *Etica v Psicoterapia*, editado por María Lucrecia Rovaletti, Buenos Aires : Biblos, 1995, p. 57 y 121, respectivamente.

informaciones periodísticas. En los hechos que se señalan, contabilizando sólo los presos fallecidos, puede verificarse que sumaron *1786 en veinte años*. Dada la parcialidad de las fuentes (carezco de datos completos sobre América Central, México, Ecuador y otros países) y la inverificable cantidad de centros de detención (comisarías, retenes, guardias, alcaidías, cuarteles, cárceles civiles y militares, federales y provinciales) la cifra debería ser realísticamente *duplicada* y crecería aún más, tomando en cuenta no sólo a los presos, sino a las víctimas de todo tipo que perecieron o fueron gravemente heridas en este tipo de conflictos. En la primera hipótesis, estaríamos hablando, matemáticamente, de 3572 víctimas fatales de la violencia que genera el encierro de seres humanos. Sin embargo, un cálculo presuntivo demuestra que, estimando el total de centros de detención de América Latina en 3000 (cantidad deliberadanlente baja) y suponiendo que en 20 años se haya producido sólo una muerte violenta en cada uno de ellos, nuestras estimaciones podrían trepar hasta más de 5000 muertes.[7]

Si en lugar de calcularse las muertes de los últimos veinte años se pretendiera abarcar todo el siglo, es posible imaginar totales de asombro. En una sola cárcel de Colombia, la Isla Gorgona, considerada la más dura del país, Silva García estima que murieron a lo largo del siglo 150 presos.[8]

En consecuencia, los muertos a causa de la violencia del encierro en América Latina en los últimos veinte años pueden haber sido cinco mil, en el mejor de los casos. Si mis estimaciones pecan de bajas, la cifra podría extenderse en otro tanto, colocándonos ante posibilidades que estremecen en cualquiera de sus magnitudes.

Los motines, revueltas y reyertas más importantes que pude recopilar, dentro del lapso tomado en cuenta, son los siguientes:

1. *14 de marzo de 1978*: 60 muertos y 81 heridos en la *Cárcel de Devoto*, Buenos Aires, Argentina (Puede ampliarse el tema por el libro de Elías Neuman sobre este suceso: *Crónica de muertes silenciadas*, Brugera, Buenos Aires, 1985. El libro no sólo investiga este suceso, sino que describe con precisión la vida interna de este penal, cuya desactivación se proyecta actualmente).

2. *1979*: *Presidio de Frei Caneca*, en Río de Janeiro. La Policía Militar reprime un motín, matando a más de 200 internos. El lugar fue visitado por el Papa en octubre de 1997, donde bendijo a los presos y entregó un documento a las autoridades, en el cual hacía un llamado de la Iglesia a "mejorar la calidad de vida de los detenidos".

3. *Febrero de 1980*: 39 internos asesinados cruelmente por otros presos, en el penal de *Santa Fé, Nuevo México*, Estados Unidos, con protagonismo relevante de "latinos".

(7) Otro intento de cuantificar las muertes causadas por el sistema de control formal puede verse en Zaffaroni, *Muertes anunciadas*, obra citada.

(8) En "Historia de los castigos: la isla prisión Gorgona", en *¿Será Justicia?*, Bogotá : Universidad Externado, 1997, p. 85. El autor analiza en este capítulo el tema de las islas – prisiones de los países latinomericanos.

4. *A partir de marzo de 1995*: En Belo Horizonte, en diversos establecimientos, se contabilizan hasta 11 muertes de detenidos, por ahorcamiento o apuñalamiento, como parte de los "sorteos de la muerte". El criterio consistía en elegir los dos más flacos de cada celda, y luego sortear, de entre ellos, los dos que debían morir.[9]

5. *Octubre de 1985*: 34 detenidos del grupo terrorista Sendero Luminoso son muertos en la prisión de *Lurigancho*, cerca de Lima, Perú.

6. *18 y 19 de junio de 1986*: aproximadamente 300 muertos en motines desencadenados por senderistas, en dos prisiones peruanas, *Lurigancho e Isla del Frontón*. El hecho se recuerda como "la matanza de los penales".

7. *20 de julio de 1987*: 60 presos muertos por la represión para liberar a 30 rehenes en la *Penitenciaría Central de Sao Paulo,* Brasil.

8. *1998*: En este año mueren en México cuatro penitenciaristas de alto rango, dos de ellos durante motines en las cárceles de Pachuca, Hidalgo, y Tepic, Nayarit, y otros dos mandados asesinar como consecuencia de sus gestiones y los conflictos internos con narcotraficantes.

9. *16 de octubre de 1989*: En la *Comisaría del Menor de Formosa*, Argentina, mueren carbonizados, por un incendio en su celda de 3 por 3 netros, 8 menores, entre 12 y 17 años de edad. Puede verse la crónica de Elías Neuman sobre este hecho, en su libro *Los homicídios de cada día*, Ed. Catálogos, Buenos Aires, 1994.

10. *5 de febrero de 1989*: 18 detenidos mueren aplastados en el tumulto por una represión de la Policía Militar en la *Parada de San Lucas*, comisaría 42 de San Pablo, en razón del tremendo hacinamiento del lugar. Una narración detallada del suceso puede encontrarse en el artículo "Relato de una Chacina", de Cristina Neme y Beatriz Affonso en *Os Direitos Humanos no Brasil*, n. 2, 1995, p. 139.

11. *6 de mayo de 1990*: 35 muertos y 12 heridos en el incendio del pabellón 7 del *Penal de Olmos*, en la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

12. *28 de julio de 1991*: En un amotinamiento en la *Unidad 13* de *La Pampa* Argentina, se generó un incendio que causó 12 muertos.

13. *11 de mayo de 1992*: 40 muertos y más de 100 heridos en la prisión de Miguel Castro, (Canto Grande) cerca de Lima, Perú, tras cuatro días de enfrentamientos con presos de Sendero Luminoso que controlaban parte de la cárcel.

14. *7 de junio de 1992*: En un motín desencadenado por menores de la *Unidad 16 de la Cárcel de Caseros*, en Buenos Aires, Argentina, hubo 25 heridos graves, y 90 en total.

15. *2 de octubre de 1992*: 111 muertos y 60 heridos en un enfrentamiento interno en una *Cárcel de Carandirú*, Sao Paulo, Brasil. El hecho tuvo repercusión internacional, con investigaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Amnesty Internacional, según cuyas constataciones, muchos presos

(9) Antonio Luiz Paixão, Uma saga carcerária. en *Revista Temas IMESC.* São Paulo : Sociedade, Direito e Saúde, 1986, v. 2, p. 97.

fueron fusilados en sus celdas por la policía militar, cuando se entregaban tras una reyerta interna. Los sobrevivientes fueron obligados a cargar con los cadáveres de los muertos, porque los policías temían contagiarse de Sida. La cárcel, con capacidad para 2500 personas, alojaba a 7200 y es la más grande de América Latina. La represión estuvo a cargo del grupo denominado "La Rota", cuerpo especial antimotines, considerado uno de los más violentos del mundo. Según una reciente investigación, desde 1975 hasta ahora, el grupo habría matado más de 8.000 personas. Posteriormente, el Ministro de Justicia Mauricio Correia afirmó que, según informaciones por él recabadas, los muertos habrían sido 200.[10]

16. *27 de noviembre de 1992*: En un intento de fuga del *Retén de Catía*, al norte de Caracas, en medio del segundo alzamiento militar contra el presidente Carlos Andrés Pérez, fueron muertos por la policía 100 reclusos, mayormente por francotiradores que disparaban con fusiles de precisión a internos que iniciaban la fuga. Según la prensa venezolana, sólo en los últimos diez años se habían registrado, en este sitio, 412 asesinatos y 903 heridos por armas. Descontando los 100 de noviembre de 1992, serían 312 muertes.

Esta prisión, de treinta años de antiguedad llegó a albergar tres mil reclusos, y fué cerrada definitivamente y dinamitada el 16 de marzo de 1998, con asistencia del Presidente Caldera y otras autoridades.

17. *18 de noviembre de 1993*: 26 muertos y 20 heridos en una rebelión en la cárcel de *San Fernando Gotera*, El Salvador.

18. *23 de noviembre de 1993*: Tras una protesta contra los apremios ilegales en un pabellón de la *Alcaidía de Catamarca*, Argentina, mueren asfixiados por el humo 13 presos. Numerosos policías y funcionarios fueron sometidos a proceso, acusados de haber omitido ayuda.

19. *1 de enero de 1994*: 2 reclusos muertos en el *Penal de Anzoátegui*, en Venezuela.

20. *2 de enero de 1994*: Luego de tres motines en 48 horas en la *Cárcel de Maracaibo*, Venezuela (conocida como Sabaneta) se produjeron, tras el incendio del penal, 105 muertos (luego se afirmó que fueron 130), 69 heridos y 80 desparecidos.

La prisión, construída para 800 internos, estaba poblada por 3600 reos al estallar los motines. Estudios específicos sobre este suceso puede verse en Delgado Rosales, Francisco, "Crónica penitenciaria del caso Sabaneta", *Capítulo Criminológico* 22, 1994, p. 83, Hidalgo Reynaldo y Jordan, Michael, "Amontinamientos carcelarios: de los cambios administrativos a la ruptura del control, Sabaneta, enero de 1994, en *Revista Cenipec* 15, Mérida, Venezuela, p. 125. También en la *Revista Capítulo Criminológico*, Edición Especial 23 – 2, Maracaibo 1995, pueden consultarse los artículos de Aniyar de Castro, Lolita, Delgado Rosales, Francisco Javier, Leal, Luisa, y Sánchez, Gloria.

En el artículo de Hidalgo y Jordan, se reproducen informaciones del diario *El Nacional* de Caracas, según las cuales, sólo en el último año previo al motín del

[10] *Página 12*, Buenos Aires, 07.10. y 23.10.1992.

94 y hasta el 17.10.93, ya se habían producido 60 muertos en reyertas internas dentro de Sabaneta. El diario *Frontera* de Mérida, afirmó, el 05.01.1994, que el total de presos muertos ese año fue de 79. Según Hidalgo – Jordan y otras fuentes, en muchas cárceles de Venezuela son frecuentes situaciones ingobernables internas en los grandes establecimientos, durante las cuales los guardias "ceden" el control interior a los cabecillas de las bandas más fuertes y poderosas, quienes se ocupan del "orden" y la "justicia" de los internos, imponiendo un reinado del caos y el terror que, precisamente, permiten luego disimular las responsabilidades de la administración.

21. *4 de enero de 1994*: Motín en la *Cárcel de Tocorón*, Estado de Aragua, Venezuela. Se evaden 50 presos y mueren 11. Testigos sostuvieron que varios presos fueron fusilados por la Guardia Nacional al entregarse.[11]

22. *1994*: Motines en las cárceles de *Santa Ana* (Capacidad para 350 internos con población de 930) y de *Morazán*, en El Salvador. En la primera perecen 15 internos, en la segunda 26.[12]

23. *4 de enero de 1994*: Motín de 600 presos en la *Cárcel de Neves*, Belo Horizonte, Brasil. La protesta, que iba dirigida contra el hacinamiento reinante, fue reprimida por más de 300 policías militares y civiles, y providencialmente sólo arrojó ocho heridos, tres de ellos de gravedad.

24. *9 de enero de 1994*: Motín de 30 horas en la *Cárcel Pública Hipódromo*, al oeste de San Pablo. Un preso muerto, que según las autoridades fue quemado vivo por sus compañeros, y 54 heridos. Los amotinados denunciaban la superpoblación (20 presos por cada 15 metros cuadrados) y la mala comida. 100 policías y 22 perros participaron de la represión, y algunos oficiales reconocieron "haberse excedido". Brasil contaba en ese momento con 126.000 presos que requerían para su encierro razonable, 120 cárceles nuevas.[13]

25. *22 de junio de 1994*: Motín en la *Cárcel de Mexicali*, México. Disputa entre presos, con cinco de ellos muertos.

26. *8 de octubre de 1994*: Tras varios días de motines en numerosas cárceles de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, se reprime un intento de fuga en la *Cárcel de Mercedes*. 2 presos muertos (uno degollado por los internos al rehusarse a participar), diez presos y diez guardias heridos, tras una batalla campal de 20 minutos. Se habían tomado 32 rehenes. En el instituto, construído en 1875, apto para 400 presos, había 1.088 detenidos.

27. *25 de agosto de 1995*: Motín en la *Cárcel de Jujuy*, Argentina, tras la fuga de cinco presos, tres de los cuales fueron muertos por la policía. Los presos incendiaron colchones y arrojaron hojas de afeitar embebidas en sangre de presos enfermos de Sida, clavadas en papas. El 20 de agosto, en el *Penal de Villa Las Rosas de Salta*, Argentina, ocho presos se cosieron la boca en señal de protesta.

(11) *El nacional*, Caracas, 12.01.1994.

(12) *La Prensa*, San Salvador, 23.01.1996.

(13) *Clarín*, Buenos Aires, 12.01.1994.

28. *1 de abril de 1996*: Ola de motines en los penales más importantes de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, con toma de rehenes y voladuras con materiales explosivos. Las protestas se extendieron por todo el país, llegando a sumar 11.000 los presos en conflicto. Los acontecimientos más graves se desenvolvieron en el *Penal de Sierra Chica*, donde los internos tomaron como rehenes a 17 personas, incluyendo a una juez, su secretario y varios funcionarios, que luego salieron ilesos. La lista de muertos fue estimada en 10 internos, pero había desaparecido una cantidad mayor. Las autoridades alegaron que los jefes de la revuelta habrían ajustado cuentas internas, incinerando luego los cadáveres en el horno de la panadería. Sierra Chica tiene capacidad para 800 internos y alberga habitualmente 1200.

29. *22 de junio de 1996*: En un confuso incidente que las autoridades calificaron de motín con intento de fuga, murió un preso de 18 años, apuñalado por los amotinados, en la *Cárcel de Encausados de General Roca, Río Negro*, Argentina, y 60 fueron severamente golpeados. También resultaron heridos un enfermero y tres policías. El intento de fuga de 160 presos en la saturada alcaidía, fue dominado con gases y balas de goma. Los presos segregados, atacados por otros internos, se defendieron arrojándoles agua hirviendo. Por el hacinamiento del lugar, la justicia había propuesto como solución alternativa que muchos internos permanecieran en arresto domiciliario.

30. *21 de octubre de 1996*: Incendio intencional en el penal venezolano de *El paraíso* (La Planta), Caracas. La cifra oficial de muertos quemados en un pabellón donde se dispararon gases, causando un incendio, alcanzó a 25.

31. *26 de enero de 1997*: En un incidente en la *Cárcel de Villa Devoto* en Buenos Aires, Argentina, un preso murió por un balazo en la nuca y otros tres resultaron heridos por los guardias. Las autoridades informaron de un intento de fuga, pero los familiares reclaman negando la versión oficial.

32. *07 de abril de 1997*: En un intento de fuga se origina un motín en la *Cárcel de Valledupar*, Colombia. En el enfrentamiento mueren cuatro guardias y un policía, y se toman 20 rehenes. Esta cárcel tiene capacidad para 150 reclusos, pero albergaba 584. En las cárceles colombianas se registra una sobrepoblación del 30%; con capacidad para 30 mil reclusos, albergan 10.000 más.

33. *18 de mayo de 1997*: Motín en la *Cárcel de San Vicente*, a 100 kilómetros de Sao Paulo, Brasil. 500 personas fueron tomadas de rehenes, y varias personas más en otros cuatro establecimientos con motines. Milagrosamente, no se produjeron víctimas.

34. *11 de agosto de 1997*: Motín con incendio y 400 fugados en Guatemala.

35. *25 de agosto de 1997*: En dos cárceles de encausados de Córdoba, Argentina, se producen dos heridos graves por apuñalamiento y otro por quemaduras. Las autoridades hablan de una escalada de violencia en los establecimientos de la Provincia.

36. *26 de mayo de 1998*: Reyerta entre presos de la *Penitenciaría General de Venezuela*, a 134 kilómetros de Caracas, con 7 muertos y cuatro heridos graves. A esta prisión, para internos autores de delitos leves, está siendo enviada la

sobrepoblación más agresiva de otras prisiones, habiéndola transformado en campo de lucha entre bandas de internos por el control de los pabellones y sus tráficos.

Los motines, como puede verse, son tan similares en causas y efectos, que la mera enumeración de los más importantes podría bastar, a los fines documentales. Incluso, sobre algunos de estos hechos se han escrito libros y realizado investigaciones que descansam en anaqueles como documentos sobre el terror; recuerdo los trabajos de Elías Neuman sobre Devoto, o las investigaciones citadas sobre Tocorón y Sabaneta. En el primer caso, oficialmente se explicaron los hechos como accidente, en el segundo como conflicto interétnico y cultural. En otros, como ocurrió en Perú, las masacres fueron tan notoriamente políticas, que nadie creyó en el argumento de la sublevación reprimida, y se silenciaron las consecuencias porque los muertos eran, de todos modos, elementos peligrosos para la sociedad, y porque "lo tenían merecido". En otros casos, la enajenación es total, como los sorteos de la muerte de Brasil. En realidad, en todos los motines la causa es única: el encierro enajenante y opresor contra el que se reacciona con o sin motivación ideológica, racial o cultural.

Sin embargo, también cabe destacar que muchas protestas y motines de los presos, a veces pacíficos, han conducido, paradoxalmente, a mejoras de la cárcel y a la democratización de los sistemas. El ejemplo más notable es, posiblemente, el caso de la huelga de hambre de más de una semana sostenida en 1994 por los hermanos Schoklender, apoyada por diversas formas de protesta de los demás presos de Devoto y Caseros, en Buenos Aires. Como resultado de esa movilización, se firmó un compromiso con las autoridades, que además de una serie de mejoras, posibilitó definitivamente el ingreso irrestricto de profesores de la Universidad, para que queden asegurados los cursos del *Centro Universitario de Devoto* y del *Centro de Informática Aplicada de Caseros*, y el *Centro de la Cárcel de Mujeres de Ezeiza*. Se trata de instituciones con pocos precedentes en el mundo, en las que varios presos se han recibido ya de abogados, contadores, psicólogos y expertos en informática. Julio Virgolini comentó esa experiencia en éstos términos:

"Los Schoklender demuestran que el efecto resocializador de la cárcel, si se ejerce, no se alcanza *a través* de la cárcel, sino *a pesar de ella*; también sugieren que el tratamiento no debe ser considerado una función penitenciaria sino un servicio que se debe brindar al detenido, en el marco del más amplio respeto a su autonomía y personalidad... Tal vez, también demuestran que nuestro sistema penal, si cambia, lo hace marcado por el ritmo espasmódico de la tragedia, el tono de la urgencia política o la confianza mágica en el castigo.... otra vez, las reformas anunciadas olvidarán consultar a los presos, parte legítima de los afectados por el sistema; total, si no son parricidas, como descalifica el discurso oficial, son delincuentes que tienen negado el derecho a opinar."[14]

Paradojalmente, el Centro Universitario de Devoto es una institución modelo, construída y administrada por los internos, que mantienen una conducta ejemplar, demuestran reincidencia cero, y han recibido toda clase de apoyos externos para su inserción profesional futura. Es la primera vez en la historia sudamericana en

(14) *Página 12*, Buenos Aires, 18.10.1994.

que *la universidad vá a la prisión, y funciona allí de modo permanente*, superando la problemática previa, del estudio a distancia, mediante complejos traslados bajo vigilancia a las facultades.

¿Qué director de prisión no desearía poder exhibir estos logros como un éxito rotundo del sistema? Sin embargo, la relación institucional interna es un delicado equilíbrio que a veces se altera. A mi entender, el problema que representan estos institutos culturales en medio de la cárcel, *es, justamente, el de la reafirmación del individuo estudiante por su perfeccionamiento, la recuperación de un sentido para su existencia, de su amor propio mediante el progreso cultural, la elevación moral por sobre el paternalismo, coexistiendo con los restantes presos*. Ello produce el "milagro" del crecimiento de la autodeterminación y del hábito de razonar y dialogar los problemas. Es, en suma, la capacidad de interpretar el sistema jurídico en defensa de los derechos humanos del preso, a partir de su inalienable atributo de pensar por sí mismo, interpretar la realidad y poder discutirla sin uso de violencia. Por el contrario, el modelo hegemónico de la seguridad está pensado y organizado para sujetos que obedecen sin pensar, que no tienen atributos de disenso, para mantenerlos sumergidos en un submundo de violencia envilecedora. La brutalidad y las riñas presidiarias refuerzan el modelo del control, perpetuando su carácter de *árbitro coactivo supremo*, siendo que, en realidad, las jeraquías del control en las cárceles no están preparadas para la confrontación real de argumentos que implica el reconocimiento de El Otro, sus sentimientos, su especial forma de ver el mundo. El mundo real y la cosmovisión de los presos, está oficialmente *equivocada*, mientras que el discurso institucional es *verdadero, único*, y por sobre todas las cosas, *indiscutible*.

Afortunadamente, el convenio celebrado entre el Servicio Penitenciario Federal y la Universidad de Buenos Aires permanece en pie, y exhibe una brillante trayectoria desde 1985 hasta la actualidad, corroborando la magnífica visión pedagógica de su gestora, la Licenciada Marta Laferrière.[15]

En el Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, un 40% de los presos eligió el estudio como vía de reinserción, en los tres niveles de enseñanza. Quienes realizan estudios universitarios tienen regímenes de salidas especiales para asistir a clases y exámenes. 1400 internos cursan estudios primarios, 1300 secundarios y algo más de cien cursan distintas carreras universitarias. Los profesores presentaron un proyecto de ley, estableciendo reducciones de penas del 15% a quienes completen la enseñanza primaria, 20% para la secundaria, y 35% para la universitaria.[16]

Las propuestas educativas adecuadas constituyen, seguramente, las mejores opciones que restan a los sistemas penitenciarios para influír positivamente sobre los individuos presos. Las "terapias de reinserción", por el contrario, por buena

(15) Reportaje a Laferrière en "El Centro Universitario de Devoto o la pasión de saber", *Sur*, Buenos Aires, 17.06.1989. Otra entrevista en la *Revista Delito y Sociedad* 1, 1992. En el mismo número, artículos de Sergio Schocklender y un documento colectivo de los estudiantes del Centro, sobre la pena.

(16) "El 40 por ciento de los presos eligió estudiar" en *Clarin*, Buenos Aires, 29.09.1997.

voluntad que las impulse, han demostrado, hasta ahora, un fracaso rotundo como para abrigar ilusiones sobre sus resultados futuros, sin perjuicio de que siempre es plausible la búsqueda por caminos superadores de lo puramente segregatorio.[17]

3. Los sistemas penales como mercadería negociable de la era neoliberal

Como parte del proceso neolibelaral "eficientista", y dada la crisis de las instituciones penitenciarias en todo el mundo, comenzó a especularse y experimentarse en torno a distintas posibilidades de "aliviar" al Estado de la carga financiera – y sobre todo moral – de las cárceles, traspasándolas a la esfera privada, o sea, privatizándolas. El proceso, iniciado en Estados Unidos y Europa, dió espacio a numerosos análisis jurídicos y criminológicos en la doctrina internacional. Lo que parecía ser un alivio en los costos, evolucionó a las ideas de un traspaso total, o sea, un desprendimiento del monopolio estatal de la potestad de imponer castigos. La ecuación podría ser enunciada como: crisis del estado + crisis de la pena = privatización.

Lo cierto es que, en el fárrago neoliberal de la compraventa de todo lo que tuviese algún resabio estatal, el tema derivó hacia los negocios rentables con los programas penitenciarios. Un periodista entusiasta de la privatizacíón carcelaria, la propiciaba con estos conceptos:

"En la Argentina el sistema carcelario oficial es muy costoso. Cada preso cuesta al Estado diariamente lo que vale un hotel de tres estrellas. No cabe ninguna duda que una empresa privada podría alojarlo mejor y darle comida también mejor por una tarifa más baja. Pero además, una institución privada, religiosa, como por ejemplo los salesianos (que se han destacado por su tarea educativa) o laica, seguramente tendría mucho más éxito en la tarea de educación para la reinserción en la sociedad que el Estado. Lo lógico sería, incluso, que se puedan acortar penas de prisión, en función del avance que se registre en la mentalidad del recluso."[18]

En Argentina, con gran sentido de oportunidad, fue sancionada el 19.06.1996, la *Ley de Ejecución de ia Pena Privativa de libertad*, que se limita a actualizar y mejorar parcialmente el sistema, y que según los analistas, no aparecía como apremiante, salvo por el art. 199, que establece que "Cuando medien fundadas razones que justifiquen la medida, el Estado podrá disponer la privatización de servicios de los establecimientos carcelarios y de ejecución de la pena, con excepción de las funciones directivas, el registro y documentación judicial del interno, el tratamiento y lo directamente referido a la custodia y la seguridad de procesados o condenados."[19] Llamativamente, las privatizaciones no surgieron a

(17) Por ejemplo, las experiencias piloto de supervisión directa individualizada, puesta en marcha recientemente en la Cárcel de Rawson, Argentina. Ver *Ambito Financiero*, Buenos Aires, 29.09.1997.

(18) Rodrigo Cambará, *La Razón*, Buenos Aires, 26.03.1994.

(19) Ver Marcos Salt, "Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad", en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 1996 B, p. 661.

posteriori, como consecuencia de una posibilidad, sino que estaban ya negociadas y en ejecución al momento de aprobación de la norma.

Se arribó así a soluciones "inmobiliarias" – licitatorias o contractuales – incorporando la cárcel al circuito económico como un centro de servicios más, susceptible de locarse, licitarse, venderse, etc. Se habilitaron – por vía reglamentaria – negocios que muchas veces contradicen la letra o el espíritu de la Constitución o las leyes y que más de una vez han despertado sospechas en cuanto a su licitud. Como en el resto de la sociedad, la negociación ha instaurado corruptelas, en los trámites de las "modernizaciones" edilicias y de sistemas y servicios de todo tipo. En este sentido, llama la atención que el presidente argentino haya dejado sin efecto una adjudicación decidida por un ministro saliente de su propio gabinete, en favor de un grupo de poderosas empresas constructoras. El contrato total alcanzaba los 540 millones de dólares y según informaciones de prensa, las irregularidades de la presurosa operación forzaron la conveniencia de cancelarla.[20]

Del mismo modo, trascienden con frecuencia disputas políticas y administrativas que no se explican por razones doctrinarias, en torno a la contratación de los servicios médicos, las compras de equipos o ambulancias, la concesión de servicios de cocina y de otros aspectos que, en dinero constante y sonante no dejan de representar montos atractivos, en especial para los intermediarios que participen silenciosamente en las distintas contrataciones. El enmascaramiento de negocios con la vestidura de "aggiornamientos" del régimen es perfecto, porque se trata, en suma, de "dar alojamiento digno" (o comida o ropa o cualquier servicio) a "nuestros pobres presos amontonados en el olvido de los institutos obsoletos" argumentos contra los que nadie osará, casi obviamente, levantarse. Lo curioso es que argumentos elementales de este tipo consiguen el apoyo de estudiosos bien capacitados, puestos en la encrucijada de no oponerse al progreso, o sea, a medidas que "benefician a los presos". Las novedades a que hice alusión, se gestaron en el marco de un plan oficial anunciado en plena campaña electoral, y luego modificado, que lleva por título Plan Quinquenal 95/99, que contempla la construcción de prisiones, la privatización de los servicios y el reentrenamiento de las fuerzas de seguridad penitenciaria.

La rápida construcción de cárceles nuevas, mediante el sistema modular, favorecía a empresas norteamericanas. El tema fue presentado como una *gran renovación penitenciaria*, acompañado de profusa publicidad oficial. Se decía que no costaría un centavo al estado, gracias a un sistema de concesiones y cesiones de tierras fiscales. Para muchos analistas, queda flotando la sospecha de que las cárceles se cierran no por reales motivos o concepciones político criminales, sino para hacer negocios con las nuevas, al compás del conocido sonsonete del progreso, como en tantos otros aspectos manipuladores de la propiedad del estado a la hora de su desguace.

Desde comienzos de esta década comenzaron a proliferar en nuestros países iniciativas privatizadoras, apoyadas, en general, en el argumento de la "insuficiencia del presupuesto estatal". Así, el gobierno de Santa Fé, Argentina,

(20) "Cárceles; anularon la licitación", *Clarín*, Buenos Aires, 16.09.1996.

inició, en 1992, contactos con empresas privadas internacionales, que ofrecían hacerse cargo de la construcción de cárceles y luego de la comida, ropa, readaptación y control médico de los reclusos. El mismo camino eligió el Senado de la Provincia de Buenos Aires, para concesionar la construcción, administración y servicios de las cárceles de la mayor provincia argentina.[21]

Diversas empresas internacionales se mostraron interesadas también en el proceso de privatización de cárceles panameñas, puesto en marcha a comienzos de 1996. Doce empresas norteamericanas, así como algunas nacionales, iniciaron la puja para hacerse cargo del "negocio". Tampoco podía escapar a la tendencia un asombroso presidio de Costa Rica, el de *San Lucas*, en realidad una isla bellísima, dentro de la cual los presos vagabundeaban en libertad, que fue cerrada tras 117 años de existencia, en julio de 1991. La crónica se ocupó de subrayar el pase de la isla a la Municipalidad de Puntarenas, que se proponía licitar su arrendamiento para la construcción de un moderno centro turístico. Grupos internacionales ya habían manifestado su interés en invertir en el antiguo presidio.[22]

Otro caso interesante es el de la Cárcel de Punta Carretas, en Montevideo, transformada en un enorme "shopping center", en cuyos pabellones se encierra ahora a los consumidores con la última moda y otras popuestas de consumo, en una feliz alegoría de los tiempos presentes.

Lógicamente, el tema abarca también la venta de nuevas tecnologías de control, como las pulseras de seguimiento de presos en libertad condicional o transitoria. Los vendedores del producto lo propagandean, afirmando que el control electrónico de presos "baja los costos". En algunos de estos modelos, debe instalarse un receptor en la casa del cliente, mientras que a éste se le coloca una pulsera con transmisor en la muñeca o el tobillo, equipada con alarma contra manipulaciones, si es que la pulsera no es irrompible. El receptor graba las señales provenientes del transmisor, en un área de 45 metros a la redonda. Si el custodiado se alejase de ese radio, una computadora central daría la alarma al servicio de vigilancia. El monitoreo electrónico se aplica profusamente en Estados Unidos, en 20 estados y también en Canadá.[23]

En marzo de 1997, el Gobernador de Buenos Aires, Eduardo Duhalde anunció la adopción del sistema de pulseras, que comenzó a ser aplicado como experiencia piloto. También se van imponiendo en el "mercado" sistemas de control que detectan el consumo de alcohol o drogas por parte del sujeto controlado, así como también sistemas electrónicos de monitoreo interno y de operación de compuertas en pabellones, dentro de los establecimientos penales.

La paradoja de la modernización inmobiliaria, mercantil y técnológica de la cárcel, resulta de que el sistema permanece idéntico, pese a las ganancias que

(21) *Clarín*, Buenos Aires, 26.01.1992, 15.10.1994, 19.03.1995, *Página 12*, Buenos Aires, 28.11.1992.

(22) *La Nación*, San José, 21 y 24 de julio de 1991.

(23) "Vigilancia electrónica: los hogares se transforman en prisiones", en *Revista Doctrina y Acción Postpenitenciaria* 3, 1988, p. 47.

brinda y sus aparentes alivios a las arcas estatales. Es válido pensar que los empresarios carceleros estarán mucho más interesados en la rentabilidad de su negocio que en cualquier otra consideración referida a los presos. Por otro lado, es bien posible que nuestros gobiernos, tras desentenderse de los presos no hagan honor a los controles y supervisiones que teóricamente conservarán en los contratos. Por su parte, las instancias de control, especialmente los servicios penitenciarios, sufren el impacto de este proceso, al compás de sus bajos salarios y la sensación creciente del fracaso de su tarea, próximos al despido por "venta de la empresa", y se incrementan los procesos de corrupción interna, debilitando los marcos de la disciplina. Con menos recursos, deben administrar una ilusión, cada vez menos sustentable en idealismos y espíritus de cuerpo, ante la marcha de los tiempos. Un reflejo de ello es el incremento de tráficos comerciales entre presos y custodios, cuyas mercaderías dilectas, aunque no únicas, son la venta de armas y drogas, que, en casos como el de Sabaneta, en Venezuela, llegaron a tales extremos, que tras el motín se secuestraron a los presos fusiles de guerra automáticos.

En cuanto a las curiosas cárceles privadas finiseculares, interesadas en las formas y no en la sustancia que albergan, no puedo ocultar mi temor de que terminen conduciendo a una realidad penitenciaria más costosa e inepta que la que nuestros países están padeciendo. Cuando los negocios privados pierdan rentabilidad, nuestros estados recibirán en devolución edificios ya obsoletos, repletos, deficitarios e incontrolables, o sea, lo mismo que delegó por algún tiempo a quienes, seguramente, no habrán perdido plata con la experiencia. Tras el escape del avestruz estatal de aquello que creó y luego no pudo manejar, se volverá al punto de partida o a situaciones peores. *La privatización habrá servido así, para mantener viva la idea de la utilidad del castigo durante algunas décadas*. Seguramente la responsabilidad moral por los fracasos futuros no atormentará a los empresarios internacionales, cuando retornen a sus países con la ganancia acumulada gracias a nuestros delincuentes – mercancía.

No cabe duda que este tema es digno de un estudio criminológico comparado que supere el espacio conocido, y trace un balance documental de estos experimentos "renovadores" que parecen ser una lisa y llana abdicación del deber estatal de controlar el sistema de penas; privatizándolo, se crea un negocio a perpetuidad, que exige, para su rentabilidad, que el estado – ahora meramente declarativo – le siga proveyendo a las empresas custodiales la materia prima "preso", en cantidades suficientes para justificar la vigencia de sus contratos y concesiones.

En este sentido, Bueno Castellote ha señalado la paradoja del sistema estadounidense, donde existen unas diez compañías de ejecución privada de penas, que llevaron a la conclusión oficial de que la construcción privada de cárceles era una buena solución por la reducción de costos y la contribución al sentimiento de seguridad social. Ello desató una suerte de epidemia de construcción de cárceles y de encierro de procesados, hasta llegar a los promedios más altos del mundo, en un sistema cuya irracionalidad y desproporción se mide, no sólo por las cantidades de presos y cárceles, sino también por algunos patrones para el cálculo de costos; por ejemplo, estimar la media de delitos que puede llegar a cometer cada *sospechoso* en un año, y calcular luego el ahorro que significa mantener la mayor cantidad de estos sospechosos presos durante el

mayor tiempo posible. En otras palabras, cuantos más sujetos inconvenientes estén encerrados, más pérdidas se ahorraría el estado. Este autor, ha constatado, sugestivamente, que hay cárceles privadas de Estados Unidos que se tornaron, a poco andar, más costosas que la ejecución penal pública previa.[24]

4. Objetivos para la criminología en el campo carcelario

La más grave y persistente característica de los sistemas penales es su capacidad de reproducción. Hay siempre un punto de partida, que es la inauguración de una cárcel nueva, entusiastamente festejada por las autoridades y la prensa. A la luz de los ladrillos relucientes, las celdas limpias, los sanitarios recién estrenados y los flamantes dispositivos de la cocina, la tentación al aplauso es irresistible. Toda crítica suena a incomprensión del progreso, tozuda negatividad o animadversión hacia los servicios penales. Unos pocos años más tarde, ya nada luce nuevo y el deterioro avanza sobre instalaciones y personas. En algún momento, se habrá hecho la primera excepción, admitiéndose "transitoriamente" más internos de los que el edificio puede contener, hasta la irrupción del primer motín.

En favor de los servicios penitenciarios cabe acotar que no son responsables ni pueden regular la población que se les remite, en ocasiones aluvional, a resultas de coyunturas políticas represivas, a su vez indiferentes a los problemas que generan.

Esta fue, es y será, la historia circular de los establecimientos penales en nuestros países. La lógica del castigo y sus estructuras logran, cada tanto, legitimar sus funciones con algún día de gloria, mas luego, todo vuelve por los fatales caminos de siempre. Jamás la evolución de una cárcel puede ser estudiada en el corto plazo, durante el jolgorio de las buenas intenciones, sino en períodos razonables, de por lo menos cinco años, cuando pueda trazarse un balance que – temo – será siempre idéntico a sí mismo: lo que se quiso no se pudo, y lo que es realidad tangible será una nueva versión del deterioro tradicional.

En las gacetillas de prensa sobre motines devastadores que he consultado, de casi todos los países latinoamericanos, se repite un cuadro idéntico: la autoridad anunciando, con gran circunstancia, la construcción de un nuevo establecimiento de reemplazo, donde "no se producirán los luctuosos acontecimientos pesados". Mas, fatalmente, los motines y su secuela de muertes vuelven a producirse, como demostré antes.

Es evidente, entonces, que *las grandes cárceles se autorreproducen aún partiendo de condiciones favorables, como parte del fatalismo de insustituibilidad del castigo, que está crudamente desautorizada por todos los indicadores de la realidad.* Se puede seguir construyendo cárceles hasta el infinito, como en Estados Unidos, y nada habrá mejorado en la sociedad, salvo el invento artificial de puestos de trabajo burocráticos y sin sentido, como la custodia de seres humanos a semejanza de los ejemplares de un zoológico.

(24) José María Bueno Castellote, "Cárceles privadas, delincuentes públicos", en *Revista Doctrina y Acción Postpenitenciaria* 6, Buenos Aires, 1990, p. 63.

Los criminólogos que se sientan capaces de producir resultados positivos con la labor carcelaria institucional, no pueden llamarse a engaño: sus iniciativas más interesantes dependerán siempre de factores del sistema, fuera de su lógica y control, como la política, la seguridad y los aparatos de poder institucionales. Seguramente no alcanzarán progresos mayores que el del buen samaritano que con su prédica logre, tras incontables horas de servicio, ganarse la confianza de alguna oveja descarriada. La buena disposición de los presos es, por otra parte, fingida en la mayoría de los casos, tanto como la disciplina autocontrolada de los guardias mientras estén siendo observados. La filantropía carcelaria es parte de la ficción de la armonía ente el espíritu y la carne que aparentam ser, en los días calmos, los establecimientos totales punitivos. La lógica intrínseca del sistema triunfará una y otra vez por sobre las mejores intenciones, muchas veces al compás de los vaivenes de políticos o de los ministros y funcionarios que se suceden, criticándose entre sí. *Todo ello no significa que no sea legítimo creer en la honestidad de una contribución humanitaria generosa o en la necesidad de ganarse la vida mediante un trabajo legítimamente obtenido.* Los límites pasan por complejas decisiones personales de quienes se aproximam a trabajar en o por la cárcel, como en cualquier otro segmento del sistema penal. Sabemos que hay quienes, como Albert Schweitzer, se dignificaron marchándose al medio de la selva con su música y su ciencia. Lo que está casi garantizado, más allá de las circunstancias, es la frustración posterior, simplemente porque ninguna voluntad individual o de un pequeño equipo de trabajo podrá con el poder estructural de una institución que amenaza con llegar a milenaria, reafirmándose tras cada masacre, del mismo modo que la pobreza y la ignorancia de los pueblos africanos, tras la muerte del casi olvidado Premio Nóbel blanco.

En cuanto a la investigación, la experiencia histórica y lo que he expuesto sobre el objeto de la criminología, indican que es posible el trabajo intramuros, más allá del mero acopio de información, o los voluntariados de ayuda a presos, desde dos enfoques: el etiológico, para analizar conductas, situaciones o hechos problemáticos que – además – estén definidos como delictivos en la legislación, a los estudios críticos, que difícilmente contarán con auspicios o simpatías institucionales. Una organización militarizada reconoce sólo la colaboración obediente, no las críticas ni las propuestas que debilitem la disciplina vertical de comando; los funcionarios criminólogos al servicio profesional de la cárcel que intenten los abordajes críticos, tendrán que revivir la experiencia del soldado que pretenda discutir una orden en combate.

Dijimos también que los estudios realizados en penales pueden ser fundamentalmente empíricos, para relevar la operatividad real del sistema, o fundamentalmente teóricos, para delimitar las relaciones entre el sistema penal y la estructura social.

En las últimas décadas, la ejecución penal en América Latina ha experimentado importantes cambios, que están ligados a la realidad social externa. El más notable de esos cambios es, seguramente, el crecimiento acelerado del número de internas mujeres, que asumen roles ejecutivos y directivos en la actividad delictiva organizada, en especial la ligada al narcotráfico. La edad de los presos varones desciende constantemente, la vida interna no cesa de complicarse por la presencia del HIV, y la procedencia social se multiplica, como consecuencia de los

grandes procesos de corrupción de los aparatos estatales. Ahora puede ser frecuente la presencia de ex-funcionarios públicos, políticos, personajes famosos, "empresarios" de la prostitución o la droga o agentes de seguridad de todas las reparticiones. Ello dá lugar a lo que ha dado en llamarse "pabellones VIP", en los que se lleva un sistema de vida separado del conjunto de la población, con diversas prerrogativas de confort y visitas, que los tornan un apetecible bocado para la corrupción penitenciaria, de la que suelen ser buenos clientes. El tráfico de drogas también ha tornado multinacionales y multiétnicas las poblaciones penitenciarias de la mayoría de los establecimientos latinoamericanos. Por último, el deterioro social no podía sino reflejarse en la vida interior de la cárcel. Los presos de pocos recursos llegan física y psíquicamente deteriorados y en contadas ocasiones sus familias pueden proveerles de alimentos y ropas, que resultan imprescindibles para cubrir las carencias de la dieta y el aprovisionamiento internos, cada vez más magros.

El abandono por el Estado de sus deberes sociales comienza por las cárceles, cuyos presupuestos e insumos menguan, reduciendo los salarios del personal a límites penosos, abonando el camino para toda clase de irregularidades. Mientras tanto, nuestras sociedades se tornan cada vez más inseguras y violentas, predisponiéndolas pasivamente a los discursos e ideologías represivos, que implican consenso tácito a la violación de los derechos humanos y a la represión sangrienta de desbordes por tropas de asalto, tipo comando. Tras los graves motines en Argentina durante 1996, el Ministro de Justicia aludió a los internos amotinados, diciendo "Yo no dialogo con esa gente", a las que calificó de "fieras humanas" y "bestias", mientras que el propio Presidente de la República los identificó como "Escoria humana", expresando así el profundo sentimento de odio social de las clases con poder hacia los lúmpenes y marginales, olvidando que la mayoría de estos casos son resultado de décadas de tratamiento penitenciario "resocializador."[25]

La miseria y la degradación de la cárcel satisfacen la importante demanda vindicativa de los sectores sociales altos y medios, amenazados en su intimidad y sus bienes por lo que vivencian como *hordas subhumanas de la delincuencia.* Nada más gratificante para esos sentimientos, que el aplastamiento brutal de los indeseables, casi como resultado de la propia "lógica social" hegemónica.

Las *funciones no declaradas* de la prisión han sido debidamente estudiadas y criticadas, pero su realidad no ha desaparecido, pueden mutar constantemente, y representan, sin duda, un aspecto de análisis irrenunciable para todos los criminólogos.

Hace ya quince años, el malogrado Emiro Sandoval Huertas razonaba que, si las penas no han conseguido cumplir con sus funciones declaradas (resocializar, reeducar, mejorar, etc.), la idea punitiva debería haber sido abandonada y sustituída hace tiempo por medidas que podrían servir mejor a ese propósito. Por el contrario, no sólo se la mantiene, sino que se la incrementa cada vez más, circunstancia merecedora de una explicación, que él encontraba en el eficaz desarrollo de las funciones no declaradas. Según su análisis, tales objetivos no

(25) *Clarín*, Buenos Aires, 26.05.1996.

declarados o latentes eran, entre otros, la función vindicativa, de cobertura ideológica, de reproducción de la criminalidad, de coadyuvancia al mercado libre de trabajo, de mantenimiento del *status quo*, de control sobre las clases dominadas y de control de opositores políticos[26].

Es posible que, en el tiempo transcurrido, muchas de estas funciones hayan cambiado o se hayan multiplicado, pero se trata, seguramente, de un campo de investigación de relevante importancia criminológica.

5. Resumen y cuadro de situación

La cárcel sobre el fin del siglo no hace sino ahondar su crisis intrínseca, en cuanto a fines y materializaciones. Ello no pretende negar la capacidad y la honestidad de muchos funcionarios penales, que arriesgan su vida diariamente en el único servicio de conflicto permanente y cara a cara, de todo el sistema penal. Más su convicción y buena voluntad no puede justificar el estado de cosas alcanzado por las prisiones, que exige acuciantemente ideas político-criminales claras, modernas y flexibles, que atiendan a las conclusiones de la mejor doctrina y sobre todo, a criterios realistas de control que respeten la realidad social y los derechos humanos. Es preciso que tales programas sean sometidos a la participación ciudadana mediante mecanismos de discusión, decisión y control. Nuestras sociedades tienen derecho a opinar sobre el sistema penal que desean, y a escuchar a quienes lo han sufrido. Por el contrario, las soluciones providenciares, inconsultas o intencionadas se suceden, ofreciendo constantemente la agotada novedad de la construcción de nuevos edificios, *sin que ninguna sustancia esencial cambie*, salvo en el sentido de los negocios de mercado. Las leyes y proyectos de leyes más modernos conservan, como en la Argentina, el principio de la resocialización, ya insostenible. La legislación internacional participa del torneo de vacuidades declarativas y simbólicas, como por ejemplo la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cuando afirma que la finalidad esencial de las penas privativas de libertad será la reforma y readaptación social de los condenados, o el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que sostiene lo mismo, o las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de libertad*, cuando indica que "Las Reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas sociales y culturales de cada país, como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal", que equivaldrá, en la práctica, a la arbitrariedad más variopinta.

Muy lejos de los buenos deseos del siglo XX, parece acuciante transformar en delitos de lesa humanidad las grandes arbitrariedades de nuestros sistemas penales, y forzar la firma de tratados que permitan inspecciones y auditorías multinacionales con autoridad decisoria. También es preciso que la conducción de las gestiones carcelarias dependa exclusivamente de ministerios políticos, y sea compartida por un colectivo donde estén representadas distintas fuerzas sociales y los propios

[26] *Penología, parte especial.* Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 247 ss.

presos. De lo contrario, el orden jurídico seguirá teniendo, también en este campo, funciones simbólicas. Como ya dijimos, en el esoterismo de los discursos oficiales se refuerza la idea del *valor abstracto de las instituciones*, con prescindencia de su orientación y contralor democrático. Las fuerzas del control son, así, una especie de cuenta corriente bancaria de donde se sacan y ponen valores, sin alterar el número ni el nombre del titular.

La tarea que debe asumir la criminología en el espacio de las penas y las cárceles en el siglo venidero no ha concluído, pese a la descomunal tarea teórica y de compromiso práctico que desarrolló en este siglo, desde distintos enfoques y paradigmas. A mi entender, los objetivos más importantes a conseguir, pasan por estos pocos puntos esenciales:

* Neutralizar la ejecución penal subordinada al poder político y sus razones administrativas, imponiendo el control ciudadano sobre la faz penal.

* La filosofía carcelaria ha sido estructurada para ser incompatible con los más mínimos idearios democráticos, participativos y deliberativos. Un objetivo es, entonces, el de forzar, mediante controles externos, la posibilidad de ampliación y ejercicio de los derechos de los presos, mediante un sistema de participación en las decisiones, en todo cuanto se refiera a sus propios intereses grupales. En las reuniones de conducción de los institutos, deben estar presentes los representantes elegidos por los presos, para transmitir inquietudes, y poder votar en algunas tomas de decisión predeterminadas.

* Reducir el producto penitenciario: más soluciones alternativos e imposición del máximo legal de cupos de detención en toda clase de establecimientos. Por fuera de los cupos, los nuevos internos deberán obtener permisos especiales inmediatos de libertad vigilada.

* No construcción de nuevas cárceles que superen un cupo máximo de 50 a 100 personas.

* Tomar en cuenta la opinión de los presos en la configuración de su vida cotidiana, ampliando sus espacios democráticos, de participación y retituyéndoles la dignidad de seres con pensamiento y convicciones propias.

Es posible que por estos caminos logremos hacer del monstruo un animal doméstico, en la dura marcha hacia el todavía lejano objetivo de su superación.

7

CASO DO CARANDIRU: UM ESTUDO SOCIOJURÍDICO
(1.ª PARTE)

CESAR CALDEIRA[1]

"A época pós-moderna se caracteriza pela coexistência contraditória do retorno ao medo – que impõe o sacrifício –, e a percepção da infinita multiplicidade da experiência, que postula a rejeição à renúncia".

André-Jean Arnaud[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Descrição dos fatos que ocorreram no Pavilhão 9 da Casa de Detenção do Carandiru, São Paulo: dinâmica do conflito – 3. Contexto político: 3.1 Situação nacional; 3.2 Situação local – 4. Encaminhamentos e providências: uma perspectiva histórica – 5. O judiciário como arena de resolução de conflitos: 5.1 Responsabilidade penal: a trajetória inacabada.

Resumo: Um conflito entre os detentos do Pavilhão 9, da Casa de Detenção do Carandiru, no dia 02 de outubro de 1992, foi reprimido violentamente com a invasão da Polícia Militar paulista. Cento e onze presos foram encontrados mortos após o episódio, que é considerado o

(1) Este trabalho foi criticamente avaliado pela professora Maria Celina Bodin de Moraes, da PUC-RJ e da UERJ, pela procuradora Cláudia Simardi, da Assistência Judiciária da PGE/SP e pelo professor André Fontes da UNI-RIO, que generosamente fizeram inúmeros comentários e sugestões para aperfeiçoar o texto original. Agradeço às sugestões da professora Patrícia Serra, com quem venho discutindo, e principalmente aprendendo, sobre responsabilidade civil nos últimos anos. Agradeço ainda a colaboração de Túlio Kahn (ILANUD), de Margarida, assessora do deputado estadual Elói Pietá (PT-SP) e de Beatriz Affonso, assistente do professor Paulo Sérgio Pinheiro (NEV-USP) que colaboraram com informações e materiais para este estudo. A análise e avaliação do presente estudo é de responsabilidade exclusiva do Autor.

(2) "Aqueles que pensam os fundamentos do Direito, cada um em seu campo de especialidade são hoje muitos a se esforçar para ter em conta esta contradição em suas investigações. Com a esperança – não a certeza, pois o pesquisador é antes de tudo um cético – de superá-la, ao menos parcialmente, para melhorar as condições de vida no seio da sociedade". ARNAUD, Jean-André. Repensar um direito para a época pós-moderna, in *O Direito traído pela filosofia*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 248.

maior massacre da história penitenciária do Brasil. O presente trabalho aborda este conflito violento sob o ponto de vista da trajetória de suas repercussões institucionais. Usando a teoria da estruturação procura-se verificar em que medida as próprias instituições destinadas à resolução de conflitos (por exemplo, a Justiça Militar) foram questionadas e modificadas por atores sociais. Ao voltar-se para o tratamento jurídico do conflito, o trabalho examina as estratégias protelatórias usadas na Justiça Penal para evitar decisões, e concomitantemente, gerar a impunidade dos acusados. Por fim, ao examinar as ações de reparação de danos movidas pelas famílias das vítimas fatais da invasão do Carandiru, o trabalho questiona os critérios criados e aplicados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para os pedidos de danos materiais, morais e despesas de funerais. Tais critérios resultam no não-acolhimento de pedidos ou indenizações baixas, apesar da condenação do Estado em termos de responsabilidade civil. Em suma, neste ponto, o trabalho indaga quais são os valores sociais que são afirmados como justos neste processo de decisão judicial.

Palavra-chave: Casa de detenção – Carandiru – Violência policial – Conflitos sociais – Direitos humanos – Situação carcenária.

1. Introdução

A rebelião dos presidiários do Pavilhão 9, da Casa de Detenção, no Carandiru, São Paulo, no dia 02 de outubro de 1992, reprimida pela invasão das tropas da Polícia Militar, resultou na maior chacina da história das penitenciárias brasileiras: a morte de 111 detentos. Este estudo sociojurídico tenta reconstruir a história do conflito na prisão, e dos encaminhamentos institucionais adotados pelos atores sociais para resolver as questões que daí emergiram.

Adotando uma perspectiva teórica interacionista, centrada na dinâmica da resolução de conflitos, o trabalho pretende analisar as cinco principais vias usadas institucionalmente: a administrativa (inquéritos), a político-legislativa (Comissão Parlamentar de Inquérito), a jurídico-internacional (petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos), a judicial penal (responsabilidade penal) e a judicial civil (responsabilidade civil do Estado).

O caso Carandiru é visto, em primeiro lugar, como um acontecimento que desvenda os impasses de um processo de institucionalização democrática inconcluso. A efetividade do Estado Democrático de Direito depende, em parte, do grau de controle judicial sobre a atividade pública e da possibilidade de se responsabilizar o Estado pelos danos injustos causados por seus agentes a terceiros e pelos crimes por eles eventualmente praticados. Evidencia-se ao longo desse estudo os persistentes obstáculos postos, e recriados, para se submeter o aparelho repressivo do Estado – a Polícia Militar, e mais particularmente seus oficiais – à supremacia da Constituição que afirma direitos e garantias fundamentais, e ao império da lei que para ser democrática deve ser igualmente aplicada a todos. Mais dramático, contudo, é que o episódio do Pavilhão 9 diz respeito a violações do mais básico entre os direitos individuais: o direito à vida cuja supressão não tem gerado sanções adequadas aos seus infratores. Aqui o tema é a história de como alguns cometem ilícitos e porque ficam impunes ou não são responsabilizados.

Mas, em segundo lugar, o caso Carandiru é também a história daqueles atores sociais que, indignados com a injustiça institucionalizada, usam de recursos jurídico-políticos para combater a odiosa seletividade das práticas estatais. São

legisladores que tentam mudar a competência da Justiça Militar para processar e julgar policiais militares. São parlamentares que envidam esforços para conduzir Comissões Parlamentares de Inquérito que elucidem os fatos controvertidos do conflito. São organizações de direitos humanos que peticionam perante as organizações internacionais para responsabilizar o Estado face a suas obrigações em termos de direitos fundamentais. São setores da imprensa que investigam sistematicamente os fatos e os apresentam como notícia e denúncia. São procuradores do Estado que atuam, por exemplo, na assistência judiciária gratuita para obter alguma reparação de danos às famílias das vítimas. São também promotores de justiça, juízes e desembargadores que em suas respectivas ações judiciais, sentenças e acórdãos tentam construir respostas institucionais às questões postas que sejam legítimas e justas. Todos esses combativos atores sociais participam de um processo em que está em disputa a eventual construção, e efetivação, de uma ordem institucional baseada no valor da dignidade humana no Brasil. Esta trajetória de conflitos, lides e decisões tomadas ou ainda esperadas é o que, em suma, se apresenta neste estudo sociojurídico sobre o caso Carandiru.

Conflitos[3] têm história e dinâmica próprias, e suas repercussões no contexto social são fatores deflagradores de possíveis mudanças significativas. Enquanto forma de interação social, um conflito – por exemplo, uma rebelião numa penitenciária – pode ter impacto político, institucional, sociocultural de âmbito local, nacional e internacional. No entanto, quando o conflito originário é encaminhado através das instituições sociais sua própria história é seletivamente redefinida e a dinâmica da resolução da luta é controlada por princípios e regras.

As normas jurídicas oferecem ou impõem obstáculos para conter os conflitos sociais. Dá-se, dessa maneira, um tratamento jurídico ao conflito de interesses antagônicos entre as partes.[4] O objetivo não é extinguir o conflito social, o qual é reconhecidamente inerente, permanente e inevitável na interação social. O que o Direito faz é apoderar-se do conflito e impor-lhe um tratamento possível, mantendo-o sob seu controle. Assim, o que era conflito social passa a ser, quando processado pelo Judiciário, uma *lide*.[5] A violação da integridade física e moral de

(3) Conflito pode ser definido como "uma luta por valores e reivindicações de *status*, poder e recursos escassos, em que o objetivo dos oponentes consiste em neutralizar, lesionar ou eliminar rivais". Cf. COSER, L. A. *The functions os social conflicts*, Glencoe, Ill. Free Press, 1965, p. 8.

(4) Ferrari refere-se à função de "tratamento de conflitos declarados" exercida pelo Direito. Cf. FERRARI, Vicenzo. *Funciones del Derecho*. Madrid : Editorial Debate, 1989, p. 114-115.

(5) Aqui entendida como um especial tipo de conflito, ou seja, um conflito qualificado. Neste sentido tem-se o conceito formulado por Francesco Carnelutti: "é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida". Mas numa visão mais ampla da matéria, *lide* deriva do latim, *lis, litis*. O vocábulo significa luta, contenda, questão. "Na terminologia jurídica, designa a *demanda* ou *questão forense*, ou *judiciária*, em que as partes contendoras procuram *mostrar* e *provar* a verdade ou a razão de seu direito". SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1987, Vol. III, p. 89.

um detento, lesada pela violência policial, pode ser, por exemplo, conduzida à apreciação judicial pela via criminal ou pela via cível. Ao examinar o caso, do ponto de vista penal, o juiz poderá constatar que a agressão policial produziu lesões corporais leves, ou graves à vítima, ou até constatar que ocasionou sua morte. Baseado em princípios e regras jurídicas, o magistrado processará a ação penal e eventualmente decidirá se, no caso apresentado, efetivou-se uma ação típica e ilícita (crime). A lesão à integridade física ou moral do presidiário pode, por outro lado, motivar uma ação de indenização de danos materiais e/ou morais. O juiz, na via cível, julgará se a vítima sofreu efetivo dano físico ou moral, se há um nexo causal entre o evento danoso e a ação policial (responsabilidade civil do Estado). O Estado poderá ser condenado a ressarcir os danos patrimoniais e morais devido à lesão causada à vítima por ação ou omissão de seu agente. Se o policial tiver agido com dolo ou culpa, o Estado será ressarcido da indenização paga à vítima através de uma ação regressiva movida contra o agente policial.[6]

Da luta entre policiais e presidiários numa rebelião em presídio até a *lide* judicial, encaminhada para a Justiça Penal ou Cível, há um longo *processo* de reformulação dos termos do conflito.[7] O significado da rebelião reprimida violentamente pelos policiais pode ser muito variado para os segmentos da sociedade, o que repercutirá mais ou menos no campo sociopolítico. A sociologia jurídica pode ajudar a desvendar as interpretações dos atores sociais sobre a interação conflitiva e a conexão existente entre a rebelião na penitenciária e mudanças, como as que podem ocorrer na política penitenciária, nas disputas eleitorais, nas atividades desenvolvidas por organizações de direitos humanos. Mas a gravidade e intensidade da crise expressa no conflito dentro da penitenciária não deixará de influenciar a percepção dos magistrados e suas decisões judiciais. A percepção de que o resultado do conflito na penitenciária foi um *massacre* efetuado por policiais pode suscitar nos magistrados apreciações éticas. Nessas circunstâncias o juiz pode se socorrer aos chamados *juízos de eqüidade*[8] para que a aplicação pura e simples da lei não redunde numa decisão judicial socialmente injusta.

Nos estudos sociojurídicos as dimensões sociais e institucionais dos conflitos podem ser reconhecidas e integradas. Por exemplo: as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, nas ações indenizatórias movidas pelas famílias dos presidiá-

(6) No campo da responsabilidade civil do Estado, cabe regresso contra o funcionário causador do dano ressarcido, na ocorrência de dolo ou culpa, de acordo com o previsto no art. 37, § 6.º da Constituição de 1988: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

(7) FERRARI, Vicenzo. Op. supra cit. p. 171-173.

(8) O juízo de eqüidade a que se refere o texto é o de justiça no caso concreto, em sentido estrito. Ou seja, é a chamada "eqüidade-interpretação", e não aquela prevista no art. 127 do CPC, chamada de "eqüidade-criação", em que o juiz age como se fosse legislador. Por exemplo, a fixação do *quantum* dos alimentos por delegação legal pelo fato de proposital omissão em razão das peculiaridades dos casos.

rios vitimados pela atuação policial na Casa de Detenção, no Carandiru; podem ser vistas sob duas perspectivas analíticas complementares. Na primeira, como um aspecto da atuação da Administração da Justiça no plano sociopolítico. Na segunda, como uma análise jurídica do conteúdo das decisões judiciais propriamente ditas.

A proposta analítica do presente estudo é justificada, primeiramente, porque se quer reconstituir através do estudo do "caso Carandiru" uma parte do debate político-social sobre o papel do Judiciário, em especial da Justiça Militar bem como as perspectivas futuras de sua reforma. Segundo, porque se quer verificar, através de uma pesquisa sistemática, em que medida as ações judiciais de reparação de danos poderão, no futuro, tornar-se uma área significativa da atuação de entidades de defesa de direitos humanos no Brasil. Ou seja, o presente estudo se volta a um importante conflito recente para, reconstituindo sua história e dinâmica contextual, realizar uma análise sociojurídica que descortine possibilidades de mudanças institucionais e de novas intervenções sociais na defesa de direitos fundamentais.

2. Descrição dos fatos que ocorreram no Pavilhão 9 da Casa de Detenção do Carandiru, São Paulo:[9] dinâmica do conflito

"Para tentar compreender o que aconteceu, é preciso não anestesiar a surpresa, não ocultar a complexidade, prosseguir interrogando o enigma".
Edgar Morin

A prisão oferece uma arena privilegiada para o estudo do fenômeno da *internormatividade*,[10] no qual se entrelaçam e se confrontam duas categorias de normas: as que pertencem ao sistema jurídico estatal e a "ordem pelo avesso,"[11]

(9) Os autos do processo sobre as 111 mortes de detentos no Presídio do Carandiru foram concluídos em 1997. São 38 volumes que contém mais de 800 depoimentos e mais de cem laudos periciais. Esta descrição dos fatos é baseada, principalmente, em: "Testemunhos de um massacre", série especial de artigos do jornalista Ricardo Stefanelli, *Zero Hora*, Porto Alegre, 18 – 22.01.1998. Foram usados também os livros seguintes: MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo.* São Paulo : Cortez, 1993; PIETÁ, Elói e PEREIRA, Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*, São Paulo : Scritta, 1993.

(10) Sobre a internormatividade, ler: ARNAUD, André-Jean e FARIÑAS DULCE, Maria. *Introduction l'analyse sociologique des systemes juridiques.* Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 152-154.

(11) Para um estudo sobre a Casa de Detenção, no Carandiru, a partir da perspectiva dos presos, ler: RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime: a ordem pelo avesso*, Rio de Janeiro : Edições Graal, 1979.

criada pelas normas das relações entre prisioneiros, e os prisioneiros e os agentes da carceragem. As rotinas do convívio carcerário e os conflitos entre os presos são em, geral, ordenados pelas *leis da massa.*[12] Este conjunto normativo do "mundo do crime" habitualmente é tolerado pelas autoridades no presídio, que administram as tensões entre as *leis da massa* e as normas estatais. Os problemas surgem quando as possibilidades de resolução de conflitos exigem que uma normatividade seja efetivamente imposta em detrimento, ou com o afastamento, da outra ordem normativa. A dinâmica dos conflitos entre os atores, no caso do Carandiru, ilustra estas tensões e problemas.

Na manhã do dia 02 de outubro de 1992, havia um jogo de futebol entre presidiários, a turma da alimentação contra os encarregados da faxina. A peleja corria ordeiramente, sob as ordens de um juiz manco que comandava o grupo com assobios.

Próximo do término do jogo, ocorreu uma disputa por espaço para pendurar roupa num varal entre dois detentos no segundo pavimento do Pavilhão 9. Eram 13h30. Antônio Luiz do Nascimento, conhecido como Barba, pernambucano, condenado a 21 anos e quatro meses por latrocínio, líder de um grupo de presidiários com ramificações nas quadrilhas da zona oeste da cidade de São Paulo, pendurava sua roupa no varal. É provocado por Luiz Tavares de Azevedo, conhecido por Coelho, também pernambucano, condenado a onze anos e cinco meses por assalto a banco, e líder de um bando originário da zona leste da cidade. O provocador avança para o varal, é repudiado verbalmente e atingido por um soco. No contra-ataque, Coelho usa o pau que escora a corda do varal e atinge Barba na cabeça. Do ferimento jorra sangue. Os guardas penitenciários socorrem Barba, que é levado, desmaiado, para o Pavilhão 4, onde fica a enfermaria. Coelho é agredido por três guardas penitenciários à vista de outros detentos e levado embora. O portão da escada que leva ao segundo pavimento é trancado pelos guardas. Os presidiários reagem, quebram a fechadura, iniciam um tumulto.

Os presos ficam mais irrequietos no Pavilhão 9. Um amigo de Barba, que considera a agressão covarde, desafia um comparsa de Coelho para brigar. Um agente penitenciário tenta apartar a luta, mas é pego pela camisa e ameaçado por outros detentos presentes que querem que a rixa continue. O sentinela Leal vê o agente no meio do grupo. Imediatamente, o vigia corre pela muralha, mira o fuzil e ordena que soltem o carcereiro, sob pena de levarem tiros. A confusão cresce com presos correndo. Há brigas entre os detentos, que antes jogavam bola ou torciam no campo de futebol. Um outro agente penitenciário grita para que se acione o alarme. O alarme soa. Pelo telefone direto instalado na guarita, o PM Leal se

(12) Os presos têm um conjunto próprio de regras que têm vigência e aplicação entre eles. As regras da cadeia são efetivamente aplicadas pelo poder exercido por uns presidiários sobre outros. Na *massa* de criminosos cada um é "juiz de sua própria causa", e a ninguém é atribuído arbitrar as questões de outros. Estas são as *leis da massa*, na expressão dos detentos. Cf. RAMALHO. op. supra cit. p. 41.

comunica com o Batalhão da Guarda alertando que há rebelião no Pavilhão 9. São 13h50. Três dezenas de carcereiros tentam, sem sucesso, conter as brigas entre os presidiários. Os presos destroem o local, carregam cadeados e correntes e se trancam no Pavilhão 9. É impossível a fuga dos detentos. Não há reféns. Não há qualquer reivindicação por parte dos presos. O espaço é controlado pelos presos para um acerto de contas entre eles, conforme as *leis da massa*. A luta continua lá dentro e há fogo no Pavilhão. Os bombeiros são chamados.

O agente penitenciário Aparecido Flora da Silva avisa ao diretor do Presídio, José Ismael Pedrosa que os presidiários "não suportaram" a guarda – o que na gíria penitenciária significa que a guarda foi rendida pelos presos. São 14 horas. A notícia transmitida não descrevia mais os fatos atuais: os carcereiros haviam fugido no meio da confusão.

O Pavilhão 9 estava sob controle dos detentos. Na gíria dos presidiários, "a casa virou".

O coronel Ubiratan Guimarães, comandante do Policiamento Metropolitano, toma conhecimento do tumulto na penitenciária por meio do rádio do Comando de Policiamento (Copom). Dirige-se ao local e apresenta-se ao diretor do Presídio.[13] Informado da situação, telefona para o chefe do Estado-Maior do Comando do Policiamento de Choque de São Paulo, tenente-coronel Luiz Nakarada e pede envio de reforço para o presídio. São 14h51. O diretor da Casa de Detenção sabe apenas que há depredação do prédio, barricadas, lutas generalizadas. Ouve-se muito barulho. Avalia-se que a situação é grave. O assessor de Assuntos Penitenciários do Governo Fleury, já presente na sala da Administração, sugere que o diretor passe o comando da situação para o coronel Ubiratan Guimarães. Um telefonema é dado para o secretário Estadual de Segurança Pública, Pedro Franco de Campos, que por sua vez se comunica com o governador Antônio Luiz Fleury Filho. Assim se oficializava a passagem do comando da situação para a Polícia Militar. A avaliação sobre a necessidade de uma invasão policial do presídio é atribuída pelas autoridades superiores ao coronel Ubiratan Guimarães.

As tropas de choque, sob as ordem do coronel Guimarães, estacionaram do lado de fora da Casa de Detenção por volta das 15h30. O objetivo era entrar no estabelecimento, no pátio conhecido como "Divinéia", que se situa antes dos Pavilhões 6 e 9. As autoridades reunidas no momento[14] deliberaram que, antes de

(13) O diretor do presídio também comunicou os acontecimentos ao coordenador dos Estabelecimentos Penais de São Paulo, dr. Hélio Nepomuceno, aos juízes corregedores, drs. Luiz Augusto San Juan França, Fernando Antonio Torres Garcia e Ivo de Almeida, bem como ao assessor para assuntos penitenciários da Secretaria da Segurança Pública, dr. Antonio Filardi Luiz.

(14) Estavam presentes todos os comandantes dos 1.°, 2.° e 3.° Batalhões de Choque da Polícia Militar, os juízes corregedores drs. Ivo de Almeida e Fernando Antonio Torres Garcia, o comandante do Policiamento Metropolitano, o assessor de assuntos penitenciários e o diretor da Casa de Detenção.

invadir o Pavilhão 9, o diretor da Casa de Detenção iria tentar uma *negociação* com os presidiários. Munido de um megafone, o diretor do presídio se dirige ao portão acompanhado de soldados do Grupo de Ações Táticas Especiais. O comandante Guimarães se reúne com os comandantes dos Batalhões. Depois de cerca de treze minutos para romper, com um reforçado alicate, as correntes e o cadeado que mantinham fechado o portão do Pavilhão 9, o diretor podia, então, iniciar as negociações. Eram 16h30.

Não houve negociação alguma. As tropas da Polícia Militar afastaram do caminho o diretor da Casa de Detenção e invadiram desorientadamente o Pavilhão 9. Apesar de existir desde 1984 uma estratégia militar de invasão da Casa de Detenção – o plano Boreal –, os oficiais que comandaram a operação não a usaram. Um detento capturado às pressas na Tenda de Umbanda foi o guia da ação militar. O próprio comandante Ubiratan Guimarães abandonou a operação depois de dez minutos, devido a ferimentos ocasionados por um tubo de televisão que explodiu devido ao fogo no local.

Os policiais militares ingressaram no pavilhão *sem as respectivas insígnias e crachás de identificação*. Salvo o testemunho do próprio comandante coronel Ubiratan Guimarães, as demais autoridades militares atuantes afirmaram que a invasão ocorreu sem qualquer reação com armas de fogo por parte dos presos. Não foi permitida a presença de qualquer autoridade civil durante a invasão.[15] A ocupação do Pavilhão 9 começou às 16h30 e terminou aproximadamente às 18 horas, quando todos os pavimentos foram ocupados e os presos foram removidos, nus, para o pátio interno.

Trezentos e vinte cinco homens da tropa de choque da Polícia Militar,[16] fortemente armados,[17] entraram atirando no Pavilhão 9. A maioria dos presos refugiou-se nas suas celas, onde muitos deles foram mortos. Ao final do confronto foram encontrados 111 detentos mortos: 103 morreram vítimas de disparos (515 tiros ao todo) e oito morreram devido a ferimentos cortantes. Não houve policiais mortos. Houve ainda 153 feridos, sendo 130 detentos e 23 policiais militares.

(15) A partir desse momento foi proibido que civis chegassem perto do prédio, e se alguém se aproximasse as armas de fogo eram apontadas. Foi permitido um acesso limitado das 19 às 22h30. O presídio não retornou ao controle pleno do pessoal administrativo e autoridades da prisão até as 3 horas do dia 3 de outubro de 1992.

(16) Faziam também parte do aparato chamado ao Carandiru 25 cavalos e 13 cães.

(17) Foram usadas na operação 23 submetralhadoras Beretta de 9 mm, 8 submetralhadoras Hecker & Koch, 3 espingardas Browning calibre 12, 4 fuzis automáticos Colt M-16, 1 pistola semi-automática Colt.45, além de 80 revólveres Rossi calibre 38 e 109 marca Taurus. A potência bélica desse armamento indica que os policiais militares estavam engajados numa operação de guerra.

DETENTOS MORTOS NAS CELAS DO PAVILHÃO 9

Número da cela	Número de mortos	Número de ocupantes
252	3	4
284	4	6
303	1	5
307	6	9
331	3	3
339	6	7
346	5	5
348	3	6
350	1	4
352	2	4
373	7 (um deles fugiu da cela 350)	6
375	4	6
377	10	8
379	3	6
383	6	8
384	2	6
385	7	8
416	2	6
501	2	8
512	6	8
Total	85 (*)	129

(*) A perícia concluiu que 26 presidiários foram mortos fora de suas celas.

Fonte: Departamento de Polícia Científica e Instituto de Criminalística/SP.[18]

Os presos mortos foram, quase todos, atingidos por disparos de arma de fogo e, em regra, na parte superior do corpo, nas regiões letais como a cabeça e o coração. O alvo sugere a intenção de matar. Um detento tinha 15 perfurações de disparos de arma de fogo no corpo. No total, a cabeça foi o alvo de 126 balas, o pescoço alvo para 31, e as nádegas levaram 17 balas. Os troncos dos presidiários ficaram com 223 tiros. Os laudos periciais concluíram que vários detentos mortos estavam ajoelhados, ou mesmo, deitados, quando foram atingidos.

As atividades da perícia foram dificultadas pela quantidade de cadáveres, a faxina feita no presídio pelos policiais militares e a remoção ilegal dos corpos

(18) Os números da perícia do Departamento de Polícia Científica e Instituto de Criminalística/SP foram transcritos no jornal gaúcho *Zero Hora*, 22.01.1998, p. 58.

ordenada pelos oficiais. Por fim, foram entregues 383 armas de policiais militares para perícia, mas o primeiro lote só chegou 11 dias depois do confronto, e o segundo lote só foi entregue 28 dias depois de as armas terem sido usadas.

A Polícia Militar afirmou que os detentos tinham armas. Às 21 horas do dia da rebelião, apresentou um carrinho carregado com dezenas de armas brancas, bem como 13 armas de fogo[19] e balas disparadas. O informe balístico feito, informa que "todas as armas apresentam em suas superfícies sinais de oxidação (corrosão), normalmente encontrados em condições de armazenagem em ambientes inadequados."[20] Acredita-se que estas armas foram "plantadas" – são os chamados "cabritos" no jargão policial – postas no local dos crimes para justificar ações ilegais cometidas.[21]

Após cinco anos de investigação, com mais de 800 depoimentos colhidos e centenas de laudos periciais, o processo do caso do Carandiru estava pronto para ser levado ao júri criminal no final de 1997. A tese de que houve um confronto armado entre policiais militares e detentos não é sustentada pelas provas dos autos do processo. A legítima defesa alegada pela cúpula da Polícia Militar não tem fundamento nos fatos. Laudo do Instituto de Criminalística conclui, após análise dos projéteis alojados nas paredes das celas, que os tiros foram disparados das soleiras das portas e afirma que:

"Não se observou quaisquer vestígios que pudessem denotar disparos de arma de fogo realizados em sentidos opostos aos descritos, indicando confronto entre vítimas-alvo e os atiradores postados na parte anterior da cela."[22]

Não se comprova também que os 13 revólveres apresentados pelo Comando da operação estavam sendo usados pelos detentos. O que se verifica, nos autos do processo, é que esta foi, de fato, a maior carnificina perpetrada na história das penitenciárias brasileiras: um conflito carcerário que terminou em massacre de presos. Ironicamente, os detentos que brigaram pelo espaço para pendurar roupa no varal[23] ficaram apenas feridos na desavença. Barba foi para o Pronto Socorro

(19) Durante as investigações a polícia só soube explicar em sete casos onde e por quem foi encontrada a arma.

(20) Cf. MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo*, São Paulo : Cortez, 1993, p. 60.

(21) Ver neste sentido, idem., p. 60.

(22) Cf. Conclusão do laudo do Instituto de Criminalística da Departamento Estadual de Polícia Científica in MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo*, São Paulo : Cortez, 1993, p. 134.

(23) Esta é a versão que consta nos autos do processo. Existem outras versões e motivações para os acontecimentos. A versão apresentada no livro *Pavilhão 9*, indica que a motivação da briga entre Coelho e Barba tinha origem anterior. Barba morava com um "garoto" (preso que é sexualmente passivo, faz as tarefas domésticas do *barraco*, em troca de proteção e favores) que Coelho descobriu ter sido condenado por estupro. A "lei da massa" não permite que estupradores convivam normalmente com os demais. Barba sabia que o seu "garoto" era estuprador, mas tinha ficado

Santana, distante dois quilômetros da Casa de Detenção. Coelho foi para a enfermaria da penitenciária. Nenhum dos dois foi atingido pelo trágico desfecho do conflito violento que eclodiu a partir de uma rusga pessoal e banal.[24]

3. Contexto político

3.1 Situação nacional

Paradoxos são evidenciados quando a rebelião da Casa de Detenção no Carandiru é situada no contexto histórico e político da época. Acontecimentos nacionais sugeriam a expansão da participação política e a consolidação dos direitos políticos e instituições democráticas. Os meses de agosto e setembro de 1992 haviam sido marcados pelos debates públicos e mobilizações populares[25] sobre a "ética na política". No dia 26 de agosto, a CPI do Congresso Nacional, que investigava as atividades de Paulo César Farias e suas conexões ilícitas com o presidente Fernando Collor,[26] conclui seu relatório[27] e o aprovou. Na terça-feira, 29 de setembro, em histórica sessão da Câmara dos Deputados, por 441 votos contra 38, é aprovado o pedido de *impeachment* do presidente Collor e seu imediato afastamento. Dia 02 de outubro, o vice-presidente Itamar Franco assumiu interinamente a presidência

afeiçoado ao rapaz. Coelho ao revelar o que sabia à Barba, praticamente forçou a imediata expulsão do "garoto". Barba ficou, porém, ressentido e se sentiu prejudicado por Coelho. Cf. PIETÁ, Elói e PEREIRA, Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*, São Paulo : Scritta, 1993, p. 62-68.

(24) Barba obteve a liberdade em 13 de dezembro de 1997, depois de 13 anos de prisão. Coelho continuava a cumprir pena, mas no presídio de Bauru, no início de 1998. Cf. *Zero Hora*, 22.01.1998, p. 59.

(25) Destacou-se nos meios de comunicação de massa a mobilização dos jovens, chamados de "caras-pintadas", em atos de protesto.

(26) Conhecida como "CPI do PC". Era uma Comissão Parlamentar mista de Inquérito, instaurada em 01.06.1992, para apurar denúncias de que o ex-tesoureiro de campanha do presidente Collor, o Paulo César Farias, o "PC", intermediava interesses de particulares junto ao Governo Federal, valendo-se de sua relação pessoal como o presidente e agindo em nome dele, mediante extorsão e recebimento de propinas. A denúncia que motivou a CPI partiu do irmão do presidente, que afirmou que "PC Farias é o testa-de-ferro do Fernando, faz os negócios de acordo com ele e diz que o que ganha a mais vai 70% para o Fernando e 30% para ele". Para ler o relatório da CPI do PC Farias, ver: CARVALHOSA, Modesto (coordenador). *O livro negro da corrupção*, Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1995.

(27) Com base nos resultados divulgados pelo relatório e "exprimindo a vontade do povo brasileiro" foi oferecida representação, pelos cidadãos Barbosa Lima Sobrinho, presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e por Marcello Lavanère Machado, presidente da OAB, contra o presidente Collor por crime de responsabilidade. Para a documentação do *impeachment*, ler: *A OAB e o Impeachment*, Brasília : Conselho Federal da OAB, 1993.

da República. Fortalecia-se a crença de que a mobilização popular e os esforços da imprensa teriam contribuído muito para destituir, por vias legais, o primeiro presidente eleito depois da Constituição de 1988. Apontava-se, portanto, para o adequado funcionamento das instituições que permitiu a resolução de uma crise política nacional com observância do devido processo legal.

3.2 Situação local

A invasão da Casa de Detenção ocorreu na véspera das eleições municipais. A prefeita da cidade de São Paulo na época era Luiza Erundina, do Partido dos Trabalhadores. Mas já era previsível que a oposição liderada por Paulo Mafuf, candidato pelo PDS, venceria no município que detém o terceiro orçamento do País (só é inferior ao do próprio estado e ao da União) e o seu maior colégio eleitoral. O pêndulo da política estava mais uma vez tendendo para as forças sociais politicamente conservadoras e culturalmente preconceituosas no Estado de São Paulo.[28] Esta tendência político-social acredita que a delinqüência é um sinal de autoridade fraca no controle sobre o "mal" que tende a se expandir. O "mal" encarna-se em negros pobres, migrantes do Nordeste do Brasil, filhos de mães solteiras, drogados, e, em geral, todos os que vivem na promiscuidade dos cortiços e favelas.[29] Os adeptos destas concepções de delinqüência e da natureza do mal não apoiam efetivamente direitos humanos, devido processo legal, ou soluções judiciais. Ao contrário, desconfiam dessas alternativas ou as combatem. Identificam a demanda por direitos de presidiários com privilégios para bandidos.[30] Defendem, de fato, a "polícia que mata", os atos dos "justiceiros", a ampliação da pena de morte, e as execuções sumárias, principalmente, se o crime envolve ato de violência. Dizem até que a chacina foi uma "faxina". Provavelmente, o peso deste segmento importante da opinião pública paulistana se encontra nos resultados das pesquisas conduzidas por dois jornais logo após a invasão do Carandiru. Em pesquisa pelo telefone feita pela *Folha de S. Paulo*, um terço dos consultados apoiou a ação policial. Em outra pesquisa, feita pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, 44% dos entrevistados apoiaram a ação da polícia militar.

O governador do Estado de São Paulo era Antônio Luiz Fleury Filho, do PMDB, ex-secretário de Segurança Pública[31] do governador Orestes Quércia. Apesar de

(28) Para obter o perfil do paulistano de direita que apoiava o janismo e, depois o malufismo, ler: PIERUCCI, Antonio Flávio. Ciladas da diferença. *Revista Tempo Social* 2, 2.º semestre de 1990, vol. 2, p. 7-33. Ler ainda do mesmo autor, "As bases da nova direita". *Novos Estudos CEBRAP* 19, dezembro de 1987, p. 26-45.

(29) Ler a respeito, CALDEIRA, Teresa. La delincuencia y los derechos individuales: redefinindo la violencia en América Latina. In: JELIN, Elizabeth e HERSHBERG, Eric (coordenadores) *Construir a democracia: derechos humanos, ciudadania y sociedad en América Latina*. Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1996, p. 213-227.

(30) BUORU, Andréa Bueno. Carandiru: uma questão de sensibilidades jurídicas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 20, out./dez., 1997, p. 281-292.

(31) Fleury destacou-se por prender os seqüestradores do empresário Abílio Diniz. Este controvertido seqüestro ocorreu no dia 17 de dezembro de 1989, quando estava

ter derrotado eleitoralmente Paulo Maluf no segundo turno das eleições de 1990, o governador Fleury não havia adotado uma política de segurança pública que viesse a coibir a violência policial ilegal até o caso do Carandiru.[32] Esta tendência ao aumento da letalidade e violência policial no Estado de São Paulo pode ser constatada no período de 1982-1992 quando se confere o número de civis mortos e feridos em supostas situações de confrontos com policiais.[33]

CIVIS MORTOS E FERIDOS PELA POLÍCIA MILITAR DE SÃO PAULO (1982-1992)

ANO	CIVIS MORTOS	CIVIS FERIDOS
1992	1359	317
1991	1140	–
1990	585	251
1989	532	135
1988	294	69
1987	305	147
1986	399	197
1985	585	291
1984	481	190
1983	328	109
1982	286	74
MÉDIA	572,1	178

Fonte: Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Observa-se ainda que nos cinco anos anteriores à invasão do Carandiru, *a polícia militar vinha aumentando significativamente sua contribuição para a taxa geral de homicídios*. Na Grande São Paulo, o número de homicídios foi de 4.462 (1987), 5.546 (1989) e 4.556 (1991). Dividindo-os pelos *civis mortos pela polícia* que são respectivamente 305, 532 e 1.140, conclui-se que: em 1987, a polícia militar cometeu 7% dos homicídios, em 1989, 10%, e no ano anterior à invasão, um quarto dos homicídios ocorrido na Grande São Paulo.[34] Em setembro

sendo decidido nas urnas o segundo turno da eleição presidencial, na qual concorriam Lula e Collor.

(32) Em reação à publicação do número de civis mortos em confronto com a polícia militar, o secretário de Segurança Pública do governo Fleury havia declarado: "Não dá para dar botão de rosa para marginal" (*Folha de S. Paulo,* 07.08.1991). A declaração foi interpretada como uma sinalização para o recrudescimento do uso da violência no combate à criminalidade.

(33) Sobre a violência policial em São Paulo, ler: PINHEIRO, Paulo Sérgio et alii. Violência fatal. *Revista da USP* 9, março-maio, 1991, p. 95-112.

(34) Cf. KAHN, Túlio. As violações de direitos fundamentais no Brasil in *Os direitos humanos no Brasil*, São Paulo : NEV/CTV, 1993, p. 21.

de 1992, o jornal *Folha de S. Paulo* já noticiava que a polícia militar matava, durante o governo Fleury, um civil a cada sete horas.

SÃO PAULO: HOMICÍDIOS COMETIDOS PELA POLÍCIA MILITAR (1978-1992)

Governador	Anos	A polícia militar de São Paulo mata uma pessoa a cada
Paulo Maluf	1978-1982	30 horas
Franco Montoro	1982-1986	17 horas
Orestes Quércia	1986-1991	17 horas
Antônio Fleury Filho	1991-1992	7 horas

Fonte: Folha de S. Paulo, setembro de 1992.[35]

A conjuntura eleitoral na qual ocorreu a invasão da Casa de Detenção provavelmente motivou o retardamento na divulgação das informações e no encobrimento das reais dimensões dos fatos ocorridos. O governador Fleury e o secretário de Segurança do Estado Pedro Franco de Campos, somente concederam informações completas[36] sobre o número de mortos 24 horas depois do evento, no dia 03 de outubro, por volta das 17 horas, quase no final da votação. Dessa maneira, o conflito no presídio que ocorreu antes das urnas fecharem não pôde afetar a disputa eleitoral municipal.[37] Por outro lado, a opinião pública, e em particular, os familiares dos presos foram privados de notícias relevantes.[38]

A atuação da imprensa e das organizações de defesa de direitos humanos está entre os principais elementos catalisadores da "dramatização"[39] e dos encaminhamentos político-institucionais posteriores.

(35) Este quadro foi apresentado no relatório da Anistia Internacional. *'Chegou a morte': massacre na Casa de Detenção, São Paulo.* Porto Alegre : Anistia Internacional-Seção Brasileira, 1993, p. 11.

(36) No dia da rebelião, a Secretaria Estadual de Segurança Pública admitiu apenas oito mortes. *Folha de S. Paulo*, 27.09.1994, p. 6.

(37) A divulgação do fato prejudicaria o desempenho do candidato do PMDB, Aloysio Nunes Ferreira Filho, que não foi ao 2.° turno.

(38) Aliás, porém, até o dia 03 de outubro foram encontrados cadáveres. Funcionários da Casa de Detenção encontraram 10 mortos na cela 375-E, sentados ou deitados, com sinais de fuzilamento, bem como 1 cadáver na cela em frente e mais 2 mortos no 4.° e 5.° andares. Esta situação levou à desconfiança, que ainda perdura em alguns círculos sociais, de que o número total de vítimas seja superior a 111 detentos mortos.

(39) A noção de *drama* está presente na obra de vários autores como Goffman, Turner e Geertz. Cf. GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana.* Petrópolis : Vozes, 1975.; TURNER, Victor. *O processo ritual.* Petrópolis : Vozes, 1974

O caso do massacre do Carandiru é uma forma figurada de se falar sobre outras coisas: é uma metáfora de questões candentes, e não resolvidas, na *construção truncada de um Estado Democrático de Direito que se formalizou juridicamente sem assegurar cidadania efetiva.* A intensa cobertura jornalística ressaltou os conflitos humanos e os terrores mal-articulados no imaginário da sociedade: das mulheres que junto ao portão do presídio gritavam nomes de presidiários na esperança de uma resposta dos internos sobre sua vida ou morte, de seus filhos e parentes até o terror de contaminação dos policiais pelo sangue que jorrava de presos supostamente aidéticos.[40] No centro da discussão da imprensa permanecia latente a questão: É justo exterminar-se os excluídos que foram tidos como perigosos e rebeldes? Ou o Estado se torna delinqüente quando policiais militares massacram presos? O leitor decide sobre a ética das execuções extrajudiciais de presos, enquanto avalia se a impunidade prevalecerá mais uma vez.

ANTECEDENTES DE 104 PRESOS MORTOS NO MASSACRE[41]

PERFIL JUDICIAL		IDADE
ainda não condenados:	84	21 anos ou menos12
penas de até dois anos:	1	entre 22 e 25 anos 39
penas entre 5 e 10 anos:	4	entre 29 e 30 anos 35
penas entre 11 e 20 anos:	6	entre 31 e 40 anos 16
penas entre 21 e 30 anos:	5	mais de 40 anos 1
penas acima de 30 anos:	4	

Existe evidentemente uma tensão, e em alguns casos conflito, entre o papel da imprensa que é simultaneamente de empresa e de instituição. Enquanto empresa visa legitimamente o lucro. Vista como instituição a imprensa presta um serviço público que deve ser realizado com responsabilidade, imparcialidade, independência política e econômica. Nem sempre é fácil conciliar a lógica da empresa com a ética da informação. No caso do Carandiru, entretanto, a cobertura da imprensa foi ampla, investigativa e persistente: sem este trabalho dos jornais e das televisões, a sonegação de informações talvez triunfasse. O tema da violência policial já estava bastante presente na mídia. O livro do jornalista Caco Barcellos, *Rota 66: história da polícia que mata*, era um sucesso editorial. A participação da ROTA (Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar) na invasão do Carandiru era também um

e *Dramas, fields and metaphors. Simbolic action in human society.* New York, Cornell University Press, 1974; GEERTZ, Clifford. *Interpretação da cultura.* Rio de Janeiro : Guanabara, 1989.

(40) Há estimativas sobre o número de detentos com Aids no Carandiru, "Há quatro anos (1989), 17% dos presos eram portadores do vírus da Aids. Hoje (1993), os otimistas falam em 22%. Os pessimistas falam em 38%. Ou seja: entre 1.580 e 2.740 presos têm Aids, apresentando ou não sintomas". PIETÁ, Elói e PEREIRA, Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*, São Paulo : Scritta, 1993, p. 56.

(41) Cf. *Os Direitos Humanos no Brasil*, São Paulo : NEV/CTV, 1993, p. 68.

ponto de referência para o debate público.[42] As fotos de dezenas de cadáveres jogados no segundo pavimento do Pavilhão 9, séries de corpos nus e mutilados, detentos mordidos por cães policiais evocavam cenas de campos de concentração.

Por fim, deve-se destacar a atuação de entidades de defesa de direitos humanos que fizeram rápidos encaminhamentos institucionais e ajudaram a divulgar internacionalmente o episódio. Dentre as várias instituições que se empenharam em criticar a invasão e solicitar providências políticas e judiciais estão: a Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo,[43] a Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos,[44] a Human Rights Watch[45] e a Anistia Internacional.[46]

4. Encaminhamentos e providências: uma perspectiva histórica

Quando se retoma a trajetória histórica das repercussões do caso do Carandiru, o que impressiona, de início, é *o número elevado de iniciativas políticas* que

(42) A Rota foi responsabilizada pela morte de 88 presos (79,2% do total) na Casa de Detenção. "Coronel diz que hoje poderia não invadir" *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 28.09.1997, p. 4.

(43) A OAB-SP começou a acompanhar os acontecimentos na Casa de Detenção no final da tarde do dia 02 de outubro. Teve um papel importante na obtenção de informações que as autoridades resistiam em fornecer. Somente às 13h30 do sábado é que a OAB começou a ganhar a dimensão do massacre ocorrido: soube-se que dez presos haviam sido metralhados pelas costas enquanto deitados em seus catres. Cf. Depoimento do Presidente da OAB-SP, José Roberto Batochio, in MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo*, São Paulo : Cortez, 1993.

(44) A Comissão Teotônio Vilela foi fundada em 1986 em decorrência da morte de 7 detentos pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, quando buscavam fugir do Manicômio Franco Rocha. A CTV veio ampliando progressivamente seu mandato para, além de promover e defender os direitos fundamentais da pessoa humana, incorporar em suas ações a denúncia e o acompanhamento das principais violações de direitos humanos junto às autoridades públicas. Entre os vários membros da Comissão na época estavam Paulo Sérgio Pinheiro, José Gregori, Hélio Bicudo, que fizeram vários encaminhamentos políticos a partir do caso Carandiru. A CTV tem trabalhado de forma estreita com a Human Rights Watch, a Anistia Internacional e o CEJIL – Centro Pela Justiça e Direito Internacional.

(45) A Human Rights Watch foi criada em 1981 para fiscalizar e promover, na América Latina e no Caribe, o respeito aos direitos humanos internacionais. A organização fez um relatório sobre o caso Carandiru que foi publicado com o título Massacre na Casa de Detenção, in *Os direitos humanos no Brasil*, São Paulo : NEV/CTV, 1993, p. 64-71.

(46) A Anistia participou ativamente da divulgação internacional do caso Carandiru. Fez um relatório com o título, *'Chegou a morte': massacre na Casa de Detenção, São Paulo.* Amnesty International, maio de 1993 – AI Index AMR: 19.08.1993. O título "Chegou a morte" se refere ao grito que os presos ouviram quando a Polícia Militar entrou no Pavilhão 9.

foram imediatamente tomadas. Após seis anos do conflito pode-se avaliar, em parte, alguns desses encaminhamentos e providências.

Em nível estadual, foram abertos inquéritos civil e militar.[47] O resultado já era conhecido no início de 1993. Não foram encontrados culpados. O comandante da Polícia Militar declarou que os oficiais responsáveis pela invasão "cumpriram com suas responsabilidades e não praticaram crime militar."[48] E acrescentou, em defesa de seus companheiros, que:

"O plano tático montado pelo coronel Ubiratan Guimarães, a nosso ver, foi perfeito, não havendo excesso de ação policial, no que tange ao ingresso da tropa no Pavilhão 9, podendo, entretanto ter havido excesso na ação policial, motivado provavelmente pelo excesso de obstáculos colocados pelos presos, como resistência à ação policial, os quais valeram-se para tanto de uma série de recursos delituosos, anteriormente referenciados."[49]

O conjunto de iniciativas que se segue, tentou levar o caso Carandiru para o *Legislativo*. Foi instalada uma Comissão Especial de Investigação (CPI) na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP).[50] Tentou-se ainda constituir, sem sucesso, uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional.

A CPI da ALESP foi composta de 13 membros, reuniu-se 19 vezes, tomou 35 depoimentos, solicitou 17 requerimentos e produziu um Relatório Final,[51] cujas principais *conclusões* com alcance político-jurídico são as seguintes:

(47) O inquérito que poderia levar ao indiciamento de policiais militares por abusos cometidos na invasão foi conduzido pela própria Polícia Militar. Foi presidido pelo Coronel Luiz Gonzaga de Oliveira que, segundo consta era sabidamente amigo dos oficiais superiores que comandaram a invasão. Além disso, a experiência passada mostra que investigações da Polícia Militar sobre a conduta de suas próprias forças tem resultado em muito poucas condenações e tem somente contribuído para a impunidade a perpetração da violência por estas instituições. Estes eram fatos notórios que foram inclusive elencados com justificativa da petição encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Cf. *Os direitos humanos no Brasil*, São Paulo : NEV/CTV, 1993, p. 72.

O segundo inquérito oficial, dirigido pela polícia civil, foi presidido pelo delegado Cláudio Gobetti, uma indicação oficial do governo de São Paulo. O inquérito se limitava a investigar a responsabilidade dos civis, tais como o governador e o secretário de Segurança Pública, no massacre. Contudo, era altamente improvável que o delegado Gobetti conseguisse conduzir uma investigação independente sobre as ações de homens que eram seus superiores diretos. E o que era previsto por todos, aconteceu.

(48) Cf. MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo*. São Paulo : Cortez, 1993, p. 8 e p. 72-73.

(49) PIETÁ, Elói e PEREIRA, Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*. São Paulo : Scritta, 1993, p. 215.

(50) A CPI foi formalizada pelo Ato 14, de 1992 da Mesa da ALESP e teve como finalidade apurar os fatos ocorridos no dia 02.10.1992.

(51) O Relatório final de 13 páginas teve como relator o deputado Vicente Botta (PSD) e é datado de 1.12.1992. Cf. *Relatório final da Comissão Parlamentar constituída*

"1) Embora tentada ao máximo a intermediação com os detentos, antes da invasão do pavimento térreo, entende-se que ela deveria ter sido tentada novamente, antes da invasão dos pavimentos seguintes, quando os presos, situados no primeiro andar se renderam e a rebelião estava ali sendo dominada.

Não posso deixar de avaliar, nesta hipótese, o surgimento de fatores que, à normalidade da ação policial motivaram, gradativamente, o recrudescimento da luta, o tumulto generalizado ecoando nos pavilhões superiores para despertar o ânimo belicoso, próprio do militar consciente de suas obrigações e seus deveres.

2) Decisão tomada coletivamente pela oficialidade da PM resultou na falta de preservação do local, infringindo dispositivo do Código Penal, prejudicando a perícia e possibilitando que cadáveres fossem removidos e amontoados, além de arrastados no meio da água e óleos pelos corredores e escadas.

3) Confissão de Comandantes mostrou a falta de prévio estudo das plantas do Pavilhão 9, na montagem da operação militar. Serviram-se do conhecimento de presos para conduzi-los à escada dos pavimentos.

5) Indiscutivelmente, a presença da PM no "Pavilhão 9" constatou-se inevitável, referendada por todos os civis presentes e oficiais militares, e presenciada pelos Juízes Corregedores que ali se encontravam no instante dessa decisão.

6) Sendo impossível individualizar os culpados no âmbito desta Comissão, pela falta dos laudos do Instituto de Criminalística, que demoraria muitos anos para fornecê-los, diante do volume de projéteis, detectados pelo laudo do IML, disparados por muitos dos que atuaram na operação, atribua-se a policiais militares Comandantes ou comandados o excesso com que desempenharam sua tarefa ao dominar a rebelião dos presos a partir do 1.º pavimento da Casa de Detenção.

7) A ação da PM, invadindo o Pavilhão 9, transcorreu, de início, de forma normal. Diante dos fatos que iam resultando da proximidade dos focos mais intensos da rebelião, o comportamento da PM foi transformando-se para, progressivamente, responder ao conflito que se estabelecera, exceção feita ao relatado no item anterior que colocou à mostra um excesso que merece a nossa crítica e o nosso desejo que não se repita.

8) O trabalho de averiguação desta CEI foi realizado por amostragem. O exame aprofundado com a oitiva dos envolvidos, poderá concluir pela responsabilidade individual dos que se circunscreveram nesta afirmação do excesso que, não alcançando a PM como corporação, identificará os culpados, oficiais ou subalternos que ou emitiram ordens abusivas ou não as deram e foram distorcidas pelos que as executaram.

10) Por último, expostas estas situações quanto às inúmeras deficiências do sistema carcerário deste Estado, recomenda-se o aumento de dotações que alcan-

com a finalidade de apurar os fatos ocorridos no Pavilhão 9, da Casa de Detenção de São Paulo, no dia 02.10.1992. (documento oficial obtido com o deputado Elói Pietá – PT, membro efetivo da CPI).

cem os órgãos responsáveis por ele, no propósito de minimizar tais deficiências que, de forma constante, põem em risco a segurança pública."[52]

Importante trabalho foi desenvolvido pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana do Ministério da Justiça, cuja atuação foi solicitada pelo Conselho Federal da OAB três dias após a invasão do presídio. Esta comissão, composta pelo presidente do Conselho Federal da OAB,[53] pelo procurador geral da República[54] e por um representante da Associação Brasileira de Imprensa,[55] produziu um bem documentado relatório que recomendou ações judiciais para apurar as responsabilidades penal e civil, além de outras providências e iniciativas, *como a extinção da competência da Justiça Militar Estadual para julgamento de policiais que tenham praticado crime comum.* Impressiona-se neste relatório como foram abrangentes as recomendações e como se buscou sistematicamente a defesa dos direitos violados e a obtenção de sanções judiciais, administrativas, e ainda, de censura política pelos atos perpetrados pelas autoridades policiais.

Destaca-se entre as recomendações do relatório aquela que antecipa uma das "manobras protelatórias" possíveis no "caso Carandiru".

"No caso da responsabilidade penal, é nítido que existem dois tipos de autoria, uma imediata e direta, de quem executou a operação, ou seja, os 350 homens que invadiram o Pavilhão 9, e outra mediata e indireta, de quem comandou a operação. Por isso, será de todo conveniente que o processo penal que vier a ser instaurado seja *desmembrado para que não se torne infindável, transformando-se numa grande farsa*"[56] (grifo nosso).

Outra iniciativa foi uma avaliação realizada pela Comissão de Direitos Humanos da OAB-SP do caso Carandiru. O relatório da Comissão foi concluído no início de 1994 e era baseado em laudos e depoimentos de presos do Pavilhão 9 e de seus familiares. A comissão apurou não só a responsabilidade dos policiais militares, mas também a de quem permitiu que essa operação existisse. O relatório responsabilizou o governador Luiz Antônio Fleury Filho pelo massacre de 111 presos no Pavilhão 9 da Casa de Detenção e afirmou ser possível também responsabilizar o ex-secretário da Segurança Pública, Pedro Franco de Campos. O Conselho da OAB-SP decidiu, no entanto, em setembro, não aprovar o relató-

(52) *Relatório final da Comissão Parlamentar constituída com a finalidade de apurar os fatos ocorridos no Pavilhão 9, da Casa de Detenção de São Paulo, no dia 02.10.1992*, p. 12-13.

(53) Dr. Marcello Lavenère Machado.

(54) Dr. Aristides Junqueira.

(55) Jornalista Carlos Chagas. Havia ainda um assessor especial, Dr. João Benedito de Azevedo Marques, que era membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB-SP.

(56) Cf. Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, transcrito in MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo.* São Paulo : Cortez, 1993, p. 78.

rio da Comissão. Os conselheiros entenderam que não havia na conduta do governador e na do ex-secretário nada que pudesse ser considerado crime.[57]

Por fim, houve uma petição enviada à Comissão InterAmericana de Direitos Humanos,[58] que baseada na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no dia 25 de setembro de 1992 – oito dias antes da invasão do Carandiru – solicitava a condenação do Estado brasileiro por violação de vários de seus dispositivos: art. 4.° (direito à vida); art. 5.° (direito à integridade física e moral; direito ao respeito pela dignidade das pessoas privadas de liberdade); art. 8.° (direito à um julgamento eqüitativo) e art. 25 (direito à proteção judicial). O envio desta petição à Organização dos Estados Americanos foi feita em 1994. Desde fevereiro de 1994, tramita um processo para avaliar o caso Carandiru na OEA. Em outubro de 1996, o episódio seria discutido em uma sessão da OEA, em Washington (EUA). O secretário paulista da Administração Penitenciária, João Benedito de Azevedo Marques, representou o governo brasileiro. Afirmando que o Brasil estava mudando a legislação sobre o julgamento de policiais militares – retirando a competência da Justiça Militar e transferindo-a para a Justiça comum – o secretário conseguiu que o tema fosse retirado de pauta.[59] Desta maneira, conseguiu-se exercer um pouco mais de pressão político-diplomática para mudar a legislação.

5. O judiciário como arena de resolução de conflitos

O conflito na Casa de Detenção gerou vários encaminhamentos e providências não judiciais, conforme foi apresentado anteriormente. A apreciação contextual evidencia que um conflito social pode ter uma *série de soluções alternativas* dentro do quadro da ordem estatal democrática. As *alternativas* são planos de ação e estratégias de longo prazo seguidos pelos atores sociais para resolver o conflito existente ou conflitos assemelhados no futuro. Estes encaminhamentos podem ser feitos por vias *informais* ou *formais*.[60]

Dos encaminhamentos políticos resultaram *inovações e adaptações* em *políticas governamentais*, como a penitenciária e a de segurança pública. Estas *mudanças* no *sistema jurídico* – que serão mencionadas mais adiante no texto – serão indicativas do impacto político-institucional do caso. A própria repercus-

(57) Cf. OAB isenta Fleury pelo massacre em 92, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 16.11.1994, p. 2.

(58) O texto da petição está transcrito in: *Os direitos humanos no Brasil*. São Paulo : NEV/CTV, 1993, p. 72-73. Assinaram a petição a Comissão Teotônio Vilela, Americas Watch e o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL).

(59) Cf. Brasil poderá ser condenado, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 28.09.1997, p. 2.

(60) Sobre esta questão, ler: ARNAUD, André-Jean e FARIÑAS DULCE, Maria. *Introduction à l' analyse sociologique des systemes juridiques*. Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 310-313.

são social do massacre do Carandiru resultou ainda em inovações na área *cultural*, como o aparecimento de bem-sucedidas bandas[61] de *rap* e *hip hop* que propagam a *memória* do acontecimento e lhe atribuem significado.[62]

Face ao já mencionado, resta indagar sobre a função do Judiciário no caso Carandiru. O encaminhamento da resolução do conflito, pelas vias *formal e estatal*, é feito precipuamente pelo Judiciário. Enquanto instituição, o Judiciário oferece um *tratamento jurídico* ao conflito e pronuncia uma decisão autorizada. Porém, quando a crise provocada pelo conflito social é *grave*, e a decisão judicial não é *satisfatória* para resolvê-lo, outros encaminhamentos, até mesmo em planos políticos ou legislativos, podem ser acionados. Se verificará, mais adiante, como a própria *competência dos tribunais militares foi modificada no decorrer da tramitação da responsabilidade penal* deste caso. Aqui aparece um dos pontos centrais do *debate público* após a série de massacres e chacinas[63] que ocorreram no Brasil depois da Constituição democrática de 1988: em que medida o Judiciário tem produzido decisões socialmente justas em casos de *graves violações de direitos humanos*?

A atenção da opinião pública, e das organizações de direitos humanos, esteve predominantemente focalizada na responsabilidade penal das autoridades e policiais no caso do Carandiru. No entanto, conforme se verá adiante, até o final de 1998, foram as ações de reparação de danos, movidas pelos familiares das vítimas que obtiveram resultados mais satisfatórios.

(61) O grupo mais claramente identificado com a rebelião no Carandiru chama-se *Pavilhão 9*.

(62) O *rapper* Mano Brown (Racionais MCs) inclui, por exemplo, no seu CD *Sobrevivendo no inferno – periferia é periferia (em qualquer parte)* uma letra de um sobrevivente do massacre do Pavilhão 9 do Carandiru chamado Jocenir. Aliás, seu primeiro *clip* foi um quase documentário sobre o Carandiru e fez enorme sucesso. Sobre o Mano Brown e sua relação com os eventos do Carandiru, ler: KALILI, Sérgio. Mano Brown é um fenômeno, *Caros Amigos*, 10, janeiro 1998, ano 1, p. 30-34.

(63) Vale a pena lembrar, por exemplo: 1) *5 de janeiro de 1989*: Após uma tentativa de fuga da 42ª. DP de São Paulo, 50 presos são colocados numa cela de 4,5m² e sem ventilação. Dezoito homens morrem asfixiados; 2) *26 de julho de 1990*. Onze adolescentes, a maioria de moradores da favela de Acari, são seqüestrados em Magé (RJ). Todos são encontrados mortos; 3) *02 de outubro de 1992*: PM reprime rebelião no Carandiru e mata 111 presos da Casa de Detenção de São Paulo. É a maior chacina em penitenciária da história do Brasil, e dizem, talvez do mundo até hoje. 4) *23 de julho de 1993*: Chacina da Candelária mata oito meninos de rua no Rio de Janeiro; 5) *30 de agosto de 1993*: Chacina de Vigário Geral mata 21 moradores do Rio de Janeiro; 6) *09 de agosto de 1995*: Seguindo determinação judicial, policiais militares invadem a fazenda Santa Elina, em Corumbiara (RO), ocupada por sem-terra. Dez sem-terra e dois policiais morrem. 7) *17 de abril de 1996*: Dezenove sem-terra são mortos pela PM em Eldorado do Carajás (Pará).

5.1 Responsabilidade penal: a trajetória inacabada

"O que se discute aqui é a extensão do Estado Democrático Brasileiro: se ele vale para todos ou apenas para uma parte da população."
Luiz Antonio Marrey – Procurador Geral de Justiça de São Paulo – TV Cultura, São Paulo, 12/03/99[64]

A apuração da responsabilidade penal dos policiais militares, no mais trágico motim da história penitenciária brasileira, começou com a expectativa generalizada de que *não haveria condenação judicial pela ação policial que terminou com 111 detentos mortos*. Há um precedente judicial para justificar esta antecipação de desenlace. Na mesma Casa de Detenção havia acontecido o segundo maior motim, em julho de 1987, quando agentes penitenciários foram tomados como reféns. Com a ação da Polícia Militar, 31 presos foram mortos e os reféns foram libertados. Nas duas rebeliões, entidades de direitos humanos, inclusive a Arquidiocese de São Paulo, protestaram contra a ação da PM, acusada de promover massacres na Detenção.[65] Nenhum policial foi condenado.[66]

A ação penal movida contra os policiais militares, de acordo com a legislação da época do regime militar,[67] era de competência da Justiça Militar Estadual. O Inquérito policial militar foi iniciado em outubro de 1992. *Em 2 março de 1993*, o promotor da Justiça Militar Luiz Roque Lombardo Barbosa, responsável pelo inquérito, *denunciou* 120 policiais militares:[68] os policiais que ingressaram no Pavilhão 9 e confessaram ter disparado pelo menos um tiro, os chefes de pelotões e o comandante da operação, o coronel Ubiratan Guimarães. Os policiais militares foram denunciados por lesões corporais e homicídios culposos.[69] No início de

(64) Entrevista feita sobre o caso Carandiru, e, em particular, o recurso do Ministério Público paulista ao Tribunal de Justiça para conduzir o comandante Ubiratan Guimarães ao Tribunal de Júri no programa *Opinião Nacional*.

(65) Para uma visão panorâmica das críticas feitas por defensores de direitos humanos à política de segurança, à situação das penitenciárias e à atuação policial no início da Nova República, ler: SADER, Emir. Povo, polícia e direitos do cidadão. In *Nova República: um balanço*. KOUTZII, Flávio (org.). Porto Alegre : L&PM, 1986, p. 194-203.

(66) No Rio, o caso mais grave registrado nos últimos anos foi a rebelião no presídio Ary Franco, em 1991. Dois carcereiros foram acusados pelos presos de, no motim, jogar um artefato incendiário em uma cela, matando 30 detentos. Cf. Pastoral denuncia torturas, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 16.03.1994, p. 3.

(67) Emenda 7 de 1977.

(68) Foi instaurado o processo 678/93 na 1.ª Auditoria da Justiça Militar de São Paulo. A instrução processual foi iniciada em 26.06.1993.

(69) *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 02.10.1995, p. 10. No episódio, foram denunciados 121 policiais militares sob acusação de homicídio, e outras acusações sob prática de 86 lesões leves e uma lesão grave. Cf. 121 policiais foram acusados, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 08.05.1995, p. 3.

julho de 1994, terminou o interrogatório dos 120 policiais militares acusados da chacina. A seguir começaram a se ouvir as nove testemunhas de acusação escolhidas pelo promotor. Entre elas estava o ex-assessor para assuntos penitenciários da Secretaria da Segurança Pública, Antônio Filardi Luiz.[70]

Dois anos depois da invasão do Carandiru, nenhum dos policiais militares denunciados havia sido punido pela Justiça Militar, nem qualquer vítima havia sido indenizada. Mas, na campanha eleitoral estadual havia candidatos que fizeram do massacre plataforma eleitoral. Era a chamada "bancada dos 111". Dentre estes candidatos se destacava o comandante Ubiratan Guimarães:[71] seus eleitores deveriam escrever na cédula 41. *111*. Os policiais militares continuaram na ativa, sendo promovidos na carreira, apesar dos protestos de organizações de direitos humanos nacionais e internacionais e da posse de um novo governador do Estado de São Paulo, Mário Covas.[72]

Em maio de 1995, A *Folha de S. Paulo* revela a conivência da Justiça Militar com a impunidade: "atraso de julgamento inocenta coronéis."[73] A matéria informa que prescreveram as acusações de lesões corporais culposas dos principais comandantes da invasão – os coronéis Edson Faroro, Antônio Chiari e Wilton Parreira. A prescrição teria ocorrido porque não houve o julgamento dos coronéis acusados, passados dois anos desde que foram denunciados pelo Ministério Público Militar. A prescrição dos crimes vinha sendo mantida em sigilo pela Justiça Militar, segundo a matéria jornalística. Temia-se que o vazamento da notícia contribuísse para a aprovação do projeto do deputado federal Hélio Bicudo (PT-SP), que previa que crimes cometidos por policiais militares contra civis devem ir a julgamento pela Justiça comum. O projeto deveria ser votado dias depois na Câmara dos Deputados.

Esta notícia era equivocada do ponto de vista jurídico: a prescrição só ocorreria em março de 1997.[74] Mas gerou uma polêmica entre leitores do jornal, e

(70) Os sobreviventes da chacina também irão depor. Ao todo, foram feridos pelos PMs 87 presos. Justiça apura chacina de 111, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 05.07.1994, p. 3.

(71) 'Bancada 111' usa massacre para se eleger, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 02.10.1994, p. 10.

(72) Entidades contestam nomeação, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 31.03.1995, p. 3. Ver ainda, Anistia quer 'clareza' de Covas sobre massacre, *Folha de S. Paulo*, caderno Brasil, 15.04.1995, p. 7.

(73) Matéria do jornalista Cláudio Tognolli, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 08.05.1995, p. 3. "O coronel Antônio Augusto Neves, presidente da JM, enviou carta aos organismos internacionais dizendo que a JM 'funciona bem'. Ele diz que a JM condenou à cadeia 517 policiais militares em dois anos. Dos 15 mil casos que tramitam na Justiça Militar, cerca de 70% se referem a punições leves, como por exemplo beber em serviço." Idem.

(74) Leva-se em conta, para a fixação do prazo prescricional, o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. Segundo o Código Penal Militar (CPM), art. 210:

principalmente entre o deputado Hélio Bicudo e o juiz-presidente do Tribunal Militar de São Paulo, Antonio Augusto Neves.[75] O alerta feito pelo jornalista da *Folha de S. Paulo*, e o debate público que se seguiu, não bastaram para conter a tendência à impunidade. Devido à demora na prestação da tutela jurisdicional, as acusações de 86 lesões corporais leves contra 29 oficiais envolvidos no massacre da Casa de Detenção prescreveram no dia 07 de março de 1997.

Em junho de 1995, ocorre a primeira invasão policial de penitenciária depois do massacre do Carandiru. A ação no presídio de Hortolândia foi realizada por uma das tropas que invadiu o Pavilhão 9: o Gate (Grupo de Ações Táticas Especiais da PM).[76] A intervenção deixou seis mortos: três presos e três reféns. Esta operação não foi criticada pelas organizações de direitos humanos, como a Co-

Se a lesão é culposa: Pena – detenção, de dois meses a um ano. A disciplina da questão da prescrição está no art. 125 do CPM que afirma: A prescrição da ação penal... se verificando: VI – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VII – em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano. Em resumo, como no crime de lesão corporal culposa a pena pode ser *igual* a um ano, aplica-se a regra do art. 125, VI do CPM. Efetivamente, como a própria *Folha de S. Paulo* veio a noticiar na matéria de Milton Gomes, Oficiais não serão punidos por lesão leve, de 05.04.1997, caderno Cotidiano, p. 5, somente em março de 1997 prescreveu a pretensão punitiva do Estado em obter uma decisão em relação a este crime.

(75) Na polêmica publicada pelo jornal, destaca-se no artigo do deputado Hélio Bicudo a afirmação seguinte: "Daí, para não se ir muito longe, *a prescrição que ocorreu relativamente à prática de delitos de lesões corporais leves contra 86 detentos*, durante o massacre do Carandiru, nos processos a que respondem os coronéis Wilton Brandão Parreira Filho, Antônio Chiari e Edson Faoro, o primeiro reformado como coronel e os dois últimos ao tempo tenentes-coronéis; os tenentes-coronéis José Luiz Soares Coutinho, Rail Mendonça Júnior, Armando Rafael de Araújo, ao tempo majores e este último comandante do Batalhão 9 de Julho; o tenente-coronel Gerson de Souza Rezende, ao tempo major e hoje comandante do Batalhão de Choque; além de 15 capitães, 16 tenentes e vários praças." Cf. Hélio Bicudo, Justiça militar e corporativismo, Tendências/Debates, *Folha de S. Paulo* 23.05.1995, p. 3. Na polêmica com o deputado Hélio Bicudo, o juiz-presidente do Tribunal Militar de São Paulo escreveu: "Qualquer profissional do direito, mesmo o de mediana cultura jurídica, sabe que para a prescrição em abstrato, isto é, sem julgamento, deve ser levado em conta o máximo da pena prevista para o crime. No caso das lesões corporais leves, aquele máximo é de um ano. *In casu* a prescrição ocorre em quatro, a contar do recebimento da denúncia. Havendo os réus sido denunciados em março de 1993, a prescrição da ação penal só ocorrerá no mesmo mês de 97." Cf. Antonio Augusto Neves, Por favor, mudem o disco, *Folha de S. Paulo*, Tendências/Debates, 02.06.1995, p. 3.

(76) Em São Paulo, o governador Mário Covas disse que a PM só invadiu o presídio para salvar os reféns. Ele disse que não há comparação entre a invasão de Hortolândia e a do Pavilhão 9. "O que vocês queriam que eu fizesse? Que eu deixasse os presos matarem os reféns? Não havia mais como negociar", afirmou.

missão de Direitos Humanos da OAB-SP e a Comissão de Justiça e Paz: as possibilidades de negociações foram esgotadas antes da ação policial, e as vidas dos reféns estavam em risco.[77] Desde janeiro, quando o governador Covas assumiu, já haviam ocorrido 14 rebeliões em prisões.

O encontro do ministro da Justiça Nelson Jobim[78] com representantes de organização de defesa de direitos humanos em São Paulo, no final de junho,[79] evidenciava o interesse do governo federal em algumas mudanças legislativas e institucionais. Primeiro, o envio de uma proposta de alteração constitucional para "federalizar" os crimes contra os direitos humanos no país. Federalizar os crimes significa retirá-los das mãos das Justiças Estaduais e fazer com que eles passem a ser julgados pela Justiça Federal. O ministro disse que o projeto do governo deveria definir também os crimes que serão considerados violação aos Direitos Humanos. O motivo de "federalizar" esses crimes seria que a maioria das violações dos direitos humanos denunciadas no país é cometida por agentes de governos estaduais. Segundo, o ministro defendeu o fim da competência da Justiça Militar para julgar os crimes de policiais militares contra civis no patrulhamento das ruas e com armas da corporação. Um documento *assinado pelos oito promotores da Justiça Militar paulista* foi entregue ao ministro Jobim. O documento afirmava que "a atividade da PM, segurança do cidadão, é civil e deve ser julgada por cidadãos". Terceiro, publicamente o ministro cobrou do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo mais rapidez no processo que apura o caso Carandiru. Declarou na ocasião:

"Situações limites como aquela (o massacre) botam em jogo a prestabilidade das instituições. As instituições democráticas que, popularmente, mostram que são inúteis e imprestáveis acabam sendo substituídas."[80]

Em visita ao TJM-SP, o ministro Jobim ouviu a declaração seguinte do presidente do tribunal, o coronel Augusto Neves: "Esse tribunal defende a continuidade de sua competência para julgar crimes de PMs contra civis, exceto para os homicídios."[81]

Esta visita do ministro da Justiça a São Paulo *tornou pública as negociações de mudanças* que se articulavam na época, sob o impacto do caso Carandiru, a morosidade e ineficiência do Judiciário,[82] e as contínuas rebeliões em presídios.

(77) Nunca pensei que mandaria invadir uma penitenciária. *Folha de S. Paulo*, caderno Brasil, 26.06.1995, p. 4.

(78) Nelson Jobim era também presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

(79) Ministro quer ampliar ação da Justiça Federal, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 30.06.1995, p. 3.

(80) Idem.

(81) Idem.

(82) A pressão de organizações de defesa de direitos humanos internacionais nunca esmoreceu nas críticas ao poder judiciário, em geral, e na sua atuação no caso Carandiru. Ler, por todos, Omissão é escandalosa, diz Human Rights, *Folha de S. Paulo*, caderno Brasil, 27.08.1995, p. 3. "O problema central do Brasil nessas

Além dos atores sociais que debatiam e negociavam estas questões anteriormente, observa-se que se amplia o conjunto de debatedores públicos com a participação de promotores da justiça militar, juízes militares e juízes da justiça comum.[83]

No dia 07 de setembro de 1995, o presidente Fernando Henrique Cardoso anunciou a intenção de elaborar um Plano Nacional de Direitos Humanos,[84] cuja articulação seria feita por um respeitado militante na área da defesa de direitos, Dr. José Gregori. Uma medida considerada urgente no Ministério da Justiça, e divulgada para a imprensa, era a transferência da investigação para a União, e para a Justiça Federal o processamento e julgamento dos crimes contra os direitos humanos. A justificativa era política. Crimes como a chacina do Carandiru ficam a cargo da Justiça e da polícia estaduais. Quando as entidades internacionais de defesa dos direitos humanos cobram presteza na punição dos culpados, o governo federal nada pode ordenar. Nem o Ministério da Justiça nem a Justiça Federal podem interferir nas atribuições dos Estados federados.

Em setembro, o caso do Carandiru volta às páginas dos jornais quando um advogado de defesa dos policiais militares arrola o ex-governador Fleury e o ex-secretário de Segurança Pedro Campos com testemunhas de defesa.[85] A promotora militar Stella Renata Kuhlmann afirma que não há provas no processo do massacre de que o ex-governador Luiz Antônio Fleury Filho tenha dado a ordem para a PM invadir o Pavilhão 9 da Casa de Detenção. Segundo ela, que era a responsável pela acusação, o coronel Ubiratan Guimarães estava sendo processado como responsável pelas 111 mortes por causa da autoria mediata, "ou seja,

matérias é a questão da Justiça Militar. Enquanto esse tema não for objetivamente abordado, a impunidade vai continuar. Esse é um sistema que tem servido para garantir a proteção de criminosos da Polícia Militar", declarou o diretor-executivo da Human Rights Watch/Americas, José Miguel Vivanco.

(83) Ver, por exemplo, o artigo Criminosos comuns versus policiais criminosos, de autoria do juiz de direito do Estado de São Paulo, Antonio Jurandir Pinoti, da associação Juízes para a Democracia, onde se argumenta que: "é injustificável que policiais acusados de crimes praticados na atividade de policiamento sejam julgados pela Justiça Militar, que deveria tão-só julgar os chamados crimes de quartel". *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 01.07.1995, p. 2.

(84) Governo faz 'pacote' contra impunidade, *Folha de S. Paulo*, caderno Brasil, 09.09.1995, p. 5.

(85) A tese de defesa do advogado Antônio Fernando Pinheiro Pedro, que representava 18 PMs e que relacionou Fleury e Campos como testemunhas, parte do princípio de que houve uma ordem para que os policiais iniciassem a operação e que essa ordem partiu de Campos, com consentimento de Fleury. A estratégia de defesa dos policiais militares acusados no processo da Casa de Detenção foi, desde então, de atribuir ao ex-governador Luiz Antônio Fleury Filho e ao ex-secretário da Segurança Pública Pedro Franco de Campos a responsabilidade pela invasão do presídio. Fleury decidiu pela invasão, diz defesa, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 28.09.1997, p. 2.

por ter dado a ordem para a tropa invadir".[86] A promotora declarou que a defesa teria que apresentar provas se quisesse passar a responsabilidade da ordem de invasão para o ex-secretário da Segurança Pública Pedro Franco de Campos e para Fleury. Kuhlmann declarou que, no caso de a defesa provar sua tese, isso não inocentaria o coronel Guimarães. O coronel confessou ter chefiado a operação em depoimento à Justiça. De acordo com ela, Guimarães tinha poder para limitar a ação policial no Pavilhão 9. "Ele também não era obrigado a cumprir uma ordem ilegal."[87] O ex-secretário de Segurança e, então procurador da Justiça em exercício, deu seu depoimento em outubro,[88] afirmando que aprovou a operação da Polícia Militar. O ex-governador Fleury também depôs em outubro.[89]

Em fevereiro de 1996, numa reviravolta processual o caso do Carandiru foi remetido para a Justiça comum pelo Tribunal de Justiça Militar,[90] *que não admitiu desmembrar o caso*. Esta decisão pôde ensejar recurso, que por sua vez tornou mais demorado o processo. A manobra protelatória foi imediatamente denunciada pelas organizações de direitos humanos.[91] Interpretou-se que os *juízes milita-*

(86) Fleury vai depor no caso Carandiru, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 12.09.1995, p. 1.

(87) Não há prova de ordem de Fleury, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 12.09.1995, p. 1.

(88) "O ex-secretário afirmou que deixou a iniciativa de invasão para ser tomada pelos comandantes. Disse também que aprovou a operação desencadeada pela PM. Segundo Campos, o trabalho de rescaldo e a retirada dos corpos ficou a cargo do comando da tropa de choque. O ex-secretário disse que deixou a solução dos conflitos para quem estava no local". Ex-secretário aprova ação no Carandiru, *Folha de S. Paulo,* caderno Cotidiano, 05.10.1995, p. 5.

(89) Fleury depõe sobre Carandiru amanhã, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 18.12.1995, p. 3. Ver ainda: Fleury a favor da invasão ao Carandiru, *O Estado de S. Paulo*, 02.08.1996, p. C7.

(90) O conselho do Tribunal de Justiça Militar baseou a decisão em um requerimento da promotora Stella Kuhlmann, que havia pedido a extração de cópias dos depoimentos do ex-governador Luiz Antônio Fleury Filho e do ex-secretário de Segurança Pública Pedro Franco de Campos.

Stella Kuhlmann queria que as cópias fossem enviadas à Procuradoria Geral de Justiça, para que o órgão examinasse a suposta responsabilidade das duas autoridades no caso.

A 1.ª auditoria determinou, entretanto, que não só os depoimentos de Fleury e Campos fossem para a Justiça comum, mas todo o processo, alegando que ele não poderia ser desmembrado.

Segundo Stella Kuhlmann, o TJM se precipitou em remeter o processo inteiro à Justiça Comum.

"Os PMs envolvidos só passariam a ser julgados pela Justiça Comum caso o ex-governador e o ex-secretário de Segurança fossem a julgamento." Ela diz que vai recorrer da decisão do TJM.

(91) Manobra levou massacre à Justiça comum, diz Bicudo, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 15.02.1996, p. 2.

res estavam tentando reduzir as pressões sobre a Justiça Militar.[92] O advogado Antônio Cândido Dinamarco, que representava 48 policiais militares, apresentou um recurso visando que o Tribunal reformasse sua decisão de enviar o caso para a Justiça Comum e previa que se o caso permanecesse na Justiça Militar talvez pudesse ainda ser julgado em maio.[93]

Em maio de 1996, o caso Carandiru é enviado para o Superior Tribunal de Justiça para que este decida se ele pode ser transferido para a Justiça Comum.[94] Isto ocorre enquanto o Senado delibera sobre o projeto de lei que poderia remeter o caso à Justiça Comum. No dia 13 de maio de 1996, é anunciado o Plano Nacional de Direitos Humanos do governo Fernando Henrique,[95] o qual previa, entre outras medidas, a implosão do Carandiru. O Tribunal de Justiça de São Paulo também fica em evidência perante a opinião pública.[96] Decisão sobre pedido de indenização de família de preso morto julga-o improcedente e o desembargador Rafael Salvador argumenta que a polícia militar não queria matar com a seguinte frase: "Se a polícia tivesse entrado para matar, por que, em um presídio com mais de 8.000 presos, foram mortos apenas 111?"

Em agosto de 1996, o presidente Fernando Henrique Cardoso *sancionou a lei que transferiu da Justiça Militar para a Justiça Comum*[97] *a competência para julgar policiais militares acusados de crimes dolosos contra a vida (lei federal 9.299/96).* O projeto originariamente apresentado pelo deputado Hélio Bicudo (PT-SP) transferia da Justiça Militar para a Justiça Comum a competência para julgar policiais militares acusados de *qualquer crime comum.* Este projeto, que obteve apoio do ministro da Justiça Nelson Jobim, foi aprovado na Câmara dos Deputados. O Senado, no entanto, o rejeitou substituindo-o por outro, de autoria do deputado Genebaldo Correia (PMDB-BA). Retornando à Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado. Em agosto de 1996, o deputado Hélio Bicudo apresentou nova versão do seu projeto original e conseguiu aprová-lo na Câmara dos Deputados em 30 de abril de 1997. Atualmente, o projeto de lei do deputado Hélio Bicudo tramita no Senado Federal.

(92) Tribunal de SP recebeu sugestões sobre Carandiru, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 26.03.1996, p. 1

(93) Caso do Carandiru pode voltar a tribunal militar, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 27.02.1996, p. 3.

(94) Pela Constituição Federal, art. 105, I, o Superior Tribunal de Justiça julga os governadores em crimes comuns. Assim, se o ex-governador Luiz Antônio Fleury Filho fosse denunciado como réu pela Procuradoria Geral de Justiça competiria ao STJ julgá-lo. Mas o ex-governador não foi responsabilizado em nenhuma investigação oficial. Aliás, o ex-secretário de Segurança Pública, Pedro Franco de Campos, também não foi acusado em nenhum processo.

(95) FHC anuncia implosão do Carandiru, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 13.05.1996, p. 7.

(96) Pedido de indenização de família de preso morto foi julgado improcedente ontem em São Paulo, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, p. 5.

(97) Aqui entendida a Justiça ordinária local.

"Competência. Justiça Militar Estadual e Justiça Estadual Comum. Ação Penal em Curso. Lei 9.299/96. Aplicação Imediata.

Os crimes previstos no CPM, art. 9.°, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, são da competência da Justiça Comum (Lei 9.299/96). E, por força do princípio da aplicação imediata da lei processual (CPP, art. 2.°), afasta-se a competência da Justiça Militar para processar e julgar a ação penal em curso. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da Vara do Júri (CC 17.665-SP)."

(STJ, Confl. Comp. 17.665/96, SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27.11.1996. *DJU*, 17.02.1997, p. 2. Fonte: Banco de Dados da Juruá)[98]

Em janeiro de 1997, o coronel Ubiratan Guimarães – que comandou a invasão do Carandiru – tomou posse como deputado estadual em São Paulo[99] e foi, por isso, excluído do processo pois passa a gozar de foro especial.[100] Ironicamente, o coronel já, em abril, fazia parte de uma CPI sobre a violência policial em Diadema.[101]

No dia 26 de março de 1997, o juiz Nilson Xavier de Souza, da 2.ª Vara do Júri, pronunciou por sentença os réus. Existem alguns pontos nesta sentença que antecipam os problemas a serem resolvidos. Primeiro, a defesa insiste no pedido de confronto balístico, mas esta prova será de materialização quase impossível.[102]

(98) Deve-se mencionar ainda: "Competência. Crime militar. Policial. Aplicação da Lei 9.299/96. Ao definir a competência da Justiça comum para os crimes contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Lei 9.299/96 (Boletim Informativo da Juruá 120) é de aplicação imediata, a teor do disposto no CPP, art. 2.° Recurso provido. (STJ, Rec. de HC 5660, SP, Rel: Min. William Patterson, Julg. em 19.08.1996, Fonte: Banco de Dados da Juruá)

(99) Coronel da PM que teria dado ordem para a invasão do Pavilhão 9 da Detenção, em SP, assume cargo de deputado, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 04.01.1997, p. 3.

(100) Pela Constituição do Estado de São Paulo, art. 14, § 4.° – Os deputados serão submetidos a julgamento perante o Tribunal de Justiça do Estado.

(101) Coronel do massacre dos 111 integra CPI, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 04.04.1997, p. 5.

(102) "Observo que esta matéria já foi objeto de apreciação anteriormente quando os autos ainda tramitavam pela Justiça Militar e, em razão da informação prestada pelo Instituto de Criminalística, dando conta da inexistência de meios materiais para sua realização, o pedido foi indeferido.

Posteriormente, em dezembro de 1995, veio para os autos um ofício do Instituto de Criminalística, noticiando que estava em fase de aquisição um comparador balístico computadorizado Ibis, de procedência americana, que uma vez adquirido permitiria que o exame fosse realizado em apenas um mês (fls. 7.873).

Ocorre que conforme o ofício juntado recentemente aos autos, em resposta a consulta que fiz, o diretor do mesmo Instituto de Criminalística informou que o referido aparelho não chegou a ser adquirido (fls. 8266). Sentença de pronúncia do Juiz Nilson Xavier de Souza, *Processo* 223/96, 2.ª Vara do Júri, Jabaquara, fls. 24-25.

Segundo, a defesa atribui, de forma praticamente unânime, defeito na peça inicial acusatória (inépcia da denúncia) *por não individualizar as condutas dos réus.* Na sentença de pronúncia, o juiz Nilson Xavier de Souza escreve que:

"No que concerne à individualização das condutas, esta exigência deve ser analisada em face do caso concreto.

O Ministério Público na denúncia desenvolve seu raciocínio jurídico partindo do pressuposto de que os policiais militares, fortemente armados, agiram tresloucadamente e impelidos sob *animus necandi*, proferindo inúmeros disparos de projéteis de armas de fogo contra presos alojados no interior de celas e em trânsito desesperado pelos corredores (fls. 30), transformando, de forma arbitrária e ilicitamente, penas privativas de liberdade em penas capitais, esclarecendo que cada qual dos agentes tinha ciência de contribuir para a realização de obra comum (fls. 42, 46 e 59).

Em outras palavras, dentro daquilo que é possível em um caso excepcional como este, a exigência legal de descrição das condutas foi atendida.

Exigir mais do que isto na peça acusatória, no quadro acima descrito, é fazer o direito escravo da forma e como tal instrumento de negação do próprio direito."[103]

O problema da individualização das condutas, assim como o da ausência de indicação do elemento subjetivo na peça acusatória estão no centro da estratégia da defesa dos réus. Mas a palavra final sobre estas questões ficará a cargo do Conselho de Sentença.

"Os jurados deverão dizer, no julgamento de cada um dos réus, se estes efetivamente ingressaram no estabelecimento e em seu interior agiram imbuídos de ânimo homicida e se, no caso de resposta afirmativa para qualquer um deles, os demais réus aderiram a esta motivação."[104]

Em abril de 1997, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou que o caso Carandiru ficasse na Justiça Comum. Em junho, depois de mais de um ano parado, e depois de ouvir novamente parte dos policiais militares envolvidos na invasão, seis promotores concluem seus pareceres sobre o caso e o enviam ao juiz Nilson Xavier de Souza do 2.º Tribunal do Júri.[105] Em agosto, o desembargador Mohamed Amaro envia pedido à Assembléia Legislativa para que seja concedida licença para processar criminalmente o coronel Ubiratan Guimarães, que passou a gozar de imunidade parlamentar formal.[106] O processo do coronel Guimarães tinha sido

(103) Sentença de pronúncia do Juiz Nilson Xavier de Souza, *Processo* 223/96, 2.ª Vara do Júri, Jabaquara, fls. 27-28.

(104) Sentença de pronúncia do Juiz Nilson Xavier de Souza, *Processo* 223/96, 2.ª Vara do Júri, Jabaquara, fls. 106.

(105) Julgamento deve ser definido neste ano, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 28.09.1997, p. 2.

(106) A imunidade formal é o instituto que garante ao parlamentar não ser preso, ou permanecer preso, ou ser processado sem autorização de sua Casa Legislativa respectiva. A Constituição do Estado de São Paulo afirma no seu art. 14, § 1.º:

desmembrado, e sendo concedida licença pela Assembléia Legislativa para prosseguimento do processo criminal, deveria ser julgado pelo Tribunal de Justiça porque o parlamentar goza de prerrogativa foro em razão da função.

No dia 10 de setembro, o promotor Ivan Francisco Pereira Agostinho, do 2.º Tribunal do Júri, solicitou que os processos de alguns policiais militares acusados de lesões corporais graves fosse suspenso. A decisão se baseia no artigo 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. O artigo prevê a possibilidade da suspensão condicional do processo para crimes com pena mínima de até um ano de prisão.[107]

Cinco anos depois da invasão do Carandiru, o ex-governador Fleury admite que houve um massacre devido à "perda de comando."[108] Nenhum policial militar havia sido ainda julgado. Esgotava-se o prazo[109] para ajuizamento de ações de indenização em nome das vítimas: foram ao todo 59 ações, das quais vinte e duas foram julgadas procedentes e quatro improcedentes.[110] As restantes ainda não haviam sido julgadas em primeiro grau. Apesar de algumas vitórias nas ações de reparação de danos movidas pelas famílias das vítimas no Tribunal de Justiça de São Paulo, nenhuma havia recebido o dinheiro das indenizações até aquele momento.[111] Em novembro de 1997, ocorria a sexta rebelião de presos da Casa de Detenção, na qual se fizeram reféns. Com essa nova revolta, foi quebrado o recorde de rebeliões de 1996, quando foram registrados cinco casos.[112]

"Desde a expedição do diploma, os membros da Assembléia Legislativa não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença do Plenário".

(107) PMs devem ter seus processos suspensos, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 21.09.1997, p. 7.

(108) São declarações do ex-governador Fleury na entrevista: "Enquanto houve comando, a ação estava correta. Quando pelas circunstâncias fáticas, desapareceu o comando, surgiram as ações individuais sem controle. Aí sim dessas ações individuais, você pode falar em massacre, em ações de extermínio". Fleury admite massacre na Detenção em 92, *Folha de S. Paulo,* 28.09.1997, caderno Cotidiano, p. 1.

(109) Prazo esse de natureza prescricional, e que mais tecnicamente se refere à pretensão indenizatória.

(110) Deve-se ler atentamente esta informação contida neste parágrafo pois refere-se à situação *cinco anos após o episódio*, conforme balanço realizado pela imprensa à época. Em junho de 1999, em entrevista com a procuradora Cláudia Simardi, responsável pelas ações indenizatórias que ainda estão em andamento, movidas pela Assistência Judiciária da PGE/SP, o autor obteve a informação que: "59 ações indenizatórias foram movidas somente pela Assistência Judiciária. E que uma ação ainda seria movida no caso de um menor morto no episódio do Carandiru. Seriam, ao todo, 60 ações de reparação de danos."

(111) Famílias ainda não receberam dinheiro, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 28.09.1997, p. 3.

(112) Seis detentos fazem reféns no Carandiru, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 01.11.1997, p. 8.

No dia 27 de março de 1998, o juiz do 2.° Tribunal do Júri Nilson Xavier de Souza proferiu sentença de 120 páginas que manda para julgamento 85 dos 121 policiais militares acusados no caso Carandiru. Dos 85 réus pronunciados, 43 são oficiais. Entre os principais réus que foram pronunciados por homicídios estão os oficiais que comandaram a operação, Luís Nakarata, Vanderley Mascarenhas e Ariovaldo Sérgio Salgado. Doze policiais militares foram denunciados por dez homicídios e três tentativas de morte. Quinze policiais por oito homicídios e duas tentativas; vinte e oito por quinze homicídios. Outros 32 acusados serão julgados por crimes de lesão corporal em varas comuns.[113] *Todos os policiais militares recorreram ao Tribunal de Justiça contra a sentença de pronúncia do juiz*, o que pode retardar mais o processo judicial.[114] O ex-governador Fleury, que autorizou a operação no Carandiru, e o ex-secretário de Segurança Pedro Franco Santos que passou o comando da operação para a Polícia Militar foram excluídos do processo por não terem sido denunciados pelo Ministério Público.

No dia 02 de abril de 1998, o coronel Ubiratan Guimarães – que havia assumido uma vaga de suplente de deputado – foi obrigado a deixar o cargo de deputado estadual (PSD), pois o titular da vaga pediu exoneração do cargo de secretário estadual de Habitação para tentar reeleição e reassumiu a sua vaga. O privilégio do coronel Guimarães de ser julgado pelo Tribunal de Justiça (foro especial) era mantido em função do cargo que exercia. Com o fim de sua imunidade parlamentar era possível o seu processo voltar para o 2.° Tribunal do Júri. No dia 21 de setembro de 1998, ocorreu o pronunciamento do coronel Ubiratan Guimarães: ele poderá ser o primeiro coronel da Polícia Militar a ser julgado na Justiça Comum de São Paulo.[115] O coronel Guimarães tentou ser eleito deputado nas eleições de outubro de 1998 – usando mais uma vez o número 111 para sua cédula eleitoral – mas não obteve a vaga. No entanto, houve recurso da sentença de pronúncia, o que pode retardar o julgamento do coronel em mais de um ano. A defesa pleiteava no recurso a nulidade da sentença de pronúncia, alegando que a competência para processar e julgar o coronel é da Justiça Militar Estadual. Quanto ao mérito, afirmava que o caso é de *absolvição sumária*.

O ano de 1998 terminou com a divulgação do parecer do procurador de Justiça Carlos Henrique Mund, ex-oficial da Polícia Militar[116] que representa o Ministério Público Estadual na Segunda instância, que *pediu a absolvição sumária do coronel Ubiratan Guimarães*. O parecer foi proferido no recurso contra a decisão do juiz do 2.° Tribunal de Júri que pronunciou o coronel por 111 homicídios

(113) Massacre do Carandiru: policiais vão a julgamento. Mas manobras podem retardar ação da Justiça, *Jornal da Tarde*, caderno Geral, 28.03.1998.

(114) Carandiru: coronel do massacre pode ir a júri, *Jornal da Tarde*, 02.10.1998.

(115) Comandante da invasão no Carandiru vai a júri popular, *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 01.10.1998.

(116) O procurador Carlos Mund era, na época da feitura do parecer, membro do Clube dos Oficiais da Corporação. Por isso, a rigor deveria dar-se por impedido, apesar do processo ter chegado às suas mãos por sorteio e cada procurador gozar de independência funcional.

qualificados e cinco tentativas de morte qualificadas. O procurador afasta inicialmente a argüição de incompetência, acolhendo a decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a competência da Justiça Comum no caso. Quanto ao mérito, o procurador de Justiça Carlos Mund afirma que a ação da Polícia Militar na invasão do Carandiru foi legítima, estando o coronel Ubiratan Guimarães acobertado por três excludentes de criminalidade: *legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal* e *inexegibilidade e conduta diversa.*[117] O parecer do procurador Mund gerou controvérsia dentro do próprio Ministério Público paulista.[118]

Em março de 1999, após seis anos e cinco meses da invasão do Carandiru, nenhum policial militar que participou da operação foi julgado, nem há data prevista para tal julgamento. Espera-se que ainda em 1999 o processo suba ao tribunal de justiça para os recursos sobre a sentença de pronúncia. O grande número de policiais envolvidos no caso Carandiru e a lentidão forense, propiciada por manobras processuais protelatórias e obstáculos político-corporativos, evoca na memória *social* o processo contra os policiais civis que integravam os *esquadrões da morte* em São Paulo. Os processos se arrastaram por mais de 15 anos e poucos policiais foram condenados, pois as ações penais prescreveram.

Dentre as várias questões que podem ser suscitadas pela trajetória do tratamento judicial dado à responsabilidade *penal* dos *policiais militares* envolvidos no

(117) "Segundo Mund, o coronel Ubiratan só agiu quando as autoridades civis, após cinco horas de tentativas de negociação, ordenaram a invasão para restabelecer a ordem. Para ele, o plano tático de Ubiratan "foi perfeito". Quando os PMs entraram no Pavilhão 9 foram agredidos. Os policiais defenderam-se como puderam, daí a circunstância de alguns presos apresentarem tiros nas costas.

Mund reconhece que foi grande o número de mortos e feridos, mas a responsabilização depende da individualização da conduta de cada PM. Mas a polícia científica não dispõe de recursos para a confrontação balística para determinar de que armas partiram os tiros. Faltou "vontade política" para adquirir por US$ 540 mil um comparador balístico computadorizado Ibis, de procedência norte-americana, que possibilitaria a identificação.

Mund termina com crítica ao Judiciário e ao Ministério Público, que sequer indiciaram os presos "que praticaram toda a sorte de crimes durante a rebelião", por não ter sido possível elucidar as autorias. Para ele, o mesmo critério deve ser aplicado com relação aos PMs. "Procurador pede absolvição para líder do massacre do Carandiru", matéria assinada por Thélio de Magalhães. *Jornal da Tarde*, 19.12.1998.

(118) Por exemplo, o procurador de Justiça José Guerra Armede, em entrevista à imprensa, declarou que apesar da independência dos membros do Ministério Público, Mund "não levou em conta o artigo 408 do Código de Processo Penal. Segundo este dispositivo, basta indícios de autoria e prova da existência material do crime para que o acusado seja pronunciado. Em seu entender, houve também afronta à Constituição, que elegeu como juiz natural, nos casos de crimes dolosos contra a vida o Tribunal Popular". Cf. Procurador pede absolvição para líder do massacre do Carandiru, matéria assinada por Thélio de Magalhães. *Jornal da Tarde*, 19.12.1998.

conflito na Casa de Detenção está a seguinte: *Por que a questão da competência da Justiça Militar para processar e julgar os policiais militares ganhou tanta importância política e processual?*

O significado desta disputa é compreendido quando se reaprecia a história recente dos mecanismos jurídicos *criados e usados* pelo regime militar para *proteger* o funcionamento do aparato repressivo na área da segurança interna.

O regime militar havia estabelecido, como importante mecanismo de repressão legal aos seus adversários políticos, *o julgamento de civis em tribunais militares*. O art. 8.º do Ato Institucional 2, de 27 de outubro de 1965, modificou a competência da Justiça Militar para estender o *foro especial* aos "*civis*, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança *nacional* ou as instituições militares". A alteração implicava em submeter os *civis* à Justiça Militar *não mais apenas* nos crimes contra a segurança *externa* do país (conforme o preceito § 1.º do art. 108 da Constituição de 1946). Pelo AI-2 há crimes contra a segurança *interna* – isto é, contra as instituições e ordem política do Brasil – que passam a ser contidos na expressão "segurança nacional". A Carta semi-outorgada de 1967, a primeira do regime militar, constitucionaliza o dispositivo do AI-2: é da competência da Justiça Militar processar e julgar "*civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou às instituições militares*, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal" (CF de 1967, art. 122, § 2.º). A Carta de 1969 mantém o mesmo "programa da norma,"[119] apesar de alterar o texto do dispositivo, seu teor literal:[120] a possibilidade de recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal continua prevista no art. 119, II, b da Emenda Constitucional de 1969.

A legislação militar foi editada, através de decretos-leis, no período de crescente endurecimento[121] do regime militar. Este período vai de 13 de março de 1967, quando foi editado o Decreto-lei 317 – popularmente conhecida como "Lei Orgânica da Polícia" – até 21 de outubro de 1969.[122] Esta legislação faz parte do chamado "lixo autoritário" em vigor, em grande parte, até hoje.

Em 1977, antecipando o fim da transição política para um regime não mais militar, a Emenda Constitucional 7 retira da Justiça Comum e transfere para a

(119) Expressão de Friedrich Müller. "Uma norma jurídica é – assim como ela age efetivamente – mais do que o seu teor literal. O teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o "programa da norma". Cf. MULLER, Friedrich. *Direito – linguagem – violência: elementos de uma teoria constitucional, I*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 42-43.

(120) Cf. EC 1 de 1969, art. 127, § 1.º – "Este foro especial estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares".

(121) Ler a respeito, HUGGINS, Martha K. *Polícia e política: relações Estados Unidos/ América Latina*. São Paulo : Cortez, 1998, p. 139-227.

(122) Nesta data foram editados através de decretos-lei o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e a Lei Orgânica Judiciária Militar.

Justiça Militar estadual a competência para "processar e julgar, *nos crimes militares definidos em lei*, os integrantes das *polícias militares*".[123] A *lei* a que se refere o preceito do AI-2 é o Código Penal Militar. Lamentavelmente, a Constituição democrática de 1988 não havia ainda superado este problema herdado do regime militar,[124] nem uma lei infraconstitucional havia afastado a aplicação do Código Penal Militar nesta matéria.

Pela orientação democrática da Constituição de 1988 e pela tradição doutrinária do Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal anterior ao regime militar, a interpretação adequada seria de que a Justiça Militar *julga crimes militares definidos em lei*, e não dos militares. Permitir que a Justiça Militar julgasse crimes praticados em policiamento, crimes comuns, praticados por policiais *militares* era, inclusive, criar uma situação de enorme desigualdade em relação aos policiais *civis*. Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adotada até 1978 afirmava:

"Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles" (Súmula 297 do STF).

A competência atribuída à Justiça Militar, composta por quatro oficiais da Polícia Militar e um auditor civil, de julgar os crimes comuns praticados por policiais militares, em atividades de policiamento, serviu para proteger indevidamente os abusos cometidos pela corporação policial-militar.[125] Neste sentido, o *conflito de competências* que permeia a trajetória judiciária do caso Carandiru – a tentativa de se efetuar um julgamento dos policiais militares no Tribunal do Júri – encontra sua dinâmica política *latente* no processo inconcluso de democratização institucional do Brasil. Ao se tentar vislumbrar uma repercussão institucional democrática no caso Carandiru, pode-se afirmar que o tormentoso percurso da resolução judicial do conflito *em termos de responsabilidade penal* e sua visibilidade pública tornaram politicamente possível uma inovação legislativa – a *lei federal 9.299/96* – que, *apesar de carente de aperfeiçoamento*,[126] afrouxou uma das amarras que prendiam o Judiciário à tutela herdada do

(123) Emenda Constitucional 7 de 14.04.1977 que modifica o art. 144, § 1.º da Carta de 1969.

(124) Ler a respeito, ZAVERUCHA, Jorge. O Congresso, o Presidente e a Justiça Militar, *Justiça & Democracia* 3, São Paulo, Associação Juízes para a Democracia – Ateliê Editorial, 1997, p. 141-152.

(125) "Estes tribunais funcionam de modo análogo aos tribunais militares (da época da ditadura) para proteger os membros do aparato repressivo: promotores são ameaçados e intimidados, e casos podem esperar nos tribunais por até dez anos antes de um veredicto ser dado, enquanto os policiais acusados continuam a trabalhar nas ruas, etc." PEREIRA, Anthony W. O monstro algemado? Violência do Estado e repressão legal no Brasil, 1964-1997. In *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Organizador: ZAVERUCHA, Jorge. Recife : Edições Bagaço, 1998, p. 54.

(126) A lei federal 9. 299/96 encaminha à Justiça comum apenas os crimes dolosos contra a vida dos civis. "Como a investigação do crime continua nas mãos dos militares,

regime militar. Pela lei 9.299/96, a polícia militar ainda *investiga* seus próprios membros em crimes civis de policiamento, o que pode constituir um incentivo à arbitrariedade e à garantia da impunidade.[127]

Antes de concluir esta seção, convém retornar à linha de argumentação dos defensores dos policiais militares no caso Carandiru e apreciar as duas questões principais que se colocarão perante o júri popular. A sentença de pronúncia assinala que a primeira tese da defesa é de que os réus *agiram em estrito cumprimento do dever legal.*[128]

A questão que se apresenta consiste em saber se diante de uma situação de efetiva desordem e descontrole no Pavilhão 9 a resposta adotada foi a mais adequada.

"E mais que isso, é de se questionar se confirmada a necessidade de invasão, houve organização na operação, instrução da tropa e utilização de procedimento e armamentos compatíveis com as peculiaridades do estabelecimento prisional.

Em outras palavras, o ingresso no estabelecimento de policiais portando metralhadoras, fuzis, baionetas e revólveres era o meio mais adequado para controlar a rebelião? Foram efetivamente esgotados os meios para uma solução negociada para o problema? E estas dúvidas mais se acentuam quando se percebe que em episódios posteriores e igualmente graves a conduta da Polícia militar foi diferente, tentando-se até o último instante uma solução que dispensasse o uso da força."[129]

Esta indagação solicita um exame da adequação da diretriz política (*policy*) adotada ao contexto local específico. A pertinência desta questão justifica-se porque a autoridade pública deve observar o "devido processo legal" que norteia e vincula toda sua atividade.

"É sabido que um fato considerado crime perde seu caráter ilícito quando praticado no cumprimento de um dever legal, mas é necessário que a conduta

o Inquérito Policial Militar (IPM) será enviado à justiça militar, cabendo a mesma a decisão final da existência ou não do dolo. Caso decida pelo dolo, os autos do IPM serão encaminhados à Justiça Comum". Cf. ZAVERUCHA, Jorge. idem. p. 147.

(127) Causa espanto que quase todos os oficiais envolvidos na invasão da Casa de Detenção já respondesse, na época, a inúmeros processos criminais, a maioria dos quais não terminados. Ao todo eram 148 processos, na sua grande maioria referentes a homicídios e tentativas de homicídios, conforme se constata nas folhas de antecedentes desses oficiais da Polícia Militar e das certidões do Tribunal de Justiça Militar. Ver: Relatório da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, transcrito in MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo.* São Paulo : Cortez, 1993, p. 70-71.

(128) Código Penal, art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: III – *em estrito cumprimento de dever legal* ou no exercício regular de direito.

(129) Sentença de pronúncia do Juiz Nilson Xavier de Souza, *Processo* 223/96, 2.ª Vara do Júri, Jabaquara, fls. 102.

esteja dentro dos limites traçados na lei. Fora disso, o que existe é abuso de direito ou excesso de poder (RT 486/277).

De outra parte, já se decidiu que a causa excludente da criminalidade prevista no atual artigo 23, inciso III do Código Penal, só merece aceitação se o agente agir estritamente, sem exorbitar-se (RT 517/295).

O agente que invoca o estrito cumprimento do dever legal deve demonstrar que usou a força na medida do necessário, pois qualquer excesso caracteriza ilícito punível.

E mais. O estrito cumprimento do dever legal exige que se demonstre que antes do recurso extremo de uso de armas de fogo aqueles que o invocam devem comprovar que usaram força física ou astúcia para enfrentar a situação. É o que se depreende da análise de acórdão constante da RT 482/398.

Por tudo o que consta dos autos seria por demais temerário nesta fase do processo reconhecer, de pronto, a excludente invocada, embora não seja impossível que ela venha a ser admitida pelo Conselho de Sentença a quem cabe, em casos de crimes dolosos contra a vida, o exame mais aprofundado da prova."[130]

A segunda tese avançada pela defesa dos réus concerne a outra excludente de ilicitude invocada, *a legítima defesa*.[131] As questões apresentadas ao júri são as seguintes: Estariam os réus repelindo agressão contra suas pessoas? Em caso afirmativo, essa repulsa foi exercida com o emprego dos meios necessários? E, finalmente, em sendo afirmativa a resposta, houve moderação no uso desses meios?[132]

Considerando o que foi exposto do caso Carandiru pode-se concluir que as respostas às perguntas acima não emergiram de forma clara, cristalina e induvidosa do conjunto probatório. Portanto, a procura de respostas a essas difíceis perguntas serão um desafio para o júri.

"Por tudo isso, os jurados é que deverão ser chamados para dizer se em face das particularidades do caso concreto; da situação que os policiais encontraram no momento da invasão; da resistência que teria sido oferecida pelos detentos; dos ataques que estes teriam endereçado aos réus; da condição das vítimas, detentos que cumpriam pena; da preocupação da tropa em relação a um possível contágio por Aids; do número de disparos realizados; dos sinais de vários projéteis em várias paredes, inclusive no interior das celas; em face do número de projéteis encontrados em detentos (alguns com cerca de treze projéteis); em face das lesões provocadas por arma branca; em face dos ferimentos provocados nos próprios policiais, se efetivamente os réus estão acobertados pela excludente invocada ou

(130) Sentença de pronúncia do Juiz Nilson Xavier de Souza, *Processo n.º 223/96, 2.ª Vara do Júri,* Jabaquara, fls. 103.

(131) Código Penal, art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: II – em legítima defesa.

(132) Código Penal, art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

se, embora inicialmente agindo sob o manto dessa, em determinado momento houve algum excesso pelo qual devam responder."[133]

Por último, há uma questão importante para se obter sucesso na persecução criminal no caso Carandiru: Existem suficientes *provas individualizadoras para determinar a autoria dos delitos cometidos?* Os juízes corregedores que examinaram o caso indicaram imediatamente o problema:

"Pelos depoimentos coligidos não foi possível identificar quaisquer dos agressores, policiais ou até mesmo presos. Todos, categoricamente, negaram a possibilidade de um reconhecimento pessoal. *Assim, no tocante à identificação da autoria dos delitos em tese praticados, somente o exame pericial de balística poderá apontar os responsáveis*, trabalho ainda não concluído e que, a seu tempo, será encartado nos procedimentos em tramitação para a apuração específica dos aludidos crimes"[134] (itálicos nossos).

O exame pericial de balística, conforme exposto anteriormente, não pode precisar a autoria dos delitos praticados. Por conseguinte, os agentes criminosos provavelmente não sofrerão sanções penais e o interesse social na responsabilização *criminal* nessas graves violações do direitos humanos não será satisfeito.

(133) Sentença de pronúncia do Juiz Nilson Xavier de Souza, *Processo n.º 223/96, 2.ª Vara do Júri,* Jabaquara, fls. 104.

(134) PIETÁ, Elói e PEREIRA, Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*, São Paulo : Scritta, 1993, p. 216-217.

8

DA PREVENÇÃO PENAL À "NOVA PREVENÇÃO"

CRISTINA ZACKSESKI

SUMÁRIO: 1. A crise da prevenção penal: 1.1 Prevenção geral negativa; 1.2 Prevenção especial positiva; 1.3 Prevenção especial negativa; 1.4 Prevenção geral positiva – 2. Delineamentos de uma nova proposta preventiva: 2.1 Tentativa de definição; 2.2 Caracterização e fatores concorrentes; 2.3 Modelos e níveis preventivos: 2.3.1 Inglaterra; 2.3.2 França; 2.3.3 Holanda – 3. As dificuldades de avaliação das novas políticas preventivas – 4. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: Este artigo tem por objetivo a introdução da temática preventiva no quadro transformador das respostas alternativas à criminalidade de rua. Parte-se de considerações sobre o sistema de justiça criminal, onde está inserido o discurso preventivo tradicional, para desenvolver, posteriormente, a análise do surgimento de uma nova tendência em matéria de prevenção.

Palavras-chave: Criminologia – Prevenção penal – Propostas – Novas tendências preventivas – Modelos preventivos: Inglaterra, Holanda e França.

1. A crise da prevenção penal

> "A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais". (Eugênio Raul Zaffaroni. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.* Rio de Janeiro : Revan, 1991, p. 15).

O sistema de justiça criminal,[1] do modo como está estruturado, dirige sua

(1) O sistema de justiça criminal ou sistema penal de que falaremos é aquele "(...) (sub)sistema de 'controle social', entendendo-se por este termo, em sentido lato, as formas com que a sociedade responde, formal e informalmente, institucional e difusamente, a comportamentos e a pessoas que contempla como desviantes problemáticos, ameaçadores ou indesejáveis, de uma forma ou de outra e, nesta reação, demarca (seleciona, classifica, estigmatiza) o próprio desvio e a criminalidade como forma específica dela".

atenção a uma parte mínima da violência da sociedade através do conceito de criminalidade, elaborado por aqueles que detêm o poder de definição. Assim, dotado de uma seletividade estrutural, caracterizada pela "discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades reais de intervenção do sistema,"[2] e também por uma orientação que restringe sua atuação a determinados delitos[3] e delinqüentes, com uma conotação social,[4] ele está apto a dar apenas uma resposta penal simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana.

Os resultados que demonstram a crise do sistema de justiça penal – segundo a análise histórica e social de Alessandro Baratta – podem ser condensados na seguinte afirmação: "(...) o sistema de justiça criminal apresenta-se inadequado em relação a suas funções declaradas. Quer dizer que a pena, como instrumento principal deste sistema, está falida no que diz respeito as suas funções de prevenção da criminalidade."[5]

Um dos problemas que mais preocupou os autores desde as primeiras teorizações do Direito Penal, no final do século XVIII, foi a pena.[6] Na verdade, a âncora do sistema penal nada mais é do que uma violência posterior para compensar uma violência anterior, ou mesmo uma violência institucional[7] dirigida às formas de violência individual, cumprindo a função de reprodução da violência estrutural[8]

Podemos fazer, então, uma distinção entre "(...) controle social formal (ou institucionalizado) e informal (ou difuso) conforme, respectivamente, a inespecificidade ou especificidade de atribuição normativa: enquanto o primeiro é aquele exercido por agências que têm atribuição normativa específica para intervir; o segundo é exercido de forma inespecífica na sociedade". (Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal: em busca da segurança jurídica prometida.* Florianópolis, 1994. Tese de Doutorado em Direito – Curso de pós-graduação, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 280).

(2) Alessandro Baratta. *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal.* Alemanha : Universidade de Saarland,1993, p. 8.

(3) Assim como no material bibliográfico consultado, utilizaremos concomitantemente os temos "delito", "crime", "desvio", "infração" e suas variantes.

(4) Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...,* ob. cit., 1994, p. 407.

(5) I nuovi orizzonti della prevenzione. *Sicurezza e Territorio,* Bologna, 1993, p. 9.

(6) Juan Bustos Ramírez. *Bases críticas de un nuevo derecho penal.* Bogotá : Temis, 1982, p. 151.

(7) Para Alessandro Baratta a violência é institucional quando o agente é um órgão do Estado, um governo, o exército ou a polícia. (*Direitos humanos...,* ob. cit., 1993, p. 6).

(8) Segundo o mesmo autor, violência estrutural "é a repressão das necessidades reais e portanto dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social", onde necessidades reais são entendidas como "as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social". Idem, p. 4-5.

e garantindo a desigualdade nas relações de poder e propriedade.

No entanto, esse mesmo sistema persegue a realização de funções simbólicas, cujo efeito não pode ser subestimado – uma vez que produz resultados, embora não sejam aqueles previstos – que representa ainda uma inadequação com respeito à proteção real de bens e pessoas.

Para compreendermos melhor a (dis)funcionalidade[9] desse sistema, descrita nos últimos vinte anos pela Criminologia Crítica, é preciso que se proceda à análise das teorias da pena, que se baseiam na promessa de cumprimento da função instrumental da defesa social e do controle efetivo da criminalidade.[10] Nessas teorias são propostas funções inalcançáveis (prevenção geral negativa e prevenção especial positiva) e outras impróprias à persecução dos fins preventivos (prevenção especial negativa e prevenção geral positiva).

1.1 Prevenção geral negativa

A idéia[11] de prevenção geral negativa, centrada na intimidação pela cominação da pena em abstrato, criando uma contramotivação aos comportamentos ilegais, ou simplesmente a dissuasão dos infratores potenciais, teve sua origem no período da chamada Escola Clássica.[12] Nessa escola o delito era entendido como violação do Direito, ou – como descreve Antonio García-Pablos de Molina,[13] retratando uma verdadeira batalha – no enfrentamento simbólico entre dois rivais, o Estado e o infrator, onde este último se submete à "força vitoriosa do Direito". Sua unidade ideológica fundava-se no poder de punir, limitado pela liberdade individual. O crime era concebido como ente jurídico baseado no

(9) Entendida aqui em relação à não realização das funções declaradas, e, em contrapartida, à realização de funções não declaradas.

(10) Alessandro Baratta. *Direitos humanos...*, ob. cit., 1993, p. 10.

(11) A concepção de cada um desses diversos tipos de prevenção surge com as escolas que estão descritas rapidamente nas páginas que seguem, o que não significa que as denominações correspondentes fossem utilizadas à época da aparição de cada um deles. Para efeito da construção dos respectivos discursos, as tipologias serão apresentadas com as denominações correntes utilizadas na dogmática penal. Portanto, conforme forem surgindo as denominações, entenda-se que se referem apenas às suas concepções e não destas com as denominações atuais.

(12) Essa escola refere-se às teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena, desenvolvidas em diversos países europeus desde o século XVIII até os primeiros anos do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Salientam-se as obras do período filosófico dessa escola como as de Jeremy Bentham na Inglaterra, Anselm von Feuerbach na Alemanha e Cesare Beccaria na Itália.

No período jurídico destacam-se Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi e Francesco Carrara. (Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 109).

(13) *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo : RT, 1992, p. 250-251.

livre-arbítrio, ou seja, representava a violação consciente e voluntária da norma penal.[14] A pena, por sua vez era retributiva, como uma forma de tutela jurídica, reestabelecendo o equilíbrio rompido pelo crime.

Nessa escola, porém, foram registradas várias divergências, dentre as quais a diferenciação, de um lado, da concepção preventiva da pena ou das *Teorias Relativas da Prevenção* (representadas pelos clássicos do primeiro período – ou período filosófico – como Beccaria), e de outro lado, da concepção retributiva (com os clássicos do segundo período – ou período jurídico – onde um dos principais representantes foi Carrara) das *Teorias Absolutas da Retribuição*. Nas primeiras, a pena é vista "como um meio para a realização de fins socialmente úteis"[15] (finalidade preventiva), impedindo o aumento dos crimes. Nas segundas, "a pena não é vista como um meio para a realização de fins, uma vez que encontra em si mesma a sua própria justificação,"[16] tendo, nessa escola, prevalecido esta última concepção.

Na prevenção geral negativa, portanto, a ênfase não recai sobre o infrator em si, mas conta com o efeito dissuasor da ameaça da pena ou com o espetáculo de sua aplicação, atingindo psicologicamente aqueles que estariam inclinados a transgredir as leis, não as tendo introjetado suficiente e espontaneamente. Esse efeito, no entanto, não é empiricamente verificável.[17]

1.2 Prevenção especial positiva

A prevenção especial positiva, ou a ressocialização daqueles que já infringi-

(14) Segundo Fritz Sack, o modelo clássico, baseado no Iluminismo, fundava-se numa noção básica do homem racional que calcula os custos e os benefícios do crime para tomar sua decisão, além da enunciação de uma lei clara e de um funcionamento eficaz das instituições. (Seminaire de recherche sur les nouvelles formes de prevéntion en Europe: *rapport sur la situation allemande*, 24 avril, 1992, p. 7).

(15) Cf. Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 125.

Bentham confirma a utilidade da pena com fins preventivos quando a define, dizendo: "as penas legais são males infligidos, segundo formas jurídicas, a autores de qualquer ato prejudicial, proibido por lei, e com o fim de prevenir semelhantes atos". (Antonio Muniz Sodré de Aragão. *As três escolas penais: Clássica, Antropológica e Crítica*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1963, p. 265).

(16) Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 125.

(17) Alessandro Baratta. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Trad. da revisão do original italiano por Ana Lúcia Sabadell. Alemanha : Universidade de Saarland, 1990, p. 23. Nesse sentido também: *Direitos humanos...*, ob. cit., 1993, p. 10.

(18) Esta escola surge na década de setenta do século XIX, com as obras de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo, com seus enfoques de natureza antropológica, sociológica e jurídica, respectivamente.

ram a lei penal, foi desenvolvida a partir da Escola Positiva italiana,[18] que considerou o crime como "fato natural e social, praticado pelo homem causalmente determinado, que expressa a conduta anti-social de uma dada personalidade perigosa do delinqüente,"[19] centrando, portanto, sua abordagem na figura do criminoso, tendo a pena como meio de defesa social. Assim concebida ela perde, pois, seu significado retributivo,[20] pois sua finalidade seria a correção do condenado, habilitando-o para a vida em sociedade.

De acordo com Luigi Ferrajoli:

"A idéia central desta orientação é a de que o delinqüente é um ser antropologicamente inferior, mais ou menos desviado ou degenerado e que o problema da pena equivale, portanto, ao das defesas mais adequadas da sociedade frente ao perigo que representa."[21]

O representante dessa escola que retoma a necessidade da prevenção do delito é Enrico Ferri, acusando os clássicos da falha em matéria preventiva, bem como do esquecimento da individualidade do delinqüente e, conseqüentemente, do fracasso destes no combate à criminalidade e à reincidência.[22] Para o referido autor "(...) a sanção não tem que infligir um castigo proporcional a uma culpa moral, e sim prover a mais eficaz defesa social frente a delinqüentes perigosos."[23]

É com a Escola Positiva italiana que a Criminologia reivindica o estatuto de ciência, sendo o marco inicial de consolidação do seu "paradigma etiológico,"[24] onde aquela ciência é vista como o estudo das causas da criminalidade. Este paradigma permanece há um século na base de toda Criminologia tradicional que opera como teoria científica do sistema penal, sendo uma de suas instâncias a serviço da legitimação do sistema e da política criminal oficial.[25]

Ela resgata os direitos da sociedade em detrimento dos direitos do indivíduo e desloca "(...) a problemática penal do plano da razão para o plano da realidade; de uma orientação filosófica para uma orientação científica, empírico-positiva (...)" (Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 130-132).

(19) Idem, p. 134.

(20) Idem, p. 141 e 142.

(21) *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Madrid : Trotta, 1995, p. 267.

(22) Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 132.

(23) Juan Bustos Ramírez. *Bases...*, ob. cit., 1982, p. 166.

(24) Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 137.

Esse paradigma pressupõe uma "noção ontológica da criminalidade, entendida como um dado pré-constituído às definições", ficando fora de seu objeto de reflexão as normas (jurídicas e sociais), a ação das instâncias oficiais, os mecanismos através dos quais se realiza a definição de determinados comportamentos e indivíduos como "criminosos" e assim também a reação social respectiva. (Alessandro Baratta. *Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal.* Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, 1983, p. 145-146).

(25) Política criminal, neste sentido, é a maneira com que se organizam as respostas penais repressivas no controle dos atos perturbadores da ordem social, basicamente, o crime.

É também nesta escola que se estabelece uma "(...) linha divisória entre o mundo da criminalidade – composta de uma 'minoria' de sujeitos potencialmente perigosos e anormais – e o mundo da normalidade – representada pela 'maioria' na sociedade."[26]

A prevenção especial positiva foi retomada após a Segunda Guerra Mundial, pelos teóricos da Nova Defesa Social[27] e também foi a base dos programas de

(26) Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 139.

Com a mudança de paradigma em Criminologia daquele etiológico para o *labelling approach*, passando-se do estudo das causas da criminalidade para a verificação do funcionamento do próprio sistema penal, observou-se que, do ponto de vista das definições legais "(...) a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos extratos sociais". (Vera Regina Pereira de Andrade. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Seqüência* 30/31, Florianópolis, 1995).

Como bem lembra Juan Bustos Ramírez: "La idea de la resocialización parte de la llamada ideología de la diferenciación, de que hay hombres buenos y malos, hombres normales y anormales o peligrosos, de que hay un orden absoluto verdadero y otros órdenes falsos, de que hay hombres sanos y otros necesitados de tratamento, que son enfermos. Ello evita reconocer que todos los órdenes estatales son relativos, que la normalidad y la anormalidad, lo sano y lo enfermo, *es un problema de definición, que el delito es un problema de definición*, y, por tanto, que no se trata que haya hombres enfermos, malos, anormales, locos, distintos a los demás, a los que hay que incapacitar y tratar. Lo que sí es cierto es que algunos hombres, por diferentes razones, fundamentalmente sociales, entran en conflicto con el orden *fijado por el Estado*, se trata entonces de un problema esencialmente político, y entonces el Estado debe allanar esos conflictos. Eso supone, en primer lugar, toda una actividad destinada a prever y a evitar esos conflictos y, por último, ofrecer diferentes alternativas a esos sujetos para resolver esos conflictos." (*Bases...*, ob. cit., 1982, p. 184-185).

(27) A ideologia da defesa social manifestou-se como ideologia comum à Escola Clássica e à Escola Positiva, tendo iniciado com a primeira, sofrendo ajustes em algumas de suas premissas com a segunda. Seu conteúdo pode ser reconstruído através dos seguintes princípios:

- Princípio da Legitimidade: o Estado tem a prerrogativa de intervir, reprimindo a criminalidade através das agências oficiais de controle social.
- Princípio do bem e do mal: o desvio é entendido como um mal e a sociedade como um bem.
- Princípio da culpabilidade: o delito é a expressão de uma atitude interior reprovável.
- Princípio da igualdade: a lei penal é igual para todos.
- Princípio do interesse social e do delito natural: os interesses tutelados pelo direito penal são comuns a todos os cidadãos.
- Princípio da finalidade ou da prevenção: a finalidade da pena não é tão somente a retribuição, e sim a prevenção do crime mediante uma justa e adequada contramotivação (Alessandro Baratta. *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciência penal.* Bogotá : Temis, 1982a., p. 30-31).

reabilitação nos Estados Unidos e na Europa nos anos setenta. Hoje ela pode ser considerada uma hipótese refutada, pois as intervenções penais estigmatizantes produzem efeitos contrários ao da ressocialização daqueles a elas submetidos, não significando uma diminuição das infrações, ou mesmo, contribuindo para consolidação de carreiras criminais.[28]

1.3 Prevenção especial negativa

A prevenção especial negativa – neutralização ou intimidação do criminoso – também surge na Escola Positiva, dessa vez com Garófalo, que radicalizou sua posição em relação ao delinqüente, defendendo sua eliminação.[29]

Atualmente ela é sustentada nos Estados Unidos como a última possibilidade de resistência da instrumentalidade do Direito Penal. Nessa perspectiva, a pena incidiria:

"(...) transformando definitiva ou temporariamente o autor de uma infração delitiva em um ser incapaz de cometer outros delitos (neutralização), seja com a destruição física ou psíquica do indivíduo, seja com uma prisão de máxima segurança, com intervenções cirúrgicas ou com formas atualmente já experimentadas de controle eletrônico em liberdade, ou então produzindo no infrator, através de um tratamento muito severo, uma contramotivação para cometer outras infrações (intimidação específica)."[30]

O movimento da Nova Defesa Social, por sua vez, foi um movimento de estudos sobre o direito e a reforma penal – cujo teórico de maior destaque foi Marc Ancel – que retomou a prevenção na década de cinqüenta.

Esse movimento não se confunde com a ideologia da defesa social, mas se utiliza dos princípios descritos acima na sua instrumentalização, podendo ser considerado como uma das especificidades da ideologia da defesa social nas últimas décadas, ainda segundo Alessando Baratta (*Criminologia crítica y crítica del derecho penal.* México : Siglo Veintiuno, 1991, p. 36).

As características fundamentais do movimento da Nova Defesa Social são: o antidogmatismo, a multidisciplinariedade, a mutabilidade e a universalidade. (João Marcelo Araújo Jr. Os grandes movimentos atuais de política-criminal. *Fascículos de Ciências Penais* 9, ano 1, 1988, v. 1, p. 149).

Seu objetivo é definido por Rosa de Olmo como: *"la prevención del delito y el tratamiento de los delinquentes"*. Para essa autora, a frase citada resume seus princípios fundamentais, sendo que o movimento deu grande importância às medidas de segurança. (Transnacionalización del control social. In: *América Latina y su criminologia.* Mexico : Siglo Veintiuno, 1984, p. 89, 90 e 91).

(28) Nesse sentido ver Alessandro Baratta em seu livro *Criminología crítica...*, ob. cit., 1991, p. 89.

(29) Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática penal...*, ob. cit., 1994, p. 142.

(30) Alessandro Baratta. *Funções instrumentais...*, ob. cit., 1990, p. 25.

O aspecto que faz sobreviver essa teoria da prevenção especial é a situação aberta da verificação empírica dos resultados de suas variantes (neutralização e intimidação específica). Entretanto, a vulnerabilidade da mesma pode ser encontrada no baixo percentual de infratores temporariamente neutralizados ou dissuadidos pelo sistema de justiça criminal, no qual domina a regra da impunidade. Pode ser verificada também na seletividade do mesmo sistema, que dirige sua atuação aos setores mais débeis da sociedade, sem que tal setor seja efetivamente responsável pela ocorrência dos delitos mais danosos à vida coletiva. E ainda, em função das razões instrumentais, limita os direitos e impõe sofrimentos ao condenado em vista de sua própria justificação, sendo incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.[31]

1.4 Prevenção geral positiva

A prevenção geral positiva, por sua vez, insiste claramente na afirmação simbólica da validade das normas, no que esta afirmação favoreceria o processo de integração social em torno delas, e restabeleceria a confiança institucional quebrada pela percepção do desvio. Essa teoria teve seu início na Escola Funcionalista,[32] com Durkheim. Para o sociólogo francês, o delito é um fenômeno normal da sociedade, exceto quando são ultrapassados certos limites e, portanto, faz parte da fisiologia social e somente seus excessos podem ser vistos como patológicos. Nessas circunstâncias, a pena serviria para manter a coesão social e a consciência comum. Portanto, para Durkheim, "a pena mantém a solidariedade social e cumpre com o objetivo da defesa social: proteger a sociedade mediante a expiação da culpa."[33]

A funcionalidade da pena, neste modelo preventivo, dirige-se principalmente aos cidadãos respeitosos à lei, que Eugênio Raul Zaffaroni chama de "multidão anônima."[34]

Contemporaneamente, a idéia do delito como expressão simbólica da infidelidade ao Direito[35] e, conseqüentemente, da pena como resposta também simbóli-

(31) Idem, p. 24-28.

(32) A teoria estrutural-funcionalista da anomia foi introduzida pelas obras de Émile Durkheim e desenvolvida por Robert. K. Merton. Negava o princípio do bem e do mal, atuando na origem de uma revisão crítica da Criminologia de orientação biológica e caracterológica. (Alessandro Baratta. *Criminología crítica...*, ob. cit., 1991, p. 56).

(33) Lola Aniyar de Castro. *Criminologia da reação social.* Rio de Janeiro : Forense, 1983, p. 87.

(34) *Manual de derecho penal.* Buenos Aires : Ediar, 1990, p. 59.

(35) Entendido aqui no sentido luhmaniano, como instrumento de estabilização dos sistemas sociais complexos. (Alessandro Baratta. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal* 29, ano 8, 1985, p. 4).

ca a esta violação, é representada, no marco da teoria sistêmica, pela "teoria da prevenção-integração."[36] Quando o discurso sistêmico passa para o plano jurídico-penal, a pena deixa de perseguir fins preventivo-gerais, admitindo-se que não cumpre sua função de contramotivação às práticas delitivas. Ela também não realiza fins preventivo-especiais, e dessa vez admite-se que ela não evita o cometimento de outros crimes por parte do autor, restando-lhe apenas o "(...) objetivo de garantir o consenso, isto é, de contribuir para o equilíbrio do sistema."[37]

A confirmação possível dessa teoria, portanto, é apenas simbólica e não empírica, uma vez que não depende da quantidade de infrações das normas legais ou de sua redução.[38]

Diante de tais considerações sobre os diversos modelos preventivos, convém acrescentar que o sistema de justiça criminal atua de forma fragmentária na defesa dos interesses individuais e gerais, pois a definição de criminalidade é construída a partir de algumas partes da negatividade social,[39] enquanto comportamentos semelhantes são ignorados ou permitidos.[40] Observa-se também a seletividade dos mecanismos repressivos no que se refere ao recrutamento da própria clientela, onde as sanções penais estigmatizadoras, principalmente aquelas de encarceramento, acentuam a reprodução e produção das desigualdades sociais. Estas últimas não se referem apenas às distribuições das etiquetas criminais, mas nelas estão compreendidos os meios de tutela dos bens jurídicos, onde desigualdade significa também o tipo de resposta obtido na resolução dos mesmos conflitos.

Podemos, por fim, sintetizar as disfuncionalidades das teorias descritas acima, relembrando as considerações de Alessandro Baratta, que estabelece os contrapontos deslegitimantes da atuação preventiva do sistema penal, demonstrando perfeitamente a inidoneidade desse sistema na garantia das condições de segurança. Segundo o autor mencionado, o sistema em questão atua somente sobre os efeitos dos atos desviantes já realizados, e não sobre as causas dos conflitos sociais, age contra as pessoas e não sobre as situações, de maneira reativa e não preventiva, tal qual a vingança, e ainda, antes de proteger as vítimas reais ou potenciais, protege a validade das normas.[41]

(36) Sob o rótulo "teoria da prevenção-integração" podem ser agrupadas as concepções de autores como K. Amelung, H. J. Otto e G. Jakobs.

Essa teoria "(...) es funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal". (Alessandro Baratta. *Integración-prevención...*, ob. cit., 1985, p. 3, 4 e 15).

(37) Eugênio Raul Zaffaroni. *Em busca...*, ob. cit., 1991, p. 86-87.

(38) Alessandro Baratta. *Funções instrumentais...*, ob. cit., 1990, p. 29.

(39) Situações ou comportamentos que negam ou reprimem as necessidades reais. (Alessandro Baratta. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social, trad. Gumersindo Guinarte Cabada. *Separata de Estudios Penales y Criminológicos XI*. Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 57).

(40) Idem, p. 17-18.

(41) *I nuovi...*, ob. cit., 1993, p. 10.

2. Delineamentos de uma nova proposta preventiva

A partir da demonstração da crise do sistema de justiça criminal enquanto capaz de dar respostas efetivas à criminalidade e à insegurança urbana – no que ele se apresenta como um sistema predominantemente repressivo e não preventivo – passaremos à análise da nova concepção preventiva, desenvolvida nos últimos tempos por uma corrente de pensamento que tem aprofundado o tema das alternativas àquele sistema, no que tange às respostas ao fenômeno criminal externas aos domínios do controle penal. Assim, fala-se hoje da "nova prevenção".

2.1 Tentativa de definição

A denominação *Nova Prevenção* é de origem francesa (*Nouvelle Prévention*). Conforme Massimo Pavarini, na língua inglesa ninguém falaria em nova prevenção, e sim em estratégias de segurança.[42]

A língua francesa, segundo Fritz Sack,[43] efetua uma distinção, oportuna para o esclarecimento dessa nova concepção, entre os termos dissuasão e prevenção. O primeiro denota os efeitos desejados ou empíricos do sistema penal e o segundo refere-se à órbita externa ao Direito Penal, no sentido de prevenir o crime. Essa distinção demonstra claramente que após o ingresso na órbita penal a prevenção fica descaracterizada como tal. A nova prevenção desloca, assim, o enfoque preventivo do momento posterior à infração para um momento anterior à mesma, de forma não-penal.

Apesar dessa distinção e de várias construções teóricas que tentam desvendar o significado e o alcance da nova forma preventiva, ainda é muito difícil estabelecer em definitivo o que seja essa estratégia (para usar também uma linguagem proveniente do mundo anglo-saxão). Trata-se de experiências recentes e de construções teóricas igualmente recentes, que permanecem em aberto e que se desenvolveram num cenário bastante complexo, ao qual se unem razões e condições de natureza distinta.

Sob a etiqueta *Nova Prevenção*, na verdade, reúnem-se estratégias e abordagens entre as quais algumas não são exatamente novas. Segundo uma das mais respeitadas pesquisadoras italianas nessa temática, Giuditta Creazzo:

"A falta de critérios precisos na identificação dos conteúdos que dela tornam a fazer parte ou não, impedem o discernimento entre o velho e o novo, etiquetando de fato como 'novas' experiências que poderiam não sê-lo na sua totalidade. Tal expressão arrisca-se além disso a fazer parecer homogêneo ou unidirecional um

(42) Entrevista concedida no dia 23.03.1996, na sede do Instituto Gramsci – Bolonha, Itália, transcrita integralmente ao final desta dissertação – Anexo II.

A ressalva de Pavarini refere-se aos dois principais modelos, no interior de uma nova cultura preventiva, que serão descritos a seguir.

(43) *Seminaire de recherche...*, ob. cit., 1992, p. 5-6.

fenômeno que, do ponto de vista de seu desenvolvimento histórico, aparece, ao contrário, como extremamente diversificado."[44]

Enquanto as necessárias delimitações e especificações sobre esse complexo fenômeno social e político vão ocorrendo, a mesma autora se antecipa mencionando uma das definições mais aceitas até o momento, que é a de Philippe Robert. Ele identifica como tal "(...) a ação dirigida a reduzir a freqüência de determinados comportamentos, criminalizados ou não pela lei penal, recorrendo a soluções diversas da sanção penal".[45]

Essa definição enriquece a análise do referido fenômeno, enquanto reafirma que não são somente os comportamentos definidos como crime pela lei penal que ocuparão o centro da nova abordagem.

Não se pode estabelecer como parâmetro a definição de crime advinda da lei penal quando levamos em consideração os processos de definição de crime e criminalidade que, entre outros aspectos, fazem parte da investigação criminológica na sua versão crítica. A Criminologia Crítica se ocupa, em parte, dos avanços teóricos do paradigma da reação social ou do *labelling approach*. Segundo esse paradigma, considerado aqui genericamente, visto que a ele concorrem diversas vertentes teóricas como o interacionismo simbólico e a etnometodologia, a criminalidade é uma construção social efetuada através dos processos de definição, desenvolvidos por aqueles que detêm o poder de definir, como já dissemos no início deste capítulo.

A Criminologia tradicional, ao contrário, em sua pretensa busca das causas da criminalidade, abrange somente uma parte da negatividade social (pré-determinada pela lei penal). A atuação dirigida a essa mínima parte não pode representar a resolução dos problemas sociais perturbadores das relações sociais, desenvolvidos no seio das aglomerações humanas.

No entanto, longe do que poderíamos imaginar, tomada uma concepção igualmente crítica (onde se esperava que se estendessem a eventos reprováveis típicos das esferas sociais privilegiadas),[46] tal definição compreende uma parcela de atos perturbadores da vida em sociedade de menor importância, que são conhecidos por meio de outra palavra francesa: *incivilitè*.

Tais "condutas incivilizadas" são aquelas normalmente associadas à "delinqüência" juvenil, ou seja, atos de vandalismo e perturbações em geral, ocorridas nas ruas e em outros espaços públicos. Designam ainda "(...) a enorme massa de

(44) Le politiche di nuova prevenzione: lo stato dell'arte. *Quaderni di Cittàsicure* 7, anno 2, giugno, 1996, p. 13.

(45) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 13.

(46) A nova prevenção limita-se aos objetivos clássicos da prevenção, que são aqueles concernentes às agressões à integridade física da pessoa humana e ao patrimônio.

Assim, permanecem excluídas as temáticas referentes à delinqüência oculta e aquela mais próxima dos poderes econômicos e políticos. (Alessandro Baratta. *Política criminal...*, ob. cit., 1996, p. 15).

atos que são apenas infrações e pequenos delitos, que na prática judicial não são perseguidos ou que não dão lugar a muitas denúncias".[47]

De qualquer maneira, esse recurso externo ao sistema de justiça criminal surge como uma inovação, ainda que se fale genericamente em políticas de prevenção da criminalidade. Na maioria dos casos trata-se de encontrar soluções alternativas aos problemas da microcriminalidade urbana e às condutas incivilizadas, visto que ambos os problemas são considerados responsáveis pelo aumento do alarme social e da insegurança,[48] principalmente nas grandes metrópoles.

2.2 *Caracterização e fatores concorrentes*

O ingresso das condutas incivilizadas como um dos objetos da nova atividade preventiva é um dos elementos que caracterizam essas políticas preventivas de que tratamos, bem como a participação da comunidade nessa estratégia e a pluralidade de agências que a ela concorrem na esfera local e nacional.

A esse tipo de direcionamento, como já dissemos, confluem vários aspectos, dentre os quais a forte competição política, onde a reafirmação da lei e da ordem, por exemplo, foi usada como argumento nas disputas eleitorais, principalmente na Inglaterra.[49]

Outro fator que concorreu para o desenvolvimento dessas políticas foi o fenômeno da insegurança, cujas origens certamente antecedem os anos que marcam o início da nova proposta preventiva, basicamente os anos oitenta. Esse fator pode ser conjugado ao primeiro, pois, sob o aspecto ideológico, verifica-se a correlação entre insegurança e reivindicações de caráter punitivo.[50]

Também não podemos ignorar um terceiro fator, qual seja, a crise da ação pública. Essa crise representou, sobretudo na França, uma tentativa de ação coordenada, a fim de superar a excessiva centralização e especialidade, incapaz de suprir as necessidades locais de segurança.

"Deste ponto de vista, as políticas de prevenção representam a tentativa de passar de uma lógica de intervenção de natureza setorial à uma responsabilização global, de um modelo *top-down* (alto – baixo) à um modelo *down-top* (baixo –

(47) Fórum Europeo Para La Seguridad Urbana. Le Forum S&D – *Nuevas formas de criminalidad urbana, nuevas formas de justicia.* Barcelona, mayo, 1995. Saint Dennis : Nicolas, 1995.

Cabe aqui advertir que esta postura em relação aos pequenos delitos não é a mesma na política criminal norte americana de Tolerância Zero, onde os eventos deste porte não são ignorados, recebendo uma resposta repressiva, tal como outros eventos considerados mais graves.

(48) Conflitos entre gerações ficam bem caracterizados quando as atitudes incivilizadas da juventude tornam-se responsáveis pelo sentimento de insegurança dos demais.

(49) Cf. Giuditta Creazzo. *Le politiche...,* ob. cit., 1996, p. 15.

(50) Idem, p. 16.

alto), que parta de uma definição concreta e participativa das necessidades daqueles para os quais a ação é dirigida."[51] [sem grifos no original]

Por fim, o fator decisivo na perspectiva deste trabalho é a conhecida crise do sistema de justiça criminal e a necessidade das agências oficiais de controle de encontrarem novas formas de legitimação.

Vale a pena ressaltar, ainda, que os setores aos quais se dirige fundamentalmente a nova prevenção são: a delinqüência juvenil, a reincidência e a toxicodependência.[52]

2.3 Modelos e níveis preventivos

A nova prevenção e a organização de um discurso preventivo internacional foi influenciada, a princípio, por algumas experiências realizadas nos Estados Unidos e na Grã Bretanha, tendo se desenvolvido nos anos oitenta na França e no Canadá.[53]

Na origem dessa concepção preventiva podemos observar, então, dois modelos distintos. O primeiro, anglo-saxão e escandinavo, surge com a iniciativa dos próprios órgãos de polícia e do Ministério do Interior. O segundo, conhecido como modelo francês, é de iniciativa das comunidades locais e das organizações municipais ou prefeituras.[54]

Existem ainda diversos níveis preventivos que podemos identificar:

1. Atuando sobre contextos sociais e situacionais.
2. Dirigindo-se a evitar infrações e condutas incivilizadas.
3. Procurando evitar a reincidência.

A prevenção se dirige aos ofensores, bem como às vítimas potenciais, para que os primeiros não delinquam e para que os segundos se encontrem menos vulneráveis. Podem, ainda, ser gerais, direcionadas ao contexto social, cultural e econômico, para facilitar e incentivar comportamentos conforme a lei; ou específicas, destinadas a diminuir a freqüência de determinados comportamentos delitivos.

(51) Idem, ibidem.

(52) Alessandro Baratta. *I nuovi...*, ob. cit., 1993, p. 11.

(53) Idem, ibidem.

Conforme Massimo Pavarini, "con l'incontro internazionale di Montreal nel 1989 e con il Forum internazionale di Parigi de 1991 le esperienze più singificative a livello mondiale in tema di prevenzione hanno avuto modo di confrontarsi e di convenire sulle procedure, gli approcci e le metodologie più utili agli obbiettivi di prevenzione". (Vivere una città sicura: idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio* 1, Bologna, 1992, p. 11).

Este é apenas um exemplo da importância das pesquisas e discussões travadas nos respectivos países em matéria preventiva.

(54) Alessandro Baratta. *I nuovi...*, ob. cit., 1993, p. 11.

Combinados esses níveis, e atendendo às necessidades dos destinatários, teremos, então, um modelo situacional e um modelo social de prevenção. Através destes dois modelos é possível uma atuação anterior aos atos desviantes, e não posterior a eles, de maneira a preveni-los e não simplesmente reprimi-los, protegendo, fundamentalmente, as vítimas de agressões, ao invés de proteger simplesmente a validade das normas.

Para a compreensão desses dois modelos fundamentais, abordaremos a seguir o desenvolvimento dessa nova corrente de pensamento nos seus países de origem, ou nos quais esse tipo de atividade tem se destacado, ressaltando os principais eventos caracterizadores da nova tendência.

2.3.1 Inglaterra

Na Inglaterra, o surgimento das novas políticas de prevenção da criminalidade pode ser situado num clima de forte competição política, no qual o partido conservador inglês concentrou boa parte de sua campanha eleitoral sobre a necessidade de retomar a ordem e a legalidade, lutando contra a criminalidade. É durante o governo desse partido que foram implementados os maiores programas nacionais de prevenção da criminalidade, embora alguns criminólogos ingleses estivessem conscientes da necessidade de desenvolver algumas políticas alternativas.[55]

Em 1985, os ingleses lançaram, em cinco cidades, o primeiro programa nacional de intervenção preventiva (*Five Cities*), para, em 1988, lançar um programa mais abrangente, envolvendo vinte cidades, o programa *Safer Cities*.

O programa foi concebido pelo Ministério do Interior (*Home Office*) para abordar os múltiplos problemas sociais, físicos e econômicos de alguns dos grandes centros urbanos ingleses. Sua realização foi centralizada pela divisão de prevenção criminal daquele ministério, com o objetivo de reduzir o crime e o medo do crime, criando, assim, cidades mais seguras, onde a vida econômica e comunitária pudesse se desenvolver. No entanto, existiu uma base local, e em cada zona a operação foi coordenada por um comitê, representando as autoridades locais, a polícia, os responsáveis pela liberdade condicional, as associações beneficentes e o comércio. Dessa forma, estabeleceram-se as prioridades de operação e de supervisionamento das medidas destinadas a combater o crime, sempre acompanhadas no nível local, de coordenadores subordinados ao Ministério do Interior.

O tipo de ação preventiva instaurada compreendia toda a sorte de métodos, desde a melhora dos edifícios de apartamentos aos programas educativos para jovens; da instalação de iluminação pública diante dos asilos à melhoria da segurança dos conjuntos habitacionais; de uma operação geográfica objetivando um bairro a operações destinadas a grupos vulneráveis, e ainda uma estratégia de segurança no centro das cidades.[56]

(55) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 15.

(56) Paul Ekblom. *L'évaluation des politiques de prévention criminelle: problemes, questions et contexte.* Communication pour la journée d'études sur l'évaluation des politiques de prévention, Montpellier, 1992.

Em algumas das vinte cidades, o programa continuou até o final de 1995.

A forma característica do desenvolvimento das políticas preventivas inglesas, porém, está baseada num programa de prevenção comunitária muito popular nos Estados Unidos e no Canadá, o "*Neighbourhood Watch*" (NW). Programas como esse tiveram início entre o final dos anos setenta e o começo dos anos oitenta, e difundiram-se principalmente nos bairros residenciais e nos subúrbios das metrópoles norte-americanas – prevalentemente em bairros relativamente tranqüilos, racialmente homogêneos, com habitações monofamiliares, de propriedade dos residentes. O objetivo desse tipo de programa é o envolvimento dos moradores de uma determinada zona em atividades de prevenção do crime, através da vigilância de bairro (casas, parques, ruas) por parte dos residentes.

Um elemento constante dessa atividade é a ligação dos residentes com as autoridades policiais locais,[57] com a finalidade de aumentar o controle social informal, funcionando também como veículo para a difusão de informações. A intervenção direta dos vigilantes é desencorajada, competindo-lhes somente avisar a polícia quanto a situações e pessoas suspeitas.[58]

"A perspectiva que dominou o desenvolvimento de uma política de prevenção baseada no modelo do NW parte, portanto, do pressuposto de que o envolvimento voluntário dos residentes de uma determinada zona possa ter efeitos positivos com fins de prevenção-controle dos fenômenos criminais."[59]

De acordo com Dennis P. Rosenbaum,[60] os cidadãos sempre respondem ao crime restringindo seu comportamento e instalando dispositivos de segurança para proteger sua propriedade, mas essas medidas profiláticas podem também reduzir os vínculos de assistência mútua e cortesia.

A vigilância de bairro, ao contrário, tenderia a estimular o contato social e a interação necessária, a fortalecer o controle social informal e a induzir a coesão social com a formação dos grupos de vigilantes. Assim, espera-se que as oportunidades de acontecerem ofensas pessoais e à propriedade diminuam logo que os residentes percebam o decréscimo nos riscos de vitimização.

Quando se aposta no reforço dos mecanismos de controle informal, no entanto, corre-se o risco de que a comunidade se transforme em um mecanismo de controle muito semelhante aos modelos de intervenção penal, mas, ao contrário deste

(57) Sobre a interação polícia-cidadão ver Theodomiro Dias Neto. *Police accountability and community policing*. A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Laws. University of Winsconsin Law School, 1992, p. 46-104.

(58) Neste sentido, Patrick Hebberecht. *Rapport sur les formes de prévention en Belgique*, s/d., p. 7.

(59) Segundo Caterina Cesaria. Neighborhood watch. *Sicurezza e Territorio* 7, Bologna, 1993, p. 49.

(60) The theory and research behind neighborhood eatch: Is it a soud fear and crime reduction strategy? *Crime & Delinquency* 1, 1987, v. 33, p. 105-106.

último, com custos muito reduzidos. Nesse sentido, adverte Caterina Cesaria, relembrando o comentário de Foucault sobre o Panóptico de Bentham:

"Não há necessidade de armas, de violência física e de constrições materiais. Mas um olhar, um olhar que vigia e que qualquer um, sentindo-o pesar sobre si, terminará por interiorizá-lo a ponto de observar-se por si; qualquer um assim exercitará esta vigilância de e contra si mesmo. Fórmula maravilhosa: um poder contínuo e de um custo finalmente irrissório!"[61]

Assim, como nos informa Wanda de Lemos Capeller,[62] tal experiência não apresentou na Inglaterra o mesmo sucesso que teve nos Estados Unidos, exatamente pela tendência de *patrulhagem dos vizinhos*, no que ela se apresenta como uma experiência perigosa de participação comunitária nos assuntos penais.

Para Rosembaum, a vigilância de bairro movimenta somente os membros das classes médias, já predispostos espontaneamente a vigiar sua vizinhança, a colaborar com a polícia e a temer os negros e os hispânicos.[63]

A prevenção inglesa caracteriza-se, então, por um tipo de abordagem situacional e por iniciativas voltadas a reduzir as oportunidades no cometimento dos delitos, através de segurança pessoal, doméstica e ambiental, bem como do aumento da vigilância da coletividade sobre os lugares públicos, em colaboração com a polícia.[64]

A orientação criminológica é a administrativa ou tecnocrática, onde os saberes e os recursos estão voltados a uma sempre maior necessidade intrassistêmica de eficiência burocrática, nas políticas de governo e nas políticas locais de controle social.[65]

2.3.2 França

Na França, de acordo com Philippe Robert,[66] fez-se a escolha por um tipo de prevenção mais abrangente, distante do modelo anglo-saxão de prevenção situacional, que consiste somente em tornar mais difíceis as agressões. No modelo francês a prevenção da criminalidade é, essencialmente, a prevenção social, com o intuito de modificar, com programas gerais, as condições de vida de uma determinada parcela do território – que pode ser um bairro – de forma a aumentar

(61) *Neighborhood...*, ob. cit., 1993, p. 51.

(62) As interfaces do penal: notas para uma discussão atual. *Revista Direito, Estado e Sociedade* 2, jan./jul., Rio de Janeiro : PUC, 1993, p. 86.

(63) Philippe Robert. Evaluer la prévention. *Arquives de Politique Criminelle* 16, 1994, p. 56.

(64) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 18.

(65) Massimo Pavarini. Nota redazionale. *Quaderni di Cittàsicure* 7, anno 2, giugno, 1996, p. V.

(66) *Evaluer...*, ob. cit., 1994, p. 56.

a oportunidade de comportamentos conforme a lei e, em contrapartida, diminuir a freqüência de comportamentos ilegais.[67]

Naquele país, o movimento da nova prevenção nasce com a constituição de uma comissão composta por prefeitos pertencentes aos quatro maiores partidos nacionais, a *Commision des Maires sur la Sécurité*, em 1983, mais especificamente com o Relatório Bonnemaison. Esse relatório analisou a situação da segurança no país, e teve como tarefa a formulação de algumas propostas no campo da prevenção.

De acordo com Wanda Capeller,[68] a idéia principal do referido relatório foi considerar a *segurança como assunto de todos*, sendo proposta a criação de conselhos comunitários de prevenção para a coordenação, pelos eleitos locais, de ações com o objetivo de assegurar a segurança nas cidades. Então, em junho daquele mesmo ano, foram criados o Conselho Nacional de Prevenção da Delinqüência, os Conselhos Departamentais da Prevenção da Delinqüência e os Conselhos Comunais da Prevenção da Delinqüência. Esses dois últimos conselhos foram criados, respectivamente, em cada Departamento da República Francesa[69] e em cada município francês.

"Esses conselhos têm como missão o seguinte: verificar as ações de prevenção empreendidas no território do município; definir os objetivos e as ações conjuntas que o Estado e o município decidem de comum acordo realizar, principalmente no domínio de ajuda às vítimas; e, finalmente, controlar a execução das propostas ou das medidas empreendidas conjuntamente."[70]

Como podemos notar, a realização das políticas francesas realizam-se através da instituição de organismos permanentes, nos níveis locais, departamentais e nacionais. Em cada um desses níveis atuam representantes de várias forças sociais e institucionais, tais como: polícia, justiça, serviço social, saúde pública, educação, cultura e habitação, sindicatos, organizações sem fins lucrativos, entre outros.[71]

No nível local, a responsabilidade pela coordenação desses organismos foi confiada aos prefeitos.[72] Essa descentralização provocou inúmeros problemas,

(67) Alessandro Baratta. *I nuovi...*, ob. cit., 1993, p. 11.

(68) *As interfaces...*, ob. cit., 1993, p. 86.

(69) Como explica a autora supra citada: "A França é dividida em 22 Regiões e 95 Departamentos. As regiões correspondem a mini Estados, com uma Assembléia Legislativa e um poder Executivo local e os Departamentos são subdivisões de regiões com poderes Executivo e Legislativo locais". (Idem, ibidem).

(70) Idem, ibidem.

(71) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 19.

(72) De acordo com Philippe Robert, as cidades surgem como ponto central da prevenção no final dos anos oitenta, quando começou o processo de municipalização. (*Evaluer...*, ob. cit., 1994, p. 58).

No nível europeu, elas entram em cena como responsáveis pelas políticas preventivas com a constituicão do Fórum Europeu pela Segurança Urbana.

visto que as prefeituras não dispunham dos recursos necessários, pois lhes competia a manutenção da ordem e não a política penal. Por isso, começaram a aparecer correspondentes de justiça nas cidades, ameaçando-se as políticas de prevenção pela falta de prosseguimento nas suas bases iniciais.

Apesar dos problemas mencionados, pode-se dizer que as ações preventivas francesas se desenvolvem, portanto, num clima de parceria entre as diversas agências e também entre centro e periferia. A fórmula de prevenção social adotada no país é integrada, ou seja, dela fazem parte as mais diversas propostas que contribuem para o desenvolvimento social e para a defesa de seus destinatários, como as casas de refúgio, a preparação profissional etc.

Por fim, podemos dizer que a prevenção social francesa apresenta-se como:

"(...) política dirigida ao desenvolvimento das áreas mais marginais e à inserção profissional e social dos jovens. Essa promove uma reformulação das políticas educacionais, habitacionais e de ocupação, dirigida a prevenir o isolamento e a exclusão social dos jovens e adultos em dificuldade, a introduzir novas alternativas à detenção para combater a reincidência e a construção de centros de amparo às vitimas de agressões."[73]

2.3.3 Holanda

O desenvolvimento de novas políticas de prevenção na Holanda foram impulsionados, assim como em outros países, pela verificação dos aumentos nas taxas de criminalidade[74] e de uma crescente preocupação com respeito a esses aumentos. Eles poderiam significar a perda de confiança no governo como protetor dos interesses públicos e privados.[75]

Para facilitar a execução de uma política direcionada à resolução desse tipo de problema criou-se, em 1985, o Comitê Interdepartamental para a Prevenção Social do Crime, sob a liderança do Diretor Geral de Polícia e Imigração do Ministério da Justiça, com a tarefa de coordenar e incentivar a implementação de uma política preventiva.[76] Com esse propósito, foi destinado um fundo orçamentário para

(73) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 18.

(74) Os dados referentes aos aumentos dos índices da criminalidade são obtidos geralmente através das estatísticas policiais ou judiciais, e nem sempre atendem ao requisito relativização em função da "cifra oculta" da criminalidade.

Um dado interessante levantado por J. J. M. Van Dijk é a constatação de taxas menores de criminalidade em países com um nível de urbanização relativamente baixo, onde muitos de seus habitantes vivem em pequenas vilas, e poucos em cidades com mais de cem mil habitantes, com exceção do Japão (*Crime prevention in the netherlands national and local developments*, s/d., p. 3).

(75) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 20.

(76) J. J. M. Van Dijk. *Crime...*, ob. cit., s/d., p. 4.

o financiamento de projetos de prevenção administrativa da criminalidade nos municípios holandeses, no período compreendido entre os anos de 1986 e 1990.[77]

Um dos critérios usados para a divisão desse fundo era a capacidade dos municípios em dar continuidade aos projetos às suas próprias expensas, no caso de sua efetivação. Todos os projetos deveriam ser efetivados sob a liderança de um membro do secretariado e também deveriam ser cientificamente avaliados.

Após essa iniciativa do governo, constituíram-se alguns comitês de prevenção da criminalidade em muitas cidades, dos quais participaram a polícia, operadores sociais, funcionários estatais e a Procuradoria da República.[78]

Foram selecionados mais ou menos duzentos projetos de prevenção a ser financiados, sendo que, desses, mais de oitenta direcionados à prevenção de atos de vandalismo. Os projetos que mais se destacaram foram os seguintes:[79]

– Vigilantes Oficiais nos Transportes Públicos: evitando a depredação e fiscalizando o pagamento das tarifas. Foram criados, através desse projeto, mil e duzentos novos empregos, favorecendo, preferencialmente, pessoas com desvantagem no mercado de trabalho. Os benefícios proporcionados por esse projeto seriam: diminuir a freqüência de pequenos crimes, reduzir o medo do crime e promover o uso do transporte público.

– O Projeto "Gazeta": este projeto foi escolhido porque se acreditava que a evasão escolar estaria relacionada à delinqüência. Com isso, realizaram-se algumas medidas "não estigmatizantes" de reinserção dos jovens faltosos no currículo regular, reconhecidos através do controle computadorizado das faltas.

– O Projeto "HALT": HALT significa "alternativa", ou seja, é uma medida não convencional para processar jovens ofensores, no caso de pequenos delitos. A vantagem atribuída a esse processo era a ação rápida e informal de, aproximadamente, cinqüenta tribunais alternativos nas regiões e municípios holandeses, mantendo-se a atuação do promotor público em caso de desacordo ou descumprimento de sanções (como a limpeza e a reparação dos objetos avariados durante o tempo livre, combinadas ou não com o pagamento dos prejuízos).

– Shopping Centers: as medidas utilizadas na contenção dos eventos perturbadores compreendiam a instrução para os gerentes e funcionários sobre pequenos roubos, instalação de sistemas de alarme eletrônico, indicação de oficiais de segurança para serem consultados e dar assistência ao público e aos lojistas, penalidades alternativas para vândalos, sessões coletivas de julgamento dos infratores e publicidade de apoio ao projeto.

– O Projeto *Social Caretakers*: em 1988 foram inseridos vigilantes em prédios públicos que servem de moradia social na Holanda. Tais prédios caracterizam-se por suas escadarias e acessos por galerias, e alguns deles são bastante populosos, sendo habitados por grupos desfavorecidos como minorias étnicas, famílias de

(77) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 21.

(78) Idem, ibidem.

(79) J. J. M. Van Dijk. *Crime...*, ob. cit., s/d., p. 7-13.

mães solteiras e pessoas de baixa renda. As condições de vida ali foram avaliadas como muito baixas. A função desses "*social caretakers*" seria a de limpar ou supervisionar a limpeza feita por outras pessoas, deter o vandalismo e outros incidentes, além de manter contato com os moradores.

Na segunda metade dos anos oitenta, a prevenção criminal foi institucionalizada, nas grandes cidades, na forma de comitês regulamentadores e coordenações. Numa escala nacional, desde 1984 foram constantes as taxas dos crimes registrados. Através de pesquisas vitimológicas, observou-se uma redução na ocorrência de delitos e o aumento do número de denúncias.[80]

Em 1990, o Ministro da Justiça implantou um novo plano político para os cinco anos subseqüentes, chamado *Direito em Transformação*, e em 1991, os ministros da Justiça e do Interior apresentaram ao Parlamento um novo programa de prevenção criminal – *Redes de Trabalho de Prevenção da Criminalidade*. Ambos propuseram as mesmas prioridades de intervenção, enfatizando a necessidade de coordenar-se, no nível local, a polícia, a justiça, o voluntariado e o setor privado.[81]

As principais estratégias holandesas no sentido de prevenir o crime são, portanto, as que contam com o reforço da vigilância sobre as pessoas, a ligação entre as novas gerações e o restante da sociedade, assim como a remodelação – *redesign arquitetônico* – e iluminação dos espaços urbanos a fim de aumentar a vigilância e reduzir a ocorrência de delitos. Tais estratégias, portanto, podem ser incluídas no modelo situacional de prevenção.

3. As dificuldades de avaliação das novas políticas preventivas

Na análise das políticas preventivas atuais, nota-se uma clara tentativa dessas políticas em conjugar métodos de pesquisa com formas de intervenção no plano da segurança. No entanto, existem dificuldades na tradução dos avanços teóricos em políticas; em primeiro lugar, pela ampla gama de fenômenos abrangidos e, em segundo lugar, pela adaptação necessária a uma forma homogênea de atuação.

A homogeneidade assume um grau bastante elevado de importância no momento em que são suscitadas as formas de avaliação das estratégias preventivas. Sem essas últimas, corre-se o risco de que as ações, tão amplas e diversificadas em termos de objetivos, possam ser diluídas, tornarem-se ineficazes, intempestivas, inadequadas, ou mesmo ocasionarem o agravamento das situações problemáticas a serem resolvidas.

Muitas políticas preventivas, sem entrar no mérito de sua pertinência ou eficácia, foram desarticuladas anteriormente por falta, inclusive, de uma avaliação oportuna. Foi o caso das políticas de prevenção norte-americanas da década de sessenta. Essas políticas tiveram uma avaliação tardia, sendo descartadas e ce-

(80) Idem, p. 14.

(81) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 22.

dendo lugar à ênfase sobre as medidas puramente repressivas, que tiveram oportunidade de demonstrar outra vez as suas falhas.

Nas décadas de setenta e oitenta, a prevenção à americana repousava, sobretudo, na auto-vigilância (*watch*), na marcação de objetos (*engraving*) e nos equipamentos de segurança dos alojamentos (*home security*). Em 1974, o Instituto Nacional de Justiça se preocupou com a avaliação dessas estratégias, promovendo um fluxo contínuo e abundante de pesquisas. Uma década depois, Dennis Rosembaum (o maior especialista americano em avaliação de estratégias preventivas, segundo Philippe Robert), concluiu que tais trabalhos eram muito medíocres, em razão da pouca competência de seus executores.[82]

Em 1987, o americano Rosembaum colocou em questão a estratégia inglesa da vigilância de bairro, ou *Neighbourhood Watch*. Conforme sua análise, as avaliações positivas foram mal feitas, pois um processo mais rigoroso de avaliação faz desaparecer estes efeitos. Desloca-se a delinqüência e o medo não cede, além da implantação dos programas ser, geralmente, bem distanciada das declarações de intenções.[83]

Na França, os mecanismos de avaliação no nível local foram considerados insuficientes. Na Holanda, 10% do financiamento dos projetos foram destinados à avaliação. Apesar desse recurso, o juízo que se faz com respeito aos projetos holandeses é ainda muito diverso. A partir da meta-avaliação dos mesmos, observou-se que, naqueles em que houve um maior rigor científico, os resultados não foram satisfatórios.[84]

Várias indicações sobre a problemática da avaliação dos projetos de prevenção, em geral, foram feitas por Philippe Robert.[85] Segundo este autor, é preciso sair dos programas para perceber as expectativas em relação aos mesmos, tendo uma visão clara dos problemas, pois a simples oferta de programas não representa a satisfação das demandas sociais.

As expectativas consideradas não devem ser somente internas (da administração), mas também externas (dos destinatários), para que não se confunda expectativa com ação. A figura do avaliador deve ser distinta da do executor, uma vez que não se pode avaliar a si mesmo devido à parcialidade. Os papéis de ambos devem ser bem claros e distintos, sendo necessária uma boa relação entre os dois.

Há necessidade de que os objetivos sejam precisos, para que não gerem nos avaliadores expectativas que deles não fazem parte, e a avaliação, por sua vez, incluída nos programas desde o princípio. Os resultados dos programas devem ser avaliados levando-se em consideração a real implementação dos projetos, verificando-se a suficiência dos recursos utilizados e da especialização do pessoal empenhado na realização do projeto, confrontando-se os objetivos iniciais com os resultados atingidos.

(82) Philippe Robert. *Evaluer...*, ob. cit., 1994, p. 62.

(83) Idem, ibidem.

(84) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 22-23.

(85) *Evaluer...*, ob. cit., 1994, p. 53-70.

Como podemos observar, o processo é extremamente complexo, pois além de todos esses aspectos, as populações a que se dirigem os projetos podem, por exemplo, variar no tempo. A simples observação dos resultados também não permite conclusões definitivas sobre o efeito de uma ação, pois os efeitos podem não ser imputados àquela suposta causa.

Quanto à redução do sentimento de insegurança e da própria criminalidade através dessas políticas, surgem, então, os seguintes fatores a considerar:

"Em que medida é possível dizer que tal diminuição do sentimento de insegurança e da criminalidade aconteceu, exatamente graças a ações implementadas e não decorreu de um dos infinitos elementos que compõem a cena social, que por sua vez poderia ser concomitantemente modificada, mas que em tal esquema valorativo não é possível perceber. Ou também, em que medida é possível dizer que a atividade criminal foi efetivamente prevenida e que essa não foi simplesmente deslocada para um outro lugar, assumiu outros objetivos etc."[86]

No entanto, uma das questões mais instigantes nesse sentido é levantada por Patrick Hebberecht e Fritz Sack,[87] quando apresentam um esquema comparativo entre as diversas formas de prevenção e a avaliação das mesmas: como é possível avaliar um não-evento, que é o objeto da prevenção?

Outra questão que pode colocar em risco as políticas preventivas é o não-alcance de resultados concludentes, ou, quando concludentes, impossibilitadores da implementação de estratégias. Nesse ponto, a tendência mais comum é o retorno às práticas institucionais repressivas. Não que a avaliação delas lhes conceda uma posição privilegiada em relação às demais, mas o que não se pode negar é que desfrutam de um apoio relegitimador constante, por parte da estrutura institucional e política dominante.

Nesse sentido, as estratégias, ditas preventivas, centradas no desenvolvimento social, são muito frágeis como estratégias e extremamente delicadas do ponto de vista de uma avaliação, principalmente pela dificuldade que existe em quantificá-las. A prevenção social sofre de uma carência de especificação, inclusive quando se quer distingui-la de outras políticas de caráter social, pois envolve ações destinadas a incidir sobre os fatores de degradação social em geral, estando freqüentemente vinculadas às "causas" da criminalidade.

A avaliação é, no entanto, um pouco mais generosa com a prevenção situacional, onde a determinação do que seja é mais exata, mas nem por isso mais aceitável. Esse modelo preventivo demonstra-se, por sua vez, carente de uma abordagem estrutural da criminalidade e de uma teoria explicativa do fenômeno criminal, reduzindo o criminólogo a um gestor do *status quo*.[88] Também não existe ainda a previsão de uma prevenção situacional capaz de evitar que as ações indesejadas atinjam objetivos menos protegidos, e nenhuma espécie de garantia de que tais objetivos não estejam relacionados aos bens ou direitos de indivíduos perten-

(86) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 23.

(87) *Seminaire de recherche:* les formes nouvelles de prévention. Paris, s/d., p. 5.

(88) Giuditta Creazzo. *Le politiche...*, ob. cit., 1996, p. 24.

centes a estratos sociais desfavorecidos, visto que essas ações são bloqueadas por mecanismos geralmente dispendiosos de vigilância, que dificilmente poderiam ser instalados em larga escala.

4. Considerações finais

Essas e tantas outras considerações, derivadas da observação das novas propostas preventivas, são, por vezes, desanimadoras, no momento em que nos trazem a sensação de estarmos apostando alto num jogo sem regras definidas. De alguma forma, a excessiva complexidade justifica a ambigüidade de conceitos e a fragilidade das respostas e só vem reafirmar o que observa Lalla Golfarelli, quando diz que: "respeitar a complexidade do problema é uma coisa extremamente difícil."[89] Mesmo assim, ainda podemos colocar o respeito ao complexo e ao diverso, como elementos constantes das novas políticas.

O que não pode permanecer, no entanto, é a transformação da complexidade em generalidade, ocasionando uma sensação de impotência. Não se deve nem mesmo sobreviver de ambigüidades no sentido de deixar de agir e de privilegiar situações chaves, que podem se perder num processo genérico não identificador de prioridades.

Nem mesmo a segurança é prioridade se comparada a outros elementos vitais na esfera social, pois a proteção de direitos, em geral, não está restrita às garantias de segurança de uma população. Todavia, com a profusão de imagens negativas que abatem a opinião pública, ela certamente assume o lugar de honra das políticas, em sentido amplo.

Diante das demandas dos cidadãos por segurança, outras estratégias que se referissem à qualidade de vida, concebida ou avaliada em um determinado território, num espaço de tempo, de nada serviriam para atenuar essa preocupação específica, e o problema poderia ser avolumado, visto que se tornaria um dado evidente a desproteção do cidadão diante do crime.

"(...) também a melhor estratégia política sobre a segurança destinar-se-ia a falência se os cidadãos não se sentissem tutelados no que diz respeito a suas exigências de justiça."[90]

Geralmente, a visão setorizada impede os cidadãos de avaliarem o seu próprio bem estar, ainda mais quando a mídia lhes descarta a possibilidade de sossego diante do fenômeno criminal. Este se torna, assim, um verdadeiro "fenômeno de massas", de massas atemorizadas.

Apesar de todas essas dificuldades, os programas preventivos expostos transmitem a idéia de um trabalho que começa a ser desenvolvido com a seriedade e o rigor que deveria ser exigido de toda e qualquer medida ou política implementada com a finalidade de dar condições de segurança aos cidadãos. Um discurso crítico acer-

(89) Presentazione. *Quaderni di Cittàsicure* 7, anno 2, 1996, p. 5.

(90) Idem, p. 6.

ca dos resultados mencionados não deve ser absorvido como deslegitimador das propostas apresentadas, que apenas situam historicamente o surgimento da "nova prevenção". A necessidade interna e externa de uma atividade crítica consistente é o que faz com que haja um aperfeiçoamento constante dos projetos, inclusive pela variabilidade dos problemas e dos próprios objetivos.

Trata-se de mais uma característica da "nova prevenção" e não de um defeito que autorize o retorno às práticas repressivas, que não são caracterizadas pela mesma preocupação, servindo apenas como respostas emergenciais às situações de perigo criadas, muitas vezes, para forçar este retorno. Quanto mais os problemas afetos à segurança estiverem dependentes de respostas desta natureza, menores as garantias de espaços democráticos, de proteção dos direitos dos cidadãos e de criação de novas condições de segurança que representem qualidade de vida, principalmente para as populações urbanas.

Bibliografia

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática penal: em busca da segurança jurídica prometida.* Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis : UFSC, 1994.

———. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Seqüência* 30. Florianópolis, 1995.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social.* Rio de Janeiro : Forense, 1983.

ARAGÃO, Antonio Muniz Sodré de. *As três escolas penais: Clássica, Antropológica e Crítica.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1963.

ARAÚJO JR, João Marcelo. Os grandes movimentos atuais de política criminal. *Fascículos de Ciências Penais* 9, ano 1, 1988, v. 1.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal.* México : Siglo Veintiuno, 1991.

———. *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal.* Alemanha : Universidade de Saarland, 1993.

———. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.* Trad. da revisão do original italiano por Ana Lúcia Sabadell. Alemanha : Universidade de Saarland, 1990.

———. I nuovi orizzonti della prevenzione. *Sicurezza e Territorio*, Bologna, 1993.

———. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal* 29, ano 8, 1985.

———. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. Trad. Gumersindo Guinarte Cabada. *Separata de Estudios Penales y Criminológicos XI.* Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

———. *Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal.* Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, 1983.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal.* Bogotá : Temis, 1982.

CAPELLER, Wanda. As interfaces do penal: notas para uma discussão atual. *Revista Direito, Estado e Sociedade* 2, jan./jul., Rio de Janeiro : PUC, 1993.

CESARIA, Caterina. Neighborhood watch. *Sicurezza e Territorio* 7, Bologna, 1993.

CREAZZO, Giuditta. Le politiche di nuova prevenzione: lo stato dell'arte. *Quaderni di Cittàsicure* 7, anno 2, giugno, 1996.

DIAS NETO, Theodomiro. *Police accountability and community policing*. A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Laws. University of Winsconsin Law School, 1992.

EKBLOM, Paul. *L'évaluation des politiques de prévention criminelle:* problemes, questions et contexte. Communication pour la journée d'études sur l'évaluation des politiques de prévention, Montpellier, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Madrid : Trotta, 1995.

FÓRUM EUROPEO PARA LA SEGURIDAD URBANA. Le Forum S&D – *Nuevas formas de criminalidad urbana, nuevas formas de justicia.* Barcelona, mayo, 1995. Saint Dennis : Nicolas, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos.* São Paulo : RT, 1992.

GOLFARELLI, Lalla. Presentazione. *Quaderni di Cittàsicure* 7, anno 2, 1996.

HEBBERECHT, Patrick. *Rapport sur les formes de prévention en Belgique*, s/d.

OLMO, Rosa de. Transnacionalización del control social. In: *América Latina y su criminologia.* Mexico : Siglo Veintiuno, 1984.

PAVARINI, Massimo. Vivere una città sicura: idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio* 1, Bologna, 1992.

SACK, Fritz. Seminaire de recherche sur les nouvelles formes de prevéntion en Europe: *rapport sur la situation allemande*, 24 avril, 1992.

———. *Seminaire de recherche:* les formes nouvelles de prévention. Paris, s/d.

———. Nota redazionale. *Quaderni di Cittàsicure* 7, anno 2, giugno, 1996.

ROBERT, Philippe. Evaluer la prévention. *Arquives de Politique Criminelle* 16, 1994.

ROSENBAUM, Denis P. The theory and research behind beighborhood eatch: Is it a soud fear and crime reduction strategy? *Crime & Delinquency* 1, v. 33, 1987.

VAN DIJK, J. J. M. *Crime prevention in the netherlands national and local developments*, s/d.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal.* Buenos Aires : Ediar, 1990.

9

RUPTURA O CONTINUIDAD: PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS DE LA CRIMINOLOGÍA DE FIN DE SIGLO*

DANIEL NINA

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Más allá del Crimen Perfecto o lo Real Imperfecto – 3. Crítica a la Crítica o la Crisis en la Criminología Crítica – 4. "Estoy Buscando a América" – 5. Recomendaciones – 6. Conclusión – Referencias.

Resumo: O desenvolvimento da criminologia crítica partiu de um novo projeto epistemológico que significou um rompimento com a criminologia tradicional, de forte cariz positivista. Este fim de século na América Latina requer nova formulação e a elaboração da crítica à criminologia crítica que vem se confundindo com a criminologia *mainstream* ou administrativa. Surge daí a proposta de uma nova agenda para a criminologia latino-americana do próximo milênio, baseada na busca da diminuição das desigualdades e no respeito aos direitos humanos.

Palavras-chave: América Latina – Criminologia – Criminologia crítica – Epistemologia – Positivismo.

1. Introducción

- ¿Vos sabés lo que eran los maquis?
- Si, ya sé que eran los patriotas, pero en la película no. Vos dejame seguir. Entonces... ¿qué era lo que seguía?
- Yo no te entiendo.
- Es que la película era divina, y para mí la película es lo que me importa, porque total mientras estoy acá encerrado no puedo hacer otra cosa que pensar en cosas lindas, para no volverme loco. ¿No?... Contestame.
- ¿Qué querés que te conteste?
- Que me dejes un poco que me escape de la realidad, ¿para qué me voy a desesperar más todavía?. ¿querés que me vuelva loco? Porque loca ya soy.

(*) La Criminología del siglo XXI en América Latina. Buenos Aires, 15 al 18 de septiembre de 1999.

- No, en serio, está bien, es cierto que acá te podés llegar a volver loco, pero te podés volver loco no sólo desesperándote... sino también alienándote, como hacés vos. Ese modo tuyo de pensar en cosas lindas, como decís, puede ser peligroso.
- ¿Por qué?, no es cierto.
- Puede ser un vicio escaparse así de la realidad, es como una droga. Porque escuchame, tu realidad, *tu realidad*, no es solamente esta celda. Si estas leyendo algo, estudiando algo, ya trascendés la celda, ¿me entendés? Yo por eso leo y estudio todo el día.
- Política... Asi va el mundo con los políticos...
- No hables como una señora de antes, porque no sos ni señora... ni de antes; y contame un poco más de la película, ¿falta mucho para terminar?
- No me gusta, pero estoy intrigado.
- Si no te gusta, entonces no te cuento más.
- Como quieras Molina.
- Claro que terminarla esta noche sería imposible, falta mucho, casi como la mitad.
- Me interesa como material de propaganda, nada más. Es un documento en cierta forma. (Puig, 1976:85).

Dificil saber en que consiste *la realidad* hoy. En particular cuando se intenta analizar los fundamentos de la criminología contemporánea y la proyección de la misma hacia el próximo milenio. Se torna la situación parecida a la de Molina en la novela de Manuel Puig *El beso de la mujer araña*, quien inventa una nueva realidad para lograr operar dentro de la cárcel, como posible punto de partida – a la mentira, opresión y negación de las condiciones existenciales del ser que vive dentro de la institución total. No obstante, el consiguiente efecto de "inventar" otra realidad radica en sabotear, convertir en ilusión aparente según Baudrillard, la realidad inmediata.

La realidad por la cual la criminología ha pasado ha tenido un final parecido al de Molina – en particular cuando se trata de afrontar esta disciplina desde una perspectiva crítica y diferenciada de la *mainstream* o administrativa.[1] La

(1) Me refiero en cuanto a la criminología *mainstream* o administrativa a aquella cuyo punto de partida ha sido la escuela clásica de derecho penal y criminología (Resumil, 1986:24). Esta escuela es a su vez seguida por la escuela positivista, la cual luego de múltiples desarrollos termina hoy en la "nueva escuela de criminología administrativa", la que en el pensar del criminólogo británico Jock Young sugiere que:

"The widespread nature of crime, its very normality, makes the search for causes less atractive. The new administrative criminology openly criticises 'dispositional' theories; rather it explains crime by the notion of a universal human imperfection when presented with opportunity (...). The task is to create barriers to restrict such opportunities and to be able to construct a crime-prevention policy which minimises risks and limits the damage" (Young, 1998:77).

De otra parte, la criminología crítica intenta abarcar lo que concientemente fue impulsado como proyecto alternativo a la criminología tradicional, proyecto que se inicia desde temprano la década de 1970 (vease Taylor, Walton, Youn, 1977). Más discusión abajo en el texto.

criminología que no es positivista, que opera fuera de los márgenes de la escuela dominante, intenta participar en el mundo existente desde una aproximación que hoy más que nunca se encuentra en movimiento, y donde la certeza del objeto de estudio, y las variables tradicionalmente estudiadas, se torna cada vez más en algo volátil, y de difícil concreción.

Resulta importante preguntarnos a fin de este siglo qué es la criminología, y de otro lado, hacia dónde va esta disciplina de estudio. Más aun, debemos preguntarnos, ¿De qué trata su objeto de estudio? ¿Qué variables deben ser estudiadas para lograr entender el rol de la criminología hoy? ¿Dónde se encuentra hoy la ruptura o continuidad de la criminología en América Latina, la cual ha pasado por sus momentos "nuevos", "críticos", "radicales" e "idealistas", "abolicionistas", y finalmente "postmodernistas"?[2]

De una parte, estas preguntas son importantes en el contexto de un mundo donde la regulación social, esa que tradicionalmente la había controlado el estado, empieza a descentralizarse permitiendo la emergencia de nuevos feudos privados, comunitarios o corporativos.[3] Más aun, donde la naturaleza del estado (interventor y benefactor) también se ha visto transformado, lo cual no necesariamente ubica al estado como centro de gravedad del conjunto social.

De otra parte, donde la cultura de vida, esa guiada por el bien común general garantizada por el estado, cambia también con la transformación del estado, dando paso a un nuevo sistema de valores distintos a los garantizados en el pasado. Este proceso afecta de igual forma la naturaleza social de la "comunidad" creando un nuevo sujeto social que debe ser "regulado" y "supervisado" por el estado (Young, 1999).[4]

La anterior transformación de lo social se torna importante de examinar para entender la situación actual de la criminología. La sociedad de exclusión, como la

(2) Rosa del Olmo se plantea el problema de forma similar, no obstante en una dirección mucho más precisa, cuando nos dice:

"El discurso ha cambiado. No hay duda. Pero, queda por establecer sí el quehacer criminológico como tal, realmente ha sufrido una ruptura epistemológica en nuestro continente [entiéndase América Latina] a nivel de la investigación, la docencia y la práctica. Es decir, hay que responder ¿Qué investigamos? ¿Y para qué? ¿Qué relación tiene todo lo anterior con la política criminal de mi país? ¿Cuál es el objeto de estudio de esta criminología?, etc." (del Olmo, 1990:137).

(3) La emergencia de órdenes de regulación social fuera del control del estado, no conlleva necesariamente el que los mismos estén bajo el manto del sector privado de naturaleza nacional o trasnacional corporativo. En esta medida utilizo el concepto "privado" para definir cualquier fuerza social dentro de la sociedad civil, que tenga la capacidad de asumir total o parcialmente niveles de responsabilidad del estado (Nina, 1997).

(4) Destaco el término de "comunidad" de forma cuestionada; para referirme al nuevo espacio de lucha social – según definido tanto por el estado como por los propios sectores que luchan por reinvindicaciones particulares.

llama el criminólogo británico Jock Young, fomenta entonces un tipo de desigualdad y exterioridad del sujeto criminal/delincuente que es contraria al proyecto previo de la criminología crítica/radical – el estudio de y reintegración del sujeto criminal, como a su vez la razón de ser de las definiciones estatales de lo criminal.

Ahora bien, si nos planteamos explorar el alcance o no de la transformación epistemológica de la criminología, tendríamos que preguntarnos a qué se dirigió el proyecto en el pasado, por lo pronto, de inmediato. Esto nos trae hasta cierto punto a aproximarnos al proyecto de la criminología ejercida de forma crítica,[5] el cual en el contexto latinonamericano, intentó cuestionar que se criminalizaba, por qué no se criminaliza a los poderosos, y por qué el estado era impune ante los actos de violación a los derechos humanos en que participaba.

Si examinamos lo anterior, tal vez, podremos definir si nos encontramos ante una "ruptura" o "continuidad" en el quehacer epistemológico de la criminología – por lo pronto en América Latina. En parte ruptura, pues los retos en la transformación del estado y el impacto social de esta transformación, nos invitan a pensar en nuevas areas de investigación, práctica y docencia, como nos recuerda Rosa del Olmo. En parte continuidad, pues los debates contemporáneos de la criminología [crítica] en América Latina, en particular en lo referente a la impunidad del estado, representan una continuidad con lo que se ha impulsado en las últimas décadas (del Olmo, 1990).[6]

Este ensayo entonces intenta examinar ese aspecto central de la epistemología contemporánea en América Latina. En particular, intenta explorar si vivimos un período de ruptura o continuidad; más aun, donde las coordenadas actuales en cuanto a la transformación del estado y la emergencia, de órdenes no estatales de regulación social, crean nuevas condiciones potencialmente fuera del quehacer del estado forzando a repensar la agenda criminológica.

En la primera parte de este ensayo, habré de examinar el problema de lo real y su relación con la ciencia. En la segunda parte habré de examinar la situación actual de la criminología desde la perspectiva de la criminología crítica. En la tercera parte, propondré algunas recomendaciones para un [re]acercamiento de la criminología [crítica o no] en América Latina.

No obstante lo anterior, es importante destacar antes de comenzar el recorrido de esta presentación que su intervención no puede ser más que una limitada, donde se ofrezca unas coordenadas generales ante la presente coyuntura a la cual se enfrenta

(5) Introduzco la idea de "criminología ejercida de forma crítica" a sabiendas que es un concepto no ortodoxo, y el cual no refleja una voluntad normativa dominante. No obstante, y reconociendo lo frágil del discurso de la criminología crítica (Taylor, Walton y Young, 1977) su multiplicidad de adjetivos calificativos, veo como algo más natural utilizar un término descriptivo no normativo.

(6) El caso contra el General Augusto Pinochet, en particular en su dimensión política de no a la impunidad, representa un esfuerzo de llevar a los criminales del estado a la silla de los acusados, y obtener su convicción. Justicia, se ha visto ligada a los procesos de criminalización y procesamiento de los poderosos del estado (Ambos, 1999).

la criminología en América Latina a fin de siglo; y más aun, donde el referente de transformación del pensamiento criminológico crítico, continua teniendo su punto de partida, de ruptura, en el mundo europeo, fundamentalmente en el Reino Unido. No obstante lo anterior, la tarea aquí por recorrer es compleja, por lo cual, como en el caso de Molina, debo decir "Claro que [concluir el recuento en esta intervención] esta noche sería imposible, falta mucho, casi como la mitad".

2. Más allá del Crimen Perfecto o lo Real Imperfecto

Al examinar cuestiones en torno a la epistemología me veo en la necesidad de reexaminar un asunto medular a la ciencia, se trata del examen de lo "real". En particular, porque lo "real" ha servido para justificar el desarrollo de las disciplinas, entre ellas la criminología, lo cual a su vez ha permitido la emergencia de categorizaciones, justificaciones, y definiciones que influyen de igual forma sobre el objeto de estudio.

Pero qué si lo "real" ya no es tan "real". ¿Qué sucede si la justificación de la disciplina en sí, la razón por la cual surge la ciencia, debe ser reexaminada?

Jean Baudrillard nos invita a pensar el asunto desde la perspectiva del robo de la realidad:

"Si no existieran las apariencias, el mundo sería un crimen perfecto, es decir, sin criminal, sin víctima, y sin móvil. Un crimen cuya verdad habría desaparecido para siempre, y cuyo secreto no se desvelaría jamás por falta de huellas.

Pero, precisamente, el crimen nunca es perfecto, pues el mundo se traiciona por las apariencias, que son las huellas de su inexistencia, las huellas de la continuidad de la nada, ya que la propia nada, la continuidad de la nada, deja huellas. Y así es como el mundo traiciona su secreto. Así es como se deja presentir, ocultándose detrás de las apariencias."

(Baudrillard, 1996:11).

Hasta qué punto, para la criminología como para cualquier otra ciencia, el escape de lo real, su multiplicidad de significantes y posibilidades, nos deja entonces en un vacío de nuevas probabilidades y de incertidumbres. Esto puesto de esta forma, hasta tanto y en cuanto, la certeza necesaria producto del proyecto de la modernidad y sus instituciones, se ha visto transformada, lo cual permite entonces repensar todo desde mas de una perspectiva – sin límites a las posibilidades.

En particular, donde la ciencia como método formal de la modernidad para acercarnos al estudio de lo real, confronta una crisis en la cual esta como "metarelato" no logra ya producir la letigitimación necesaria para explicarlo todo – en particular el mundo de lo real de dificil definición especifica (Lyotard, 1994). La ciencia, se encuentra en bancarrota, hasta tanto en cuanto requiere de una especificidad precisa, sistémica y de continuidad, para analizar un mundo particular.[7]

(7) Como veremos más adelante en el debate en torno a la crisis de la criminología [del *mainstream* a la crítica], dificil saber hoy por qué se delinque, por qué hay un sujeto

Posiblemente el "juego" del robo de la realidad conlleva ciertas implicaciones mucho más onerosas para el estudio de lo real en sí, de lo que uno pretenda aceptar o comprender. En particular cuando se piensa que el predicado de la certeza objetiva de lo real que Baudrillard descubre en su análisis, conlleva que la ciencia en sí misma, carece de especificidad o certeza en su función de analizar lo real, toda vez que lo real "ya no existe" (Baudrillard, 1996).

Se trata hasta cierto punto de la negación de los postulados de la modernidad en si, piedra angular de donde surge el desarrollo de las ciencias modernas – incluyendo la criminología. Modernidad que nos inculco el valor a la prescisón analítica, como a su vez a la prescición metodológica del estudio de lo real, y que hoy se ve confrontada por un mundo real, el cual según Baudrillard, sólo se reproduce por la ilusión del pasado.

Aquí el trabajo seminal de Jean-Francois Lyotard sigue siendo importante para asistir al entendimiento de la quiebra del proyecto de la modernidad en la constitución de la ciencia. ¿Qué pasa cuando no queda nada que descubrir? ¿Qué pasa cuando la ciencia ya no lo explica todo, cuando el meterelato en si está en quiebra? ¿Qué pasa cuando la ciencia no es ya un fin en si mismo, sino un medio para alcanzar otro fin: consumo-dinero? ¿Qué pasa cuando la propia ciencia no es ya capaz de contestar y/o analizar qué es lo real?

Según Lyotard

"En origen, la ciencia está en conflicto con los relatos. Medidos por sus propios criterios, la mayor parte de los relatos se revelan fábulas. Pero, en tanto que la ciencia no se reduce a enunciar regularidades útiles y busca lo verdadero, debe legitimar sus reglas de juego. Es entonces cuando mantiene sobre su propio estatuto un discurso de legitimación, y se la llama filosofia. Cuando ese metadiscurso recurre explícitamente a tal o tal otro gran relato, como la dialéctica del Espíritu, la hermenéutica del sentido, la emancipación del sujeto razonable o trabajador, se decide llamar "moderna" a la ciencia que se refiere a ellos para

criminal. Esas preguntas, tal parece, tanto en el contexto de la criminología crítica como la del *mainstream*, se han dejado de hacer (Cohen, 1994:73). La ciencia ha dejado de interpretar la realidad.

Este debate es a su vez retomado por Mássimo Pavarini, criminólogo italiano, quien señala que:

"Criminology is relatively young as a scientific discipline and has only had academic recognition for little more than a century. It is now facing a situation of crisis of identity so profound that we may have serious doubts about its capacity for survival as presently constituted (...)." (Pavarini, 1998:43).

Lo importante de la intervención de Pavarini en torno a los debates epistemológicos de la criminología yace en, de la misma forma que Cohen (1994), señalar que tanto la crítica como la administrativa/*mainstream*, se encuentran ambas en la misma encrucijada de definiciones comunes del acto criminal y de su procesamiento. Lo que pudiera ser una diferencia, aún esencial, es la perspeciva subjetiva intervencionista del criminólogo/a (Pavarini, 1998:56)

legitimarse... ese era el relato de las Luces, donde el héroe del saber trabaja para un buen fin épico-político, la paz universal." (Lyotard, 1994:9).

Ahora bien, que sucede cudo la sistemacidad del discurso de la ciencia ya no es útil para explicar consistentemente lo real – toda vez que lo real, ya no es real. Más aun, cuando el fin para el cual el saber, como ciencia ha sido creado, ha cambiado. Lyotard nos muestra el camino aquí, de forma enteligible, al argumentar que hay una quiebra entre el discurso "moderno" y el "postmoderno", donde no sólo el objeto de estudio de la ciencia se ve trastocado, sino el fin último de esta también (Lyotard, 1994:10).

En esta medida, es importante el comentario que él hace cuando nos señala que:

"Esa relación de los proveedores y de los usuarios del conocimiento con el saber tiende y tenderá cada vez más a revestir la forma que los productores y los consumidores de mercancías mantienen con estas últimas, es decir, la forma valor. El saber es y será producido para ser vendido, y es y será consumido para ser valorado en una nueva producción: en los dos casos, para ser cambiado. Deja de ser en sí mismo su próprio fin, pierde su 'valor de uso'" (Lyotard, 1994:16).

Sin lugar a dudas las preguntas antes descritas, como a su vez los fragmentos usados de la obra de Jean-Francois Lyotard, son resueltas com la ruptura del proyecto de la modernidad hacia el ya famoso proyecto de la posmodernidad – proyecto que entre otras cosas adelanta la posibilidad de reconocer la imprescisión de lo real, la relatividad de la ciencia como metarelato para explicar lo real, y el cambio en el uso del valor de la ciencia en si – perdiendo su misión histórica 'para el beneficio de la humidad'. En esta medida, y en su relación con la ciencia, el estadio posmoderno habre la posibilidad para entretener un horizonte mucho más complejo, donde los esencialismos y consistencias necesarias en el estadio previo, son inexistentes hoy.

De esta forma, la posibilidad de utilizar el discurso posmoderno ante el rol de la ciencia, crea el espacio para desatender la eficiencia de la ciencia, como asi para sabotear su objeto de estudio. La situación se torna confusa, y como nos recuerda Baudrillard, participamos en la ilusión de lo real, lo cual ya ha desaparecido.

3. Crítica a la Crítica o la Crisis en la Criminología Crítica

Mucho se ha comentado de los desarrollos de la criminología positivista, y sus vertientes de desarrollo social-democráta en los EE.UU, y riesgo-administrativa. Más aun, en los círculos de intelectuales/académicos progresistas mucho se ha trabajado en las últimas tres décadas por desarrollar un discurso contrario al discurso dominante positivista, el cual de una forma u otra, puede ser catalogado como de crítico.

Es en el discurso crítico de la crimonología donde debemos concentrar nuestros esfuerzos. En particular, debido a que las rupturas o continuidades epistemológicas, son de más facil entendimiento dentro de esta perspectiva.

Si bien es cierto que mucho "ha llovido" desde la intervención estratégica de Sutherland en 1947, y de Matza, Chambliss y otros, en las décadas subsiguientes,

el discurso crítico de la criminología surge, por lo pronto en el Reino Unido y en parte de los EE.UU, como parte de la urgencia de confundir política y crimen, como respuesta asertada al reino dominte en alquel entonces del positivismo y las "causas de la criminalidad".[8] ¿Por qué se define un acto como criminal? ¿Por qué los criminales son representativos de la misma clase social: los desplazados, la clase obrera y otros clases no dominantes?

Llevar a cabo dichas peguntas requirió formular un nuevo proyecto epistemológico para la criminología no positivista, no dominante. Este proyecto requirió formular nuevos proyectos de investigación, de educación y teorización, y en particular de implementar proyectos prácticos, para quebrar el paradigma dominante de la criminología y para plantear una ruptura que resolviera lo inconcluso del proyecto moderno de la criminología: por qué hay personas que se desvian del orden dominante.

De forma tal, la "nueva criminología" o la "criminología crítica" fueron pilares de esta famosa ruptura de temprano la década de 1970, en la busqueda de un nuevo paradigma. En esta medida, este proceso destacó las siguientes caracteristicas:

- La urgencia de cuestionar lo valores normativos del orden [criminal/legal] dominante.
- Entender el contexto social del cual proviene el sujeto/a criminal.
- Re-examinar la ideas iniciadas por Sutherland en el 1947, para entender por qué y cómo los poderosos delinquen.
- Re-plantearse el rol de la sanción cárcelaria como mecanismo principal de exclusión del sujeto criminal.
- Y finalmente, intentar responsabilizar al estado por las condiciones de desigualdad creadas, o toleradas, razones por las cuales la incidencia criminal existe.

Este proceso para bien o para mal se consolida en la década de 1970 bajo el discurso de la criminología crítica, y como tal aglutina fuerzas en torno a un proyecto alternativo para la criminología (Taylor, Walton y Young, 1977). Proyecto el cual, y bajo los aspectos antes enumerados, permitió movilizar fuerzas en contra del discurso dominante de corte positivista.

Ahora bien, la primera o segunda ruptura criminológica, como nos señala Rosa del Olmo, se define en la década de 1980, con el famoso debate entre los Idealistas y Realistas de la criminología crítica. En particular, este proceso como Larrauri (1992) también nos indica, crea una ruptura importante en torno al objeto de

(8) Vease por ejemplo el trabajo de Stan Cohen, quien analiza que luego de 30 años por parte de la criminología critica de vincular el crimen con lo político, hoy se da por sentado que el crimen, su análisis, definición y procesamiento se ha convertido en un asunto político a través de las llamadas sociedades occidentales. La implicación de este fenómeno, es que a pesar de lo positivo del mismo, también conlleva la absorción por parte del discurso criminológico *maintream* de lo que en el pasado fue llamado radical (Cohen, 1996:7-11).

estudio – y las metodologías de estudio para aproximarse al mismo. Pero fundamentalmente crea una crisis en torno a la esencia misma de la criminología – en la cual se establece una tensión importante entre descubrir el/la causante del acto criminal, versus las definiciones normativas del acto criminal y las posibles instancias de justificación del acto criminal.

Esta crisis, entre camaradas tal vez, se queda sin aparente solución teórica, pero sin lugar a dudas causa huella en cuanto al proyecto de la criminología de corte crítico – en particular porque deja duda en torno a quién es el responsable final: el estado, o el criminal de extracción social obrera o marginal, quien ataca a su vecino/a también de extracción social obrero.[9]

Este proceso, el cual por un lado reproduce las líneas generales de las décadas anteriores, por otro lado, crea la incertidumbre de si realistas o idealistas estaban en lo correcto. Más aun, y dentro de premisas justificadas para ambos bandos, crea la legítima duda en relación a donde comenzar la agenda de trabajo.

Es tal vez dentro de la aparente crisis anterior que emerge el discurso/proyecto abolicionista el cual intenta limitar parte del discurso a la reducción o abolición propiamente hablando de las instituciones del sistema de justicia criminal que definen y sancionan el acto criminal. Este proyecto en esta medida no intenta ni reformar ni expandir la agenda, sino negar la existencia de la misma, del proyecto moderno de la sanción social, y recrear si acaso formas no estatales de justicia, y de sanción, que sirvan para crear un proyecto distinto y separado del estado y de la lógica de este.

El abolicionismo de esta forma se plantea, a nivel epistemológico, tal vez una seria ruptura con lo planteado hasta entonces por las distintas vertentes críticas de la criminología. En esta medida aborda el problema desde una perspectiva deconstruccionista y no reformista. No hay nada que buscar, tal parece que nos dicen los abolicionistas.

No obstante lo anterior, las voces de apoyo al abolicionismo han sido un tanto mas cautelosas (cr ref Hulsman, 1993, Cohen, 1987), invitandonos a tomar y a dejar parte de este proyecto. Pero en una u otra perspectiva, el abolicionismo deja aún irresueltas las preguntas que los críticos en sus múltiples variantes no lograron contestar: en particular por qué se delinque y cuál es la naturaleza y validez de la sanción estatal.

Ante un cierto tipo de nihilismo epistemológico presentado por el abolicionismos, surge una última corriente de "rescate" de la criminología de la década de fin de siglo en pro de expandir la persecución del acto criminal más allá del sujeto y de procesar al estado. En particular, porque el estado emerge como otro "sujeto criminal" cuya impunidad debe ser negada.

(9) Este debate se expresa a mediados de la década de 1980 en las posiciones adoptadas entre realistas de izquierda e idealistas de izquierda (Nina, 1992). Donde esencialmente los realistas de izquierda plantearon que las principales víctimas del crimen cometido por sectores socialmente no poderosos, no eran las clases poderosas sino los miembros de las mismas clases de donde pronenían los victimarios (Lea y Young, 1984).

En esta medida, el proyecto "crítico" de la crimonología, en apariencia dentro de las corrientes europeas/Reino Unido de la Gran Bretaña sugiere una ruptura y continuidad con el propio discurso a lo largo de las últimas tres décadas. Este proceso de aparente encaje con lo real y lo no real, con lo uno y lo otro, plantea de pronto las siguientes características:

- El discurso crítico se monta de una forma u otra, como antitesis del discurso positivista y sus variantes posteriores que conforman el discurso dominante.
- Las categorías normativas que definen un acto como criminal [es decir, contrario a la ley] deben ser re-examinadas y cuestionadas para definir que agenda si alguna guardan.
- Los poderosos, en particular los miembros de la clase dominante comienzan a ser procesados, aunque siempre de forma desproporcionada en cuanto al procesamiento criminal de personas provenientes de los sectores sociales menos poderosos.[10]
- Las víctimas emergen progresivamente como un sector a ser reconocido, al cual se le debe dar un tratamiento justo y digno.
- Surge un discurso que reclama la criminalización de instancias que no han sido criminalizadas anteriormente pero que afectan la calidad de vida de todos en la sociedad, como por ejemplo la violencia doméstica y asuntos ecológicos.
- El estado emerge progesivamente como una instancia que debe ser a su vez criminalizada y procesada por las violaciones de ley o a los derechos humanos reconocidos contra sus ciudados.
- De otra parte, el estado emerge también como un ente regulador y en parte no arbitrario del orden social deseado.
- Consistentemente surgen reclamos hacia la búsqueda de procesos alternativos a la justicia del estado y a su legalidad, y en parte se hace un llamado al regreso a sistemas no occidentalistas de justicia.

Contradictoriamente, como bien nos señalan ciertos autores (Young, 1994; Cohen, 1994) la agenda de los "críticos" ha sido tomada y reciclada por el estado mismo en las últimas décadas. Este proceso crea problemas a la hora de ordenar la agenda epistemológica y de definir si vivimos en la ruptura o en la continuidad. En particular cuando de una forma u otra los puntos anteriormente citados han sido elaborados dentro del discurso dominante de la criminología positivista y sus subsequentes variantes.

De otra parte, el proyecto crítico de la criminología, ahora en crisis, se confronta con un cambio de escenario en el cual el contexto bajo el cual este proyecto

[10] En el caso de Puerto Rico, por ejemplo, el Fiscal Federal (represante del gobierno de Estados Unidos en la Corte de Distrito Federal), señaló en una reciente conferencia de prensa:

"Los intocables son la gente de poder en este país. No la gente de caserio, no la gente humilde no la clase media, sino la gente rica y poderosa de este país que cometen delitos como el delincuente de caserío y esa persona es mi prioridad personalisima." (Marrero, 1999:4a).

surgió empieza a cambiar seriamente. Un proyecto en el cual el estado ya no es necesariamente eje central de la regulación social (Garland, 1996); donde fuerzas corporativa/privadas, tienen cada vez mayor ingerencia en la regulacion del orden social (Cohen, 1996); donde el estado mismo promueve la intervención no estatal en las formas de regulación de lo social, promocionando la emergencia de la comunidad como primer gestor del activismo comunitario (Cohen, 1996).

Pero contradictoriamente se trata de una etapa, ante los desarrollos antes indicados, donde se confunde definición del acto criminal com desviación, y donde el control de lo criminal se deja al estado, y donde la regulación de la desviación se promueve para que sea regulada por la sociedad civil. Garland nos comenta esto:

"By these various means, the crime control agencies of the state have begun to represent themselves in ways which suggest a more modest, and more self-contained remit. The promise to deliver 'law and order' and security for all citizens is now increasingly replaced by a promise to process complaints or apply punishments in a just, efficient and cost-effective way. There is an emerging distinction between the *punishment* of crime which remains the business of the state (and as we will see, becomes once again, a significant symbol of state power) and the *control of crime*, which is increasingly deemed to be 'beyond the state' in significant respects" (Garland, 1996:459; emphasis in the original).[11]

El problema entonces radica, que desde la perspectiva del proyecto "crítico", y reflexionando en torno a consideraciones epistemológicas, no necesariamente vivimos en el futuro, sino que tal vez, pasamos por una etapa de encanto y serenidad con el pasado. Con una ruptura que aunque violenta en el pasado, se torna hasta cierto punto de continuidad de ese mismo pasado. Y donde, de otra parte, los pilares bajo los cuales la criminología crítica identificó su objeto de estudio son hoy trastocados y disueltos por nuevos actores – a los cuales, tal vez y dada la crisis de la criminología critica, aún no se le ha adecuado "el lente".

4. "Estoy Buscando a América"[12]

Curiosamente en cuanto a la criminología crítica en América Latina, la ruptura primera como la ruptura segunda, según Rosa del Olmo, se enfrenta bajo unos

(11) Una traducción simple de este teto sugiere:

"Por estos mismos medios, las agencias de control de crimen del estado han comenzado a representarse a si mismas por medios modestos, y por autosuficiencia. La promesa de ofrecer 'ley y orden' y seguridad para todos los ciudados ha sido ahora remplaza por la promesa de procesar querellas y aplicar castigos de forma justa, eficiente y costo-efectiva.

Existe una diferencia emergente entre el *castigo/procesamiento* del acto criminal, lo cual permanece como parte de las actividades del estado (y como veremos se convierte una vez más, en un simbolo significativo del poder del estado) y el *control del crimen*, el cual es crecientemente marcado para estar 'más allá del estado' de forma significativa" (Garland, 1996:459; traducción provista; enfasis en el original).

(12) Se trata del título de una canción compuesta por Rubén Blades.

postulados teóricos parecidos a los contemporáneos en otras latitudes, a un reposicionamiento de corte epistemológico que plantea ruptura como a su vez continuidad en el debate. En particular, porque la agenda definida por los criminológos críticos de América Latina en las ultimas tres décadas, incorpora hoy asuntos aún sin resolver del pasado, y los incorpora de igual forma que incorpora nuevos asuntos por resolver (Zaffaroni, 1993; Elbert, 1996; Silva, 1997; Faúndez-Ledesma, 1999; Neuman, 1907; del Olmo, 1990; Villegas, 1996).

El proyecto de América Latina se impuso, de forma fragmentada y a través de las distintas regiones del continente, re-examinar cual había sido la agenda dominante de la criminología y como tal intentar promover una alternativa. Este proceso, como tantos han destacado, se confunde com la urgencia de rectificar a los sistemas de justicia criminal nacional para que los mismos respeten por lo menos una cultura general de derechos humanos (Zaffaroni, 1993).

No obstante lo anterior, y como proyecto de ruptura epistemológica, la criminología crítica en América Latina, intenta definir una nueva agenda para la investigación, la docencia y la práctica, que rompa con la escuela dominante de criminología – la cual se funda esencialmente en discursos de 'ley y orden' y estados de excepción (del Olmo, 1990).[13]

Entre otras características, ese nuevo paradigma epistemológico de la criminología crítica en América Latina, intentó participar en las siguientes dimensiones:

- En desmitificar la naturaleza objetiva del estado, y en reafirmar su naturaleza clasista y excluyente.
- En examinar formas no-estatales de organización y regulación del orden social, las cuales en muchas ocasiones han equerido el examen de formas indígenas no-occidentalistas existentes en el continente.
- Examinar el rol de las instituciones totales como la cárcel, y su función de marginalizar a los de por si ya excluídos.
- Abrir el debate en cuanto a las prácticas sociales tradicionalmente no sancionadas por el estado, las cuales requerian ser criminalizadas como la violencia doméstica y el abuso de menores.
- Invocar el discurso de los derechos humanos, como metarelato alternativo al discurso y práctica de regulación social del estado.
- Crear conciencia e implementarlo con cierto éxito, el que el estado y sus miembros, fueran responsabilizados y procesados por los crimenes y violaciones de derechos humanos cometidos durante los regímenes dictatoriales de la década de 1970 y 1980.

(13) Pavarini denota la urgencia en el quehacer intelectual de América Latina de lograr un rompimento epistemólogico, con las escuelas dominantes Europeas y de América del Norte (Pavarini, 1994:45). Este proceso, y citando a Aniyar de Castro, se llamó la "criminología de la liberación" (Ibid). Pero como bien apunta Pavarini, este proyecto sólo intentó liberar la mente del criminólogo, sin afectar las relaciones sociales existentes (Pavarini, 1994:46).

- Plantear una agenda alternativa al discurso "guerra contra las drogas" generado por el gobierno de los EE.UU.

Hasta cierto punto los aspectos anteriormente citados han constituido a lo largo de las últimas dos décadas el proyecto de la criminología crítica en América Latina. Este proyecto no sin contradicciones, y problemas aparentes, ha logrado crear un balance distinto en cuanto a cual debe ser la agenda a seguir al implementar el proyecto de la criminología crítica. Ahora bien, no necesariamente este proyecto representa una ruptura, sino tal vez una continuidad de un trabajo el cual a lo largo de las últimas décadas se ha solicitado.

En esta medida, por ejemplo, el procesamiento del caso del General Augusto Pinochet, aunque conforme con los reclamos progresistas de la criminología crítica de América Latina como internacional, no necesariamente constituye un proyecto de ruptura sino de continuidad del pasado (Zaffaroni, 1993; Cohen, 1996, Millaleo, 1999). Estamos en esta medida en el paradigma reclamado en el pasado, no obstante el mismo comienza a dar sus frutos ahora.

Lo que sí complica el analisis en América Latina, es que los indicadores objeto de analisis de la criminología crítica comienzan a cambiar, hoy – aunque tal vez, su cambio es relativo y de menor peso cuando se compara con otros desarrollos en el mundo. Particularmente, porque el estado en América Latina conforma unas características que intrincicamente lo han hecho distinto pero a su vez similar a su contra parte en los países del llamado "norte".

En particular, como ruptura y continuidad la criminología crítica se ha enfrentado a los seguientes elementos:

- Un estado débil en general en su gestión de prevenir el crimen en la sociedad, salvo en sus formas de excepción, cuando ha sido fuerte con los disidentes.
- Una sociedad civil reguladora del orden social, la cual en muchas ocasiones ejerce más poder coercitivo y represivo que el propio estado, por ejemplo el caso de Colombia.
- Sociedades gobernadas por sectores "criminalizados" y en total control de áreas de la sociedad civil, imponiendo un régimen social mucho más precario que el del estado.
- La exclusión de los ordenes normativos indígenas, y su marginalización consistente.
- La utilización de la cárcel como sanción principal de prevención del acto criminal, donde el encarecimiento de las condiciones cárcelarias contrarias a los derechos humos es significativa.
- La privatización y corporativización de los espacios sociales sin aparente control de parte del estado, y con la consiguiente perdida de garantías constitucionales.
- La irresuelta cuestión en torno a la impunidad de los oficiales del estado envueltos en actos de violación de derechos humos – durte el tiempo de las dictaduras esencialmente, pero también en los tiempos posteriores donde la impunidad aún sigue sin resolver.

5. Recomendaciones

Tal vez el problema no yace en plantearnos si vivimos en la continuidad o ruptura epistemológica de fin de siglo. Tal vez sería más pertinente preguntarnos si vivimos en un período de redefinir la agenda epistemológica del próximo milenio.

En esta medida, tal vez sea más importante recomendar una agenda para el próximo milenio [o tal vez mejor decir, "para el año entrante"] que envuelva si acaso lo siguiente:

- Mantener la centralidad del estado como ente primario para garantizar la igualdad social, permitiendo una distribución más equitativa de los recursos sociales y como garantizador de unos parámetros básicos que definan el orden socialmente aceptable.
- Repensar que la extensión de los patrones de criminalización del estado hacia nuevas areas sociales, como la ecología, no necesariamente adelantan una agenda transformadora, sino que cumplen el mismo objetivo que otras formas de criminalización cumplen hoy.
- Recrear y descentralizar el rol de la cárcel como medida coercitiva para la rectificación del daño a la sociedad y al individuo.
- Plantearse una mirada crítica y solidaria a las víctimas, que permita su participación activa en la rectificación del daño ocasionado.
- La inclusión de modelos no litigiosos para la resolución de los conflictos sociales, donde el castigo así concebido hoy [carcel], no sea el único mecanismo para resolver dichos conflictos.
- Plantearse un nuevo activismo, parafraseando el pensamiento de Pavarini (1994), donde el/la criminólogo/a asuma nuevas responsabilidades que lo diferenciem de las posturas de la criminología administrativa.
- Lograr la sanción y rehabilitación de aquellos que como parte del estado han pasado inmunes a los procesos comunes de castigo – y cuya impunidad aún causa problemas para la estabilidad política de muchos países de hemisferio.
- Combatir la corrupción gubernamental y privada-pública, como mínima garantia para garantizar el buen ejercicio del gobierno.
- Examinar el impacto que tiene la privatización de "zonas" sociales con sus propios ordenamientos normativos recreando en muchas instancias la voluntad del soberano y de los principios y garantías constitucionales.
- Continuar desarrollando un programa alternativo en torno a la economía alrededor de industria de la droga.
- Promover mayor intervención y participación ciudadana-comunitaria en el ambito del control social, bajo parametros sociales definidos por el estado.
- Promover una cultura de tolerancia y de promoción de la diversidad donde la reconciliación en lugar que la retribución sea el eje dominante para resolver conflictos sociales y para garantizar el orden social.

6. Conclusión

Saber si efectivamente vivimos en un proceso de ruptura o continuidad es tal vez una forma de ejercicio estricto cuya finalidad no aborda necesariamente a enfrentarnos al próximo milenio. No obstante esto, es importante destacar en que consistió la agenda de fin de siglo, y si la misma se cumplió o no. Esto resulta importante para lograr definir la agenda de trabajo para el próximo milenio.

No obstante lo anterior, y ante las recomendaciones antes expuestas, se torna de vital importancia examinar como se puede adelantar de forma eficiente e inmediata una agenda crítica de la criminología. En particular en un período histórico donde los objetos tradicionales de estudio de la criminología han cambiado, y donde lo real se ha tornado bastante movedizo. Más aun, donde varios criminólogos nos apuntan, y no sin razón, que la agenda de la criminología crítica se encuentra cruzada con la de la *mainstream* o administrativa, lo cual es necesario rectificar (Cohen, 1994; Young, 1999, Pavarini, 1994).

La agenda de trabajo epistemológico del próximo milenio habrá de mantener ciertas posturas discutidas, analisadas y sin implementar de este fin de siglo. Particularmente, y como nos recuerda Pavarini, porque las condiciones sociales por las cuales surgió el discurso crítico aún siguen sin resolver (Pavarini, 1994:56).

Finalmente, Molina nos acuerda que a la película aún le queda por ser contada. Que el trayecto es largo y se necesita más de una noche para contar la historia. Que el proyecto trazado por la criminología crítica tanto en Europa como América Latina, de una forma u otra aún no ha terminado. Por ende, es importante reconocer que la realidad "no es sólo una celda", según nos comenta Valentín, por lo cual las aproximaciones multidisciplinarias y contextuales al problema de lo criminal siguen siendo aún vigentes.

Referencias

AMBOS, K. "Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional", *Nueva Sociedad* 161, mayo-junio, 1999, p. 86-102.

BAUDRILLARD, J. *El crimen perfecto.* Barcelona : Anagrama, 1996.

COHEN, S. "Taking decentralization seriously: values, visions and politics", en Lowanm, J y R. J. Menzkies, T. S. Plays (editores). *Transcarceration essays in the sociology of social control.* Aldershot : Gower, 1987.

———. "Social control and the politics of reconstruction", en Nelken, D. (editor) *The futures of criminology.* London : Sage Publications, 1994.

———. "Crime and politics: spot the difference", *British Journal of Sociology* 1, Issue, vol. 47, p. 1-21.

DEL OLMO, R. *Segunda ruptura criminológica.* Caracas : Universidad Central de Venezuela, 1990.

ELBERT, C. *Criminología latinoamericana.* Buenos Aires : Editorial Universitaria, 1996.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. "Derecho internacional, impunidad y responsabilidad del estado", *Nueva Sociedad* 161, mayo-junio, 1999, p. 103-118.

GARLAND, D. "The limits of the sovereign state", *British Journal of Criminology* 4, Autumn, 1996, vol. 36, p. 445-471.

HULSMAN, L. "El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas", *Criminología Crítica y Control Social*, Rosario : Editorial Juris, 1993, p. 73-102.

LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. México : Siglo XXI, 1992.

LEA, J. y J. YOUNG. *What is to be done about law and order? Crisis in the eighties*. Middlesex : Penguin Books, 1984.

LYOTARD, J. F. *La condición postmoderna*. Madrid : Cátedra, 1994.

MARRERO, R. "Toca la justicia a los poderosos intocables", *Primera Hora*, 1994, p. 4a.

MILLALEO, S. "El caso Pinochet: Chile en la encrucijada de la democracia incompleta", *Nueva Sociedad* 161, mayo-junio, 1999, p. 130-144.

NEUMAN, E. *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires : Depalma.

NINA, D. "Criminología crítica y Puerto Rico: breves apuntes en torno a la respuesta estatal problema de la criminalidad", *Revista América* 1, Año 4, mayo, 1992, p. 78-83.

———. "¡Fin de una era! Crimen y castigo en Puerto Rico: consideraciones ante la privatización y reposicionamiento del estado", *Revista Barco de Papel* 1, Año 2, diciembre, 1997, p. 27-37.

PAVARINI, M. "Is criminology worth saving?", en Nelken, D. (editor) *The futures of criminology*. London : Sage Publications, 1994.

PUIG, M. *El beso de la mujer araña*. New York : Vintage, 1976.

RESUMIL DE SANFILIPPO, O. *Criminología general*. Rio Piedras : Universidad de Puerto Rico, 1986.

SILVA SERNAQUÉ, S. A. *Reflexiones penales y criminológicas*. Mayagüez : Editorial Barco de Papel, 1997.

TAYLOR, I. y P. WALTON, J. YOUNG. *Criminología crítica*. México : Siglo XXI, 1977.

VILLEGAS DUQUE, G. A. *Justicia: epistemología de la criminología crítica*. Bogotá : Centro Jurídico Comunitario, 1996.

YOUNG, J. "El fracaso de la criminología critica: la necesidad de un realismo radical", *Criminología Crítica y Control Social*, Rosario : Editorial Juris, 1993, p. 5-39.

YOUNG, J. "From inclusive to exclusiva society: nightmares in the Europe dream", en Ruggiero, V. y N. South, I. Taylor (editores). *The new european criminology*. London : Routledge, 1998.

YOUNG, J. *The society of exclusion: crime and difference in later modernity*. London : Sage Publications, 1999.

ZAFFARONI, E. R. "Derechos humanos y sistemas penales en América Latina", *Criminología Crítica y Control Social*, Rosario : Editorial Juris, 1993, p. 61-72.

10

DA "POLÍTICA CRIMINAL" À POLÍTICA DA IGUALIDADE[1]

DIMITRI DIMOULIS

SUMÁRIO: 1. Falácias da política criminal: naturalização e redução da noção de crime: 1.1 Naturalização da noção jurídica do crime; 1.2 Redução política da noção jurídica do crime; 1.3 A política criminal simbólica-ilegal – 2. Direito penal da Constituição – 3. O mito da liberdade individual – 4. Igualdade ou liberdade? – 5. Os significados das palavras e igualiberdade – 6. Formulações gerais dos direitos e mediações da igualiberdade – 7. Finalidades políticas da igualiberdade – 8. Os conflitos sociais na perspectiva da igualiberdade – Bibliografia.

Resumo: O presente texto analisa os problemas atuais da criminologia e do direito penal, sob a luz do princípio da igualiberdade. O estudo indica que a luta contra a criminalidade é um conceito político baseado na exclusão social e no desrespeito dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Política criminal – Igualiberdade – Criminologia – Direito penal mínimo – Direitos fundamentais.

1. Falácias da política criminal: naturalização e redução da noção de crime

Numa peça de teatro alemã, o ator que joga o papel do chato atrapalha as discussões com a seguinte pergunta: "Por favor, poderia me definir o termo que você está utilizando?" Não podemos definir qualquer coisa, nem começar sempre do "início". Quem, porém, lê uma notícia, onde se afirma que com uma contribuição mensal de R$ 2,50 é possível obter uma polícia de Primeiro Mundo e solucionar os problemas de segurança, ou quem, numa outra parte do continente, assiste pela enésima vez a palestra, onde são louvados prefeitos e chefes de polícia que, com bastante determinação contra o "mal" e sem lesionar (muito) os direitos humanos, solucionaram os problemas de Nova Iorque, se sente obrigado a fazer a pergunta: "Por favor, poderia me definir o que é criminalidade?"

(1) Agradece-se ao Professor Eduardo Fanganiello pela leitura atenta e crítica do presente texto. Por conselhos e esclarecimentos sobre temas de história do direito agradeço a Ana Lucia Sabadell.

O debate sobre a "política criminal" é dominado por uma silenciosa evidência. O interesse é voltado aos "melhores" meios para combater a criminalidade: Qual é a melhor organização policial? Seria melhor militarizar ainda mais a perseguição do crime ou civilizá-la? O que deveríamos fazer na prisão: reeducar ou neutralizar? Seria mais adequado introduzir a pena de morte ou ampliar as penas alternativas? Presos nestes dilemas, mesmo os autores e atores políticos mais liberais não percebem que ninguém coloca a *única* pergunta decisiva: "Que coisa é o crime?"

Utilizando os conceitos da abordagem sociológica e crítica da criminologia,[2] podemos afirmar que existe hoje uma *dupla falácia* relativa à política criminal, tal como ela é definida e praticada nas Américas do Sul e do Norte e também na Europa.

1.1 Naturalização da noção jurídica do crime

A política criminal se define, geralmente, como "a escolha dos meios mais eficazes para afrontar a criminalidade" (Bricola, 1997, p. 255), ou seja, como uma política que objetiva a prevenção do crime, através dos meios mais adequados para a sua erradicação, incluindo a repressão penal, com os seus efeitos de prevenção geral e especial. Determinar a política criminal pressupõe, assim, uma definição do crime. Para elaborar tal definição, é necessário unir as definições dos delitos na legislação penal. Uma definição mais ampla do crime, como objeto de intervenção da política criminal, significaria desenvolver uma política de prevenção de condutas, que o legislador não considera como atos criminais. Isto seria contrário à Constituição e também às regras de trabalho dos órgãos encarregados da "segurança". Como poderia a polícia trabalhar na prevenção de atos permitidos ou que gerassem somente a responsabilidade civil do indivíduo?

A definição jurídica do crime é, porém, historicamente mutável. Existiram no mundo legisladores, que achavam que a negação da divindade do Espírito Santo era um crime passível de pena de morte (heresia), e hoje existem mais de duas centenas de Constituições, que declaram que tal negação constitui o exercício de um direito elementar de qualquer homem: a liberdade de crença. Existem hoje legisladores que consideram que cometer adultério ou consumir cannabis sativa constitui um crime, enquanto que legisladores de outros países, avaliam os mesmos atos como exercício da liberdade de ação do indivíduo, protegida pela Constituição. E se um ministro da Justiça conseguisse impor as idéias do reducionismo penal, descriminalizando uma grande parte das condutas hoje legalmente definidas como crimes, teríamos, de um dia para o outro, uma noção muito reduzida do crime e, de conseqüência, da política criminal.

Uma das implicações lógicas destas premissas triviais é que a decisão de criminalizar apresenta um caráter puramente político: não é porque existe um "bem jurídico" chamado propriedade, que o legislador prevê a punição de qual-

(2) Veja, em língua portuguesa, Baratta, 1997.

quer agressão contra a propriedade. Existem somente algumas formas de propriedade, que em alguns países e em determinados períodos históricos, são associadas à cominação de penas criminais. Nada impede que o legislador penal amplie ou restrinja as definições dos ilícitos e, o mais importante, ninguém deveria considerar crime uma agressão ao bem jurídico supracitado, que se situe fora da decisão legislativa.

Estas reflexões nos permitem concluir que o conceito de política criminal não indica um combate contra o "mal", nem uma tentativa de solução de problemas sociais. Exprime somente uma orientação dada pelos responsáveis políticos aos aparelhos repressivos dentro da situação legislativa do momento, que, por sua vez, é produto de uma decisão política dos grupos que exercem o poder (democraticamente ou não), em cada momento histórico.

As decisões de proibir e punir possuem sempre um caráter "criativo". Não combatem uma criminalidade já existente, mas *criminalizam* determinados comportamentos. Uma tal atribuição de qualidades e conseqüências negativas é realizada, primeiramente, no momento da decisão legislativa sobre a responsabilidade penal e a configuração das condutas ilícitas: Responsabilidade penal aos dezoito, aos doze ou aos vinte e um anos? Qual a definição e a conseqüência do perdão do ofendido? Que tipos de loteria são criminais? Com relação a determinados delitos e categorias de pessoas deve-se aplicar trabalho social ou pena de reclusão?

O processo de atribuição de qualidades e conseqüências negativas (criminalização) continua, numa segunda fase, com as decisões quotidianas dos órgãos de repressão (polícia, tribunais, administração penitenciária), relativas à direção da sua atividade e à atribuição de responsabilidade a determinados indivíduos: Onde e como buscar criminosos? Quem deve ser indiciado? Quem, como e em que intensidade deve ser punido? Qual o "tratamento" que deve ser dado a cada preso?

Todas estas decisões "criativas" são analisadas pelos sociólogos do controle social, enquanto *processos de criminalização*. Os seus objetos não somente carecem de estabilidade no tempo e no espaço, mas também de homogeneidade, qualidade esta que seria crucial para considerá-los como problemas sociais "reais". Um problema social real é a fome ou a doença. As causas e as estratégias de combate podem mudar, porém, a fome e a doença permanecem um fenômeno socialmente problemático, independentemente do que as autoridades do Estado querem e podem fazer. O comportamento de quem causa fome ou comete furto por causa da fome, não é, ao contrário, um problema independente das normas legais em vigor e da atividade concreta dos órgãos de repressão. E tais comportamentos não possuem pontos em comum com outras condutas ilícitas, como, por exemplo, o estupro ou a macrocriminalidade econômica.

A falta de estabilidade e de homogeneidade é a razão principal da rejeição à concepção "essencialista" do crime, enquanto problema social "real", que deve ser afrontado com meios penais. Quem, ao contrário, sustenta a concepção "essencialista", apresenta dois argumentos.

Primeiramente, sustenta-se que existe um "núcleo comum" de condutas que todas as sociedades reprovam e perseguem enquanto crime. Este núcleo seria o

referente material da criminalidade, ou seja, constituiria a realidade social dos problemas, que o legislador reconhece através de normas de proibição e sanção.[3]

O ato objetivamente descrito como "matar alguém", seria o candidato mais forte para constituir um crime independentemente da definição legal, porque todas as sociedades tendem a reprová-lo e puni-lo. Una análise séria desta conduta deve, porém, tomar em consideração as enormes diferenças históricas no tratamento dado ao homicídio no que se refere à pena, ao seu modo de execução e aos titulares do direito de punir. Mesmo aceitando uma definição ampla e vaga da pena, como sinal de reprovação social do ato "matar alguém", não é possível considerar que este ato seja idêntico à definição do homicídio nas nossas legislações. O homicídio legal (pena de morte judicial, guerras), ou tolerado pelo Estado (pena de morte extrajudicial, com formas mais ou menos amplas) e a legítima defesa são exemplos de situações, onde o ato de "matar alguém" diferencia-se da configuração legal do homicídio.

Por realizar-se uma construção restritiva da causalidade, certas condutas não podem configurar o fato típico do homicídio. Por este motivo, ninguém pode ser considerado autor do ato de "matar crianças de menos de cinco anos", sob a acusação de ter sido omisso na tarefa de construção de infra-estrutura básica para a prevenção e cura de doenças infantis. E isto apesar do fato que no mundo atual morrem, ao ano, 15 milhões de crianças com menos de cinco anos,[4] devido a tais omissões por parte dos detentores dos poderes político ou social. Também interessa lembrar, que este número de mortes é muito mais elevado do que os atos penalmente definidos como homicídio.

Finalmente, o fato de que o número de homicídios perseguidos penalmente seja muito superior ao número de condenações por tais delitos, não provoca nenhuma quebra no sistema de legitimação das autoridades encarregadas da repressão. Isto indica que não existe um interesse social para a punição de todos os homicídios, ou seja, que a sociedade aceita uma distância entre o "matar alguém" e o "punir alguém por homicídio".

Se tal constatação permite convalidar a tese que a definição legal do homicídio e a sua implementação são independentes do suposto referente material ("matar alguém"), os essencialistas, ainda, podem apresentar um segundo argumento: As decisões de criminalização, mesmo sendo políticas, exprimem um interesse geral da população, pois objetivam a proteção dos bens jurídicos de todos contra todos.

Não cabe dúvida, que qualquer política adotada pelo Estado é apresentada como medida ao serviço do "interesse geral". Um governo aplica uma política social de redistribuição, atendendo as necessidades do "bem-estar social" –, e um governo posterior anula esta política com privatizações, diminuição dos impostos em favor das empresas e desregulamentação do mercado de trabalho, alegando a mesma finalidade de "bem-estar social" que, desta vez, seria atingível graças

(3) Para uma crítica do argumento da universalidade-perenidade do crime e do direito penal. Cf. Scheerer, 1993, p. 72 ss.; Dimoulis, 1996, p. 572.

(4) Dado publicado no jornal *Le Monde*, 15.12.1992.

à iniciativa privada, que geraria empregos e crescimento econômico, através da "livre concorrência" e de outros mecanismos do mercado.

Uma abordagem realista não pode, porém, negar que as decisões políticas são ditadas por interesses particulares e objetivam a conservação/reprodução de um sistema de poder, mesmo quando apresentadas como expressão de um "interesse geral". Qual seria a razão para admitir uma exceção para a política de criminalização, considerando-a como imparcial e quase "natural"? Como poderíamos explicar, através da hipótese do "interesse geral", as grandes controvérsias e as contínuas mudanças na história desta política? Como explicar a seletividade dos processos de criminalização em todas as suas etapas? E, finalmente, como considerar medida de interesse geral, a política de "proteção de bens jurídicos", que possui um caráter claramente conservador (conservar, ou seja, fazer respeitar posições jurídicas e direitos já adquiridos) em sociedades com fortes desigualdades de acesso a recursos materiais e imateriais?

A falácia naturalista da política criminal consiste, então, na operação ideológica de apresentar, como socialmente já existentes, situações que são produto de um conjunto de decisões políticas, que definem e "constroem" os crimes e os seus responsáveis.

1.2 Redução política da noção jurídica do crime

A política criminal, no seu sentido corrente, diferencia-se da política criminal no sentido legal acima descrito. Aplicada na prática, possui um caráter conjuntural, sendo produto de um trabalho político de "seleção", no qual participam ativamente, além das autoridades do Estado, outras instâncias de controle social como aquelas que formam a opinião pública e são falsamente denominadas "meios de comunicação".

Este trabalho consiste na seleção de alguns comportamentos legalmente definidos como crimes, que são apresentados como principais problemas sociais e, conseqüentemente, como objetos privilegiados da política criminal. Exige-se, assim, das autoridades competentes que orientem o aparelho repressivo de modo a dar prioridade à perseguição de tais atos, solicitando que se intensifique, ainda mais, a reação penal, através de reformas legislativas. Com outras palavras, a política criminal conjuntural, não objetiva a aplicação dos preceitos legais em geral: concentra-se sobre um fragmento, considerado "prioritário".

Estabelecer tais "prioridades" significa, porém, desrespeitar as leis penais de dois modos. Primeiramente, na tentativa de satisfazer a opinião pública (que toma conhecimento do "crime" e da sua "gravidade" através da televisão), é imposta às autoridades policiais e judiciais, principalmente, a perseguição dos casos considerados prioritários. Isto, porém, encontra-se em contradição com a política criminal legal, que não estabelece tais prioridades. Perseguir determinados delitos para satisfazer a opinião pública, significa deixar nas mãos dos órgãos submetidos à lei, o cuidado de selecionar qual "parte" das leis seria digna de aplicação e qual não.

O Brasil é um dos poucos países do mundo onde a proposta do abolicionismo radical (abolição do direito penal e da pena de privação de liberdade em geral) é

contrária à Constituição. Esta última prevê, como é bem-conhecido, a obrigação de repressão criminal de uma série de condutas, entre as quais destacam-se: o racismo (art. 5.°, inciso XLII), a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo (art. 5.°, inciso XLIII) e a retenção dolosa de salário (art. 6.°, inciso X). Estas deveriam ser as prioridades de uma política criminal conforme a Constituição. Em outras palavras, estes são os únicos casos nos quais seria legítimo que as autoridades concedessem uma "atenção particular".

Qualquer outra hierarquização encontra-se em contradição com o princípio da separação dos poderes, porque induz os órgãos dos poderes executivo e judiciário a desrespeitar a lei, "selecionando", com critérios de política quotidiana, o que "merece" ser aplicado. Esta situação torna-se ainda mais problemática, porque o processo pelo qual se estabelecem as "prioridades criminais" acaba sendo ditado por considerações de tipo eleitoral.

Em segundo lugar, a política criminal seletiva-conjuntural tem uma conseqüência prática ainda mais grave. O estabelecimento de prioridades induz os órgãos de aplicação da lei a exaurir a sua severidade nos crimes "prioritários": "punição exemplar". Esta palavra de ordem da política criminal conjuntural propicia uma atuação ilegal dos órgãos de repressão, na tentativa de mostrar-se eficientes. Categorias de criminosos estigmatizados pela política criminal conjuntural são considerados como inimigos principais da sociedade. Isto encoraja os órgãos de repressão a cometer ilegalidades, inclusive atos de tortura, ou seja, um delito que, como já observamos, é previsto pela Constituição como um dos poucos crimes hediondos e de repressão prioritária.

Por que se produz uma tal inversão, em que órgãos do Estado tentam "combater o crime" com métodos que levam à ilegalidade e mesmo à comissão de crimes? A explicação é que os autores dos crimes-alvos da política criminal conjuntural são considerados, pelo "sentido comum", como privados de direitos humanos, ou seja, como *não-homens*. A Constituição garante uma longa série de direitos humanos a qualquer residente no Brasil, o complexo mídia-política-polícia-sentido comum faz a sua seleção, considerando que determinados criminosos devem ser privados destes direitos e permitindo, politicamente, que os órgãos de repressão cometam graves violações da lei e dos direitos humanos, para mostrar-se conformes a expectativas do momento.

1.3 A política criminal simbólica-ilegal

As duas falácias da política criminal levam a um resultado comum. O conjunto de instâncias e processos que formam a orientação política de um determinado momento erige-se na condição de *legislador efetivo*, estabelecendo o que é "na verdade" crime e como deve ser punido. Os órgãos de repressão, que deveriam aplicar a lei, indiscriminadamente, erigem-se em protetores da sociedade com a função de perseguir e punir o mal, adquirindo um *status* de legitimação fora dos parâmetros do Estado de direito. Afrontando o "bandido" num combate "pessoal" e sem regras legalmente preestabelecidas, o policial protege a sociedade com os meios que ele considera efetivos. Para ele, a lei, muitas vezes, constitui

um obstáculo para a consecução do seu trabalho de "justiceiro", ou seja, de protetor providencial da sociedade.

Se, então, a falácia naturalista da política criminal é uma construção ideológica, cuja finalidade é a legitimação material de decisões políticas sobre o que é crime (e pena), a redução política da noção jurídica do crime leva a uma *perversão* da política criminal, que oscila entre o não-respeito dos preceitos constitucionais e a franca ilegalidade.

A análise crítica aponta que o direito penal cumpre exclusivamente *funções simbólicas*: impõe socialmente uma determinada imagem sobre o "bom" e o "mal" e reprime de modo seletivo e exemplar alguns comportamentos, na tentativa de criar uma imagem de respeito à "ordem" e de apavorar potenciais infratores da lei, não podendo, em caso nenhum, proteger efetivamente as pessoas da criminalidade.[5]

A falácia da redução política da noção do crime nos impõe ir ainda mais longe: As funções simbólicas do direito penal estão, na prática, desvinculadas da definição legal da política criminal, fazendo desta última, um simples símbolo politicamente legitimado, que as autoridades do Estado invocam para seguir orientações e conseguir objetivos em parte contrários à definição legal do crime.

2. Direito penal da Constituição

No âmbito da abordagem crítica do direito penal, autores com preocupações "garantistas", desenvolveram uma concepção do "direito penal da Constituição". Esta discussão, iniciada nos anos 70, entre penalistas italianos (Bricola, 1997, p. 101 ss., 221 ss.) teve amplas repercussões na América Latina (Martínez, 1990), surgindo assim, propostas de desenvolver um direito penal voltado à proteção efetiva dos direitos humanos.

O direito penal deveria minimizar a violência e maximizar a liberdade, graças a princípios e mecanismos que garantiriam a autodeterminação dos cidadãos através e contra o poder punitivo do Estado, cuja atuação seria assim não somente legal, mas mesmo materialmente legitimada. Através de um direito penal mínimo e garantista, ou seja, conforme a Constituição, a violência social seria minimizada, a "anarquia punitiva" evitada e os mais fracos seriam protegidos nos seus direitos (Ferrajoli, 1990, p. 325 ss., 891 ss.).

Esta visão de legitimação do direito penal através da sua limitação encontra sérias objeções, do ponto de vista da filosofia e da teoria do direito (Gianformaggio, 1993). Sem entrar aqui no mérito da discussão, nos limitaremos a uma observação do ponto de vista da interpretação constitucional. A parte institucional-organizatória da Constituição diz muito pouco sobre o direito penal material e a parte dos direitos fundamentais, ainda menos. Por ser a Constituição tão prolífica, redundante e contraditória em matéria de proteção de vários "bens jurídicos",

(5) Baratta, 1984 e 1993.

esta não chega impor (com as poucas exceções, já citadas) a proteção penal dos referidos "bens", e, em todo caso, não permite estabelecer princípios e limites para a sua proteção. O único princípio – abstrato – que pode ser destacado da Constituição é a necessidade de limitar o poder punitivo, através de regras processuais e do princípio da subsidiariedade.

Deste ponto de vista, a proposta de um direito penal da Constituição, exemplificado com regras detalhadas (Ferrajoli, 1990), nada mais é que a adoção por parte dos penalistas de uma típica postura dos constitucionalistas: Projetar na Constituição o que o intérprete considera desejável. Trata-se de um erro metodológico, plenamente explicável pelos objetivos políticos e "legiferantes" de quem o comete (Dimoulis, 1996, p. 34 ss.).

Tal objeção de princípio não significa, porém, que não vale a pena entrar no debate sobre o "direito penal da Constituição", mesmo com o objetivo de verificar detalhadamente os seus pontos problemáticos e as aporias metodológicas. Será oferecido aqui, um trabalho preparatório desta discussão, que parte de uma constatação simples.

Os penalistas trabalham com dois conceitos básicos do direito constitucional: a igualdade e a liberdade. Igualdade, porque as disposições penais garantem, com poucas exceções, a igual proteção dos bens jurídicos de todos os cidadãos e tentam, por meio dos mecanismos de punição, garantir a igual proteção de todos, não admitindo que um determinado cidadão seja lesado nos seus direitos. Liberdade, porque o objeto mais geral da proteção penal é a liberdade do indivíduo e da coletividade, constantemente ameaçada por restrições e agressões. Liberdade, também no sentido negativo, dado que a pena principal em matéria penal continua sendo a privação ou restrição da liberdade de locomoção, combinada com uma série de outras restrições da liberdade pessoal (comunicação, correspondência, exercício dos direitos políticos, liberdade de trabalho, etc.) Liberdade, finalmente no sentido de "código" de ação do direito penal, que não consiste em técnicas de prevenção que tornem inviável o crime, mas somente na proibição de condutas, deixando a todos a "liberdade" material de respeitá-las ou não.

Trabalhando com estes dois conceitos, os penalistas atribuem à igualdade o sentido de uma regra de distribuição da liberdade (que deveria ser "igual para todos") e, à liberdade, o sentido da autonomia do indivíduo que, dependendo da atuação concreta, é protegida ou limitada pelo Estado.

Os críticos do direito penal adotam estes conceitos, mudando somente a avaliação: o direito penal seria desigual porque somente em aparência protege os bens jurídicos de todos, sendo altamente seletivo na formulação e na aplicação das normas, adotando processos de criminalização que reproduzem as desigualdades entre indivíduos. Assim, o direito penal seria "o direito desigual por excelência" porque viola a regra de igualdade enquanto distribuição: trata os desiguais de forma "igual" e os "iguais" de forma desigual (Baratta, 1997, p. 161 ss., 197 ss.).

No tocante a liberdade, os críticos sustentam que o direito penal não protege os bens jurídicos de todos e impõe sofrimentos, privando os indivíduos não somente da sua liberdade, mas também do direito de solucionar os próprios conflitos com autonomia ("expropriação dos conflitos" – Christie, 1995; Mathiesen, 1989; Baratta, 1987). O ideal da liberdade ou da "articulação autônoma dos conflitos"

(Baratta, 1988), constitui assim uma reivindicação da crítica, que confirma a concepção da liberdade enquanto autonomia dos indivíduos.

Desta forma, estabelece-se um consenso extremamente amplo entre os penalistas e os sociólogos do controle social, sobre o sentido das noções da liberdade e da igualdade, tomadas por ambos como bases do direito penal. Diferenças existem somente com relação ao entendimento, se o direito penal hoje existente respeita ou não tais princípios.

Se, porém, o direito penal deveria ser elaborado sobre uma base constitucional, então uma condição prévia seria a de esclarecer o significado constitucional dos conceitos de liberdade e de igualdade.

3. O mito da liberdade individual

Segundo um mito até hoje dominante, existiu uma época, chamada Idade Média, em que vigorava uma ordem teocrática. Os indivíduos não tinham a menor importância e os seus direitos não existiam (ou os seus direitos naturais não eram respeitados). Tudo dependia da vontade divina, ou seja, dos mandamentos da Igreja, dos príncipes e dos nobres. Depois as pessoas se "iluminaram" (graças à classe burguesa, que realizou o projeto iluminista), e seguiu-se uma época na qual o indivíduo tornou-se o centro do mundo. Ganhou a autonomia, a soberania no seu espaço privado e uma série de direitos fundamentais. Os indivíduos se conscientizaram com relação aos seus direitos e os Estados os garantiram, tornando-se Estados de Direito, Estados constitucionais e, em alguns casos, Estados democráticos.

O instrumento principal desta garantia dos direitos foi o Direito. Assim, surge uma nova definição do Direito, que não é mais considerado, como na Idade Média, expressão da ordem e da hierarquia divina. Com relação a esta nova definição, podemos distinguir duas fases:

A primeira é ligada a Hobbes, que propõe a distinção entre *lex/law*, que significa vínculo, obrigação, restrição, sujeição a um poder superior, e *ius/right*, que seria o império da liberdade: "*Jus enim libertas est*".[6] Os direitos individuais (*rights*) são sinônimos de liberdade e criam um espaço de atuação, que se mantém independente do constrangimento legal. Estes direitos possuem validade *ao lado* do Direito (*law*) que garante a ordem social através de limitações da liberdade.

A segunda fase encontra-se em Kant. Na sua visão, as duas dimensões supracitadas se unificam em um sistema, que garante a primazia e a efetividade da liberdade individual. O Direito (*Recht*) é entendido como um conjunto de regras que harmoniza as várias intenções e vontades das pessoas, garantindo a liberdade como *Lei Geral*. "O Direito é então, o conceito intrínseco das condições, sob as quais o arbítrio de cada um pode ser combinado e harmonizado com o arbítrio dos outros, segundo uma lei geral de liberdade". Indivíduo = Liberdade = Direi-

(6) Cf. as citações e os comentários em Clavero, 1997, p. 214 ss.

to. Esta equação é, até os nossos dias, central no pensamento dos juristas e dos políticos,[7] e não raramente repetida como definição do direito positivo.[8]

A filosofia política moderna exprime uma tendência geral. É *individualista*. Muitas vezes considera-se, que esta adota um individualismo simplesmente "metodológico". Segundo esta idéia, para interpretar adequadamente a sociedade e propor melhorias nas instituições, deve-se começar pela análise de uma entidade empírica, do indivíduo, e não de construções complexas e confusas como a nação ou a classe social.

Na nossa opinião, o individualismo metodológico é estritamente ligado com o *individualismo substancial*, ou seja, com a tese que o indivíduo constitui a verdadeira base da organização social, a verdadeira instância de decisão e de ação. Deste modo, sustenta-se que a sociedade é composta por indivíduos e nada mais. O correlato deste individualismo é a obrigação de respeitar as aspirações dos indivíduos e a crença no fato de que "bem-ordenada" é, somente, a sociedade que reconhece a prioridade dos direitos individuais.

Assim sendo, o individualismo substancial constitui uma tomada de posição em favor da sociedade atual, ou seja, em favor de uma forma histórica de organização social, que dá prioridade ao indivíduo. Por outra parte, a primazia do indivíduo significa que nós somos unidades egoístas, que perseguimos (devemos perseguir) o nosso interesse pessoal: no caso contrário – solidariedade – não seríamos "indivíduos", mas sim "membros" de um "corpo", por exemplo, de uma classe ou de uma nação.

Esta é a tese fundamental de milhares de páginas e de debates na tradição da filosofia política moderna, que parte de Hobbes e se estende até Rawls, Habermas e os inumeráveis seguidores destes dois últimos autores.[9] Quem se refere à autonomia do indivíduo, à sua liberdade e aos seus direitos, entende que a "nossa" sociedade é a melhor possível, porque, da mesma forma que um artista plástico realiza um gravado sobre madeira, esta sociedade grava os direitos individuais no seu frontispício, ou seja, na sua Constituição.

4. Igualdade ou liberdade?

As Constituições e as Declarações de direitos enumeram uma longa série de direitos, que se denominam "fundamentais". As suas bases são a liberdade e a igualdade. Mas o mito dominante na filosofia e na assim denominada "ciência do direito" confirma o seu caráter "liberal" tentando anular ou, pelo menos, neutralizar o esquema "igualdade e liberdade".

(7) Kant, 1998, p. 337.

(8) Köhler, 1997, p. 9.

(9) Para um exemplo dos esforços da filosofia do direito em unificar os ensinos de Rawls (1993) e Habermas (1992), veja Nino, 1988.

A noção dos "direitos" fundamenta-se, na teoria dominante, na *primazia da liberdade*. Demonstração deste fato é o uso dos termos "liberdades individuais" (usado na Grécia), "liberdades públicas" (usado na França) ou "liberdades fundamentais" (usado na Itália). Nesta ótica – defendida por muitos juristas em nível teórico[10] – os direitos se "individualizam" e são garantidos enquanto expressão da liberdade dos seus titulares. Por sua vez, a liberdade é entendida como ausência de constrição, tornando-se um valor supremo (autonomia do indivíduo). Os liberais apresentam aqui dois argumentos.

Primeiramente, sustenta-se que entre a liberdade e a igualdade existe uma tensão permanente: quem reivindica a igualdade quer restringir a liberdade dos outros, quer limitar, pelo seu lucro, o patrimônio, as faculdades e a atuação das outras pessoas.[11] Assim, ambos conceitos são ponderados ("liberdade ou igualdade?") e, na maioria dos casos, opta-se pela liberdade, porque uma política de igualização levaria à sua anulação. O resultado deste esquema é uma tríplice e fundamental desigualdade:

a) desigualdade entre cidadãos e "estrangeiros" (para não destruir a comunidade nacional-estatal);

b) desigualdade no acesso aos recursos econômicos e às instituições políticas (para não destruir os estímulos à iniciativa privada, que permite a eclosão do indivíduo e serve ao bem comum);

c) desigualdade dos resultados, ou seja, do patrimônio, da cultura da posição social (para não destruir a liberdade mesma, para não substituir o governo livre pelo totalitarismo).

O segundo argumento empregado pelo liberalismo sustenta que a igualdade não é um direito autônomo (que poderia contrapor-se à liberdade), mas somente uma regra de distribuição justa da liberdade entre os seus titulares. Bastaria, portanto, reconhecer uma igual liberdade a todos os indivíduos, ou seja, conceder a todos os mesmos direitos.[12] Este argumento é exprimido hoje pelo liberalismo igualitarista,[13] que critica as desigualdades acima mencionadas, mas, na verdade, elimina a noção da igualdade, reduzindo-a a uma simples regra abstrata, privada de qualquer dinâmica reivindicativa.[14] E o mesmo conceito limitado de igualdade vigora, como já constatado, no campo do direito penal.

(10) Grimm, 1991, p. 67 ss.

(11) Rüfner, 1992, n. 55, ss.

(12) Cfr., entre os constitucionalistas, Böckenförde, 1991, p. 265 ss.; Kirchhof, 1992, p. 909, ss.

(13) Rawls, 1993, p. 229, ss.; Veca, 1990, p. 58, ss., 83, ss.

(14) O liberalismo igualitarista é compatível tanto com o neoliberalismo (máxima "liberdade individual" com indiferença pelas suas conseqüências sociais), como com a socialdemocracia (limitação da liberdade individual, considerando que após de um determinado limite, esta se torna o seu contrário: ausência de liberdade para maioria dos indivíduos, necessitando uma intervenção do Estado para remediar as desigualdades, através da redistribuição do produto econômico). Estas duas concepções do liame social não colocam em dúvida a primazia do indivíduo e da sua liberdade, isto é, aceitam os fundamentos do liberalismo pré-industrial.

O mito da primazia da liberdade constitui hoje uma realidade política e jurídica (e por isto encontra-se na maior parte dos discursos acadêmicos, políticos ou jornalísticos). Sem dúvida, existem até os nossos dias "amigos da igualdade", que reivindicam uma igualização radical e efetiva. Símbolos desta linha são as obras de Rousseau e do jovem Marx e a atuação do herói e vítima da Revolução Francesa Babeuf, criador da "Conspiration des Égaux". Nenhum deles esclareceu a sua concepção sobre o significado da igualdade e da liberdade, mas todos parecem acreditar que a igualdade passa por uma forte limitação da liberdade dos mais fortes. Assim, convergem teoricamente com os inúmeros "amigos da liberdade e do comércio", apenas diferenciando-se no que se refere à avaliação das restrições impostas à liberdade dos proprietários. Os partidários da igualdade consideram tal restrição como medida de justiça social que combate um poder de fato despótico: a desigualdade proveniente da exploração da necessidade alheia.

5. Significado das palavras e igualiberdade

Os juristas tentam encontrar a melhor definição para as suas noções, fazendo a clássica pergunta "o que é" ("o que é a liberdade?"). Os historiadores do direito (como qualquer historiador) colocam a pergunta de uma forma muito mais inteligente e produtiva. Tentam localizar os *vários significados* que a mesma palavra possui em períodos históricos diferentes (Clavero, 1997, p. 158 s.) Assim, demonstram que não existe uma única definição da liberdade, mas sim uma multitude de significados historicamente variáveis. E desta forma chamam a atenção ao fato que, para "traduzir", por exemplo, os escritos de um jurista medieval do latim ao português, não é suficiente conhecer a estrutura do latim e o seu vocabulário, mas é imprescindível conhecer os dados culturais da época de redação de um texto: *ius* não é sempre direito, nem *iurisprudentia* jurisprudência, nem *carcel* prisão, nem *res publica* República.

Um exemplo concreto. *Frei* significa em idioma alemão "livre". Esta palavra era usada na Idade Média nos territórios de língua alemã, mas tinha um significado exatamente oposto ao atual. Uma pessoa era considerada *frei* quando possuía liames hierárquicos muito fortes com uma poderosa e grande "família". As relações de dependência, submissão e lealdade recíproca entre os seus membros, permitiam a uma pessoa pedir ajuda armada, em caso de perigo ou de necessidade. Através das relações hierárquicas da "família", a pessoa tinha assegurado proteção, evitando assim que esta chegasse a ser vítima dos seus inimigos e protegendo o seu patrimônio de qualquer atentado. Só assim a pessoa era "livre" na Idade Media alemã (Jerouschek, 1992, p. 98-99), e não através de direitos e garantias individuais.

Num estudo publicado em 1989, o filósofo francês Etienne Balibar adota a lição metodológica dos historiadores.[15] Balibar se pergunta qual é o significado

(15) A análise seguinte fundamenta-se em Balibar, 1989, passim e 1992, p. 127 ss., 247 ss. A responsabilidade pela interpretação destes textos e as conclusões apresentadas é obviamente do autor deste artigo.

das palavras "igualdade" e "liberdade" nas Declarações de Direitos do final do século XVIII e sobretudo na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para dar uma resposta, Balibar reexamina estes textos e reconstrói o significado das palavras revolucionárias, totalmente perdido depois de dois séculos de dominação do liberalismo.

Quem relê a Declaração de 1789, "esquecendo" a interpretação dominante, pode facilmente constatar que, no seu texto, não existe nenhuma contraposição nem hierarquização entre a igualdade e a liberdade. As duas são enunciadas juntas, como fundamento e substância dos direitos naturais, necessários e inalienáveis do Homem: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (artigo 1.º). Este enunciado normativo, lapidário e revolucionário, é denominado, por Balibar, *proposição da igualiberdade*.

Na ótica conceitual da liberdade individual, toda relação entre pessoas considera-se como limitação da liberdade. Quando o ponto de partida é a situação da pessoa isolada e livre de qualquer condicionamento da sua vontade, então cada influxo "exterior", proveniente de outros indivíduos ou da coletividade (*v.g.* igualização através da redistribuição), avalia-se como constrangimento e limitação do raio de ação do indivíduo.

Tomando como ponto de partida a concepção da igualiberdade, a liberdade e a igualdade aparecem inextricavelmente ligadas. A igualdade é "livre" (significa liberdade), porque oriunda da vontade das pessoas de viverem livres sendo iguais. E a igualdade substancial (eliminação de todas as discriminações no exercício da cidadania, no sentido amplo da palavra) aparece como condição fundamental da liberdade de todos.

Assim sendo, não existe no âmbito da igualiberdade nenhuma primazia temporal ou axiológica da liberdade ou da igualdade: Elas são estritamente *sincrônicas e equivalentes*. "As *situações*, nas quais as duas são presentes ou ausentes, são necessariamente as mesmas (...). As *condições* históricas reais da liberdade são totalmente idênticas às condições históricas reais da igualdade" (Balibar. 1989, p. 17).

Estas afirmações foram consideradas como óbvias pelas Declarações revolucionárias do século XVIII. E confirmam-se plenamente (e de maneira, infelizmente, "negativa") nestes dois séculos de capitalismo "real" e constitucional. Por qual motivo tenta o poder manter a desigualdade entre as pessoas, reproduzindo a inferioridade e a dominação? Por sadismo? Evidentemente não.

Os detentores do poder mantêm a desigualdade para obter vantagens com relação ao trabalho dos demais, ou seja, para manter a exploração. Podem os explorados serem verdadeiramente livres? Evidentemente não. Os fortes não "concedem" aos explorados as liberdades que constituem um perigo para os seus interesses. Quando, porém, os "desiguais" adotam formas de ação que reivindicam uma "forte" liberdade, colocando em perigo o sistema de poder – mesmo que seja um perigo minimal –, então os poderosos os reprimem. Esta situação ocorre mesmo quando os mais fracos somente se instalam em Canudos ou seguem a coluna Prestes, reivindicando o respeito às liberdades fundamentais inscritas nas Constituições.

Nas (nossas) sociedades desiguais, os exemplos da repressão legal e ilegal da liberdade são inúmeros. Os dominantes recorrem sempre à violência quando são insuficientes as ideologias de dominação difundidas pelos seus aparelhos. E isto porque o exercício "extremo" das liberdades garantidas coloca em perigo as bases da desigualdade social. Nas sociedades liberais a igualdade é ausente. E para garantir a desigualdade não existe nem mesmo, a liberdade.

Afirma-se, muito freqüentemente que, nos países do "socialismo real", as pessoas eram iguais, mas careciam de liberdade, de direitos individuais. Se, porém, as pessoas eram efetivamente iguais, quem as privava de liberdade? Um aparelho estatal? Uma classe dominante? Se tal for o caso, não existia, nem sequer, igualdade: um grupo dominava o restante da sociedade, sendo superior e mais poderoso. E, além disso, por qual razão privar a liberdade e o exercício de direitos (*v.g.* do direito à livre expressão) se todos eram iguais? Quem tinha medo do exercício de direitos individuais? Os diretores das fábricas e os políticos materialmente privilegiados? Então não existia igualdade. Vemos assim que a opressão nos países "socialistas" pode ser explicada somente com a ausência de igualdade. A diferença com o capitalismo "livre", colocava-se na existência de um Estado social desenvolvido e particularmente protetor. Não existia, porém, uma verdadeira igualdade nem – evidentemente – liberdade.

Disto resulta que a reivindicação política dos dominados abrange tanto a liberdade quanto a igualdade (maior liberdade e maior igualdade) frente às relações sociais e às instituições que anulam as duas ao mesmo tempo. Com uma formulação mais rigorosa, *entre a reivindicação da igualdade real e da liberdade real, existe, histórica e logicamente, uma relação de equivalência.* Quando se reconhece a alguns grupos a liberdade de serem socialmente superiores (desigualdade), os grupos inferiores perdem automaticamente espaços de liberdade. Com outras palavras, não existem sociedades e políticas que neguem somente a liberdade ou somente a igualdade. As duas são afetadas ou fortalecidas contemporaneamente. Assim, a distinção e/ou contraposição entre elas pertence aos mitos do liberalismo ou então implica uma concepção da liberdade desigual semelhante àquela da Idade Média alemã.[16]

No âmbito da igualiberdade, os dois termos se unificam. Não indicam uma situação, mas uma tendência. As sociedades modernas realizam em graus diferentes a (tendência da) igualiberdade e as reivindicações políticas tendem ao seu fortalecimento ou à sua diminuição. Assim, se obtém uma visão *dinâmica* sobre os direitos, que se contrapõe à concepção estática dos juristas (o típico "sim ou não" frente ao reconhecimento de um determinado direito).

A igualiberdade constitui uma maneira de definir *o que são os direitos* em geral. Isto tem duas implicações. Primeiro, a multidão de direitos reconhecidos

(16) A liberdade segundo o conceito medieval acima referido, continua a ser defendida pelos "comunitaristas" (MacIntyre, Taylor, Walzer) que são filósofos profundamente conservadores. Numa luta de sombras, que domina a filosofia das duas últimas décadas, os comunitaristas contrapõem-se aos liberais, disputando sobre o caráter coletivista ou individualista da nossa sociedade. Para uma visão geral do tema, v. Brumlik/Brunkhorst, 1993.

pelos textos normativos se reduzem numa tendência fundamental: a igualiberdade que deve ser garantida para todos e no grau máximo. Segundo, demonstra-se que não existem "boas instituições", que garantem a liberdade e a igualdade, e nem "boas Constituições" que reconhecem os direitos necessários. Na ótica da igualiberdade, os direitos não dependem de prescrições normativas (como pensa o liberalismo), mas se examinam numa perspectiva substancial. Os direitos são resultados de um conflito social que impõe a tendência da igualiberdade ou a neutraliza ("contra-revolução"). Em todos os casos o problema é quantitativo: quanta igualiberdade pode realizar-se numa determinada sociedade?

Assim a igualiberdade permite uma definição material dos direitos. Supera o esquema da liberdade formal-jurídica e analisa os direitos segundo um critério substancial: São as pessoas iguais, sendo efetivamente livres? São livres sendo efetivamente iguais? Reivindicação de direitos significa, assim, *eliminação dos obstáculos sociais da igualiberdade.*

6. Formulações gerais dos direitos e mediações da igualiberdade

Os direitos reconhecidos pelas normas jurídicas caracterizam-se em geral por uma formulação genérica e determinam os seus destinatários de uma forma quase irreal.[17] "Todos" os homens são livres (em geral!) e todos os cidadãos (ou mesmo todos os homens) são iguais (em geral!) Neste sentido as formulações dos direitos fundamentais são *ideológicas.* Exprimem ideais e desejos socialmente difusos; mas não correspondem nem à realidade política e institucional, nem imediatamente aos interesses dos grupos dominantes. Por esta razão, os direitos declarados nas Constituições não diferem muito das saudações natalícias que invariavelmente repetimos cada ano.

A "harmonização" entre as declarações de direitos e as realidades de uma sociedade dividida em grupos, com interesses divergentes, é uma incumbência da pratica institucional, que limita ou proíbe o exercício de direitos em casos concretos.

Isto indica a força e a fraqueza de *qualquer* "política dos direitos humanos",[18] que apresenta um caráter frutuosamente ideológico: reivindica o respeito das promessas do direito e exprime desejos e ideais emancipatórios. Deve, porém, confrontar-se com a contínua desilusão da prática que desmente as promessas: a

(17) A Constituição do Estado/cidade de Berlim prevê no artigo 12, 1.º: "Todos têm direito ao trabalho. Este direito deve ser realizado por meio de uma política de pleno emprego e do controle estatal da economia. Quem não consegue encontrar trabalho, tem direito de ser mantido com recursos públicos".

Assim, qualquer pessoa do mundo tem garantido o direito ao trabalho em Berlim. Na Alemanha, dos quatro milhões de desempregados podemos imaginar a efetividade deste socialismo constitucional. A teoria constitucional, por sua vez, salienta que o direito ao trabalho "deve ser liberado do seu conteúdo utópico (sic) através da interpretação" (Murswiek, 1992, p. 268)

(18) Balibar, 1992, p. 238 ss.

Constituição brasileira proclama, por exemplo, com a conhecida profusão, direitos e garantias sociais, mas isto pouco impede a fome e a miséria. As Constituições européias dizem que "todos" são livres, mas isto não impede a construção de uma "fortaleza européia" na qual são perseguidos, expostos à marginalização e submetidos a violações de direitos; os imigrantes ilegais, culpados do crime de buscar trabalho e alimento em países que devem grande parte do seu bem-estar à exploração passada e presente da mão de obra do "Terceiro Mundo".

Sendo extremamente abstrata, a igualiberdade somente pode ser realizada por meio de direitos, procedimentos e instituições que possibilitem a sua concretização. A igualiberdade é então ideológica, tal como a concepção liberal dos direitos. Porém, a grande vantagem da igualiberdade está no fato de oferecer um *critério de controle* da sua realização, sendo muito mais substancial do que o esquema liberal "liberdade e/ou igualdade".

O mais importante é que a igualiberdade formula, em uma maneira totalmente nova, as relações entre direito e realidade, no que se refere à reivindicação de direitos: o sistema jurídico promete a igualiberdade;[19] a prática indica em que medida se realiza esta promessa e, sobretudo, quais são as situações que impedem a sua realização. Do estudo desta prática resulta uma *teoria dos obstáculos sociais* que a política dominante impõe à promessa constitucional da igualiberdade. E identificar estes obstáculos (que coisa impede os homens a ser livres e iguais?) significa realizar o primeiro passo para a sua superação.

A análise destes obstáculos – que não pode ser apresentada aqui – nos leva à conclusão que *a propriedade privada* (individual) *constitui uma necessária mediação da igualiberdade.* Garante que o indivíduo usufruirá segurança e bem-estar. Possuir os meios necessários para a reprodução da própria vida, é uma condição imprescindível para poder ser livre para pensar, trabalhar e gozar a vida, ser proprietário de si mesmo e não escravo, mendigo ou "dependente".

Isto significa, porém, que *todos* necessariamente devem ser proprietários dos bens necessários para uma vida digna, ou seja, das condições materiais e ideais que lhes permitem satisfazer as suas necessidades.[20] Neste ponto, poderiam convergir os autores liberais mais igualitaristas. Detecta-se, porém, uma grande diferença entre o pensamento da igualiberdade e a perspectiva liberal. Os liberais consideram necessária e legitimada a propriedade privada em geral. O pensamento da igualiberdade aponta que a propriedade privada de tipo "pessoal" é qualitativamente diferente do direito de ser proprietário de meios de produção econômica ou de instituições de reprodução social (p. ex. mídia e escolas). A segunda forma de propriedade deve ser chamada "*massiva*" ou propriedade privada sobre bens coletivos e constitui um meio para o controle da vida social da parte dos fortes que, do ponto de vista funcional, não tem nada em comum com a proprie-

(19) Sobre as "promessas" e a realidade do direito moderno. Cfr. Baratta/Giannoulis, 1996.

(20) Por uma analise dos direitos fundamentais sob a perspectiva da satisfação das necessidades humanas, ver Baratta, 1999. Esta perspectiva não consegue, porém, liberar-se do idealismo filosófico e do individualismo metodológico, dado que trabalha com o conceito do "Ser humano" genérico e das suas necessidades.

dade "pessoal". A propriedade "massiva", longe de ser um direito individual, funciona como obstáculo social à igualiberdade e como elemento de inversão da sua tendência extensiva. A propriedade pessoal no sentido estrito é uma propriedade de meios que garantem a própria vida; a propriedade massiva permite o controle sobre a vida com a finalidade de propiciar lucro, prestígio e poder ao proprietário. Temos aqui uma verdade elementar que os liberais não querem aceitar, considerando a propriedade do ponto de vista formal e limitando-se a criticar os "abusos" de uma situação que é um abuso na sua própria concepção.

A situação é semelhante no que se refere à solidariedade como mediação da tendência de igualiberdade. A solidariedade não deve ser concebida como uma finalidade geral da Constituição ou da "sociedade civil". A solidariedade pode ser expressa seja através de um sistema autoritário-paternalista, seja através da criação de condições para a (auto)realização de um projeto de vida.

No primeiro caso, existem estruturas violentas e hierárquicas que oferecem proteção com a contrapartida da submissão material e mental. A expressão mais "moderna" da solidariedade autoritária-paternalista é o Estado nacional/nacionalista com os seus aparelhos ideológicos. No segundo caso, funcionam redes de colaboração e de apoio recíproco, que "enriquecem" os indivíduos favorecendo a livre atuação, com o apoio de outros indivíduos.

A tendência da igualiberdade é impedida ou facilitada segundo a forma de solidariedade que prevalece. Não existe uma bipolaridade entre o bom e o mal, como sustenta o liberalismo (Estado/sociedade civil, individualismo/coletivismo). Tudo depende dos *conteúdos sociais* concretos que cada vez "investem" as instituições.

A perspectiva da igualiberdade nos permite formular duas perguntas: Quais são as conseqüências do conjunto de declarações jurídicas, de práticas jurisprudênciais e de obstáculos sociais para o exercício dos direitos da pessoa (isto é, os direitos de *todas* as pessoas)? Quais são as estratégias que fortalecem a tendência da igualiberdade?

Estas perguntas nos permitem constatar qual é o grau de respeito efetivo aos direitos humanos em cada situação e quais as suas conseqüências sociais. Com estas perguntas, a perspectiva da igualiberdade supera a concepção formalista dos direitos humanos por parte do liberalismo, rejeitando os seus três princípios: a) a separação entre igualdade e liberdade; b) a separação entre o jurídico e o real (separação expressa, por exemplo, por meio da idéia de que o juiz não deve "mudar a sociedade" e assim pode reproduzir as estruturas de dominação, condenando quem rouba um carro, porque não pode comprá-lo e considerando pessoa que respeita a lei, quem pode gastar 400 salários mínimos para dar um carro importado, como presente, ao filho); c) a confusão entre as duas formas da propriedade e da solidariedade que ignora as diferentes incidências de cada uma nos direitos fundamentais.

7. Finalidades políticas da igualiberdade

Os Estados modernos exprimem a mediação da igualiberdade "vendo" nas pessoas, principalmente, a sua origem ou "natureza" (o cidadão nacional consti-

tui o homem privilegiado; a mulher é inferior ao homem) e respeitando a propriedade privada (individualidade com conseqüência à limitação da política). Geram, assim, uma série de discriminações institucionais que limitam a tendência pela igualiberdade.

A igualiberdade tende a um regime de produção social em que a identidade do indivíduo/cidadão não se organiza em torno do "Ser" e do "Possuir". Devemos imaginar uma situação de "fluidez" social, em que as decisões serão elaboradas mediante processos de discussão política aberta a todos os interessados, sem consideração de origem ou de status jurídico. Competente não é o titular de um direito abstrato (voto ou propriedade), mas as pessoas concretamente atingidas por uma decisão. Trata-se de processos que transcendem os sujeitos empíricos: o titular de direitos se dilui num processo que garante os direitos e reorganiza as identidades, com formas variadas e adequadas às situações concretas.

Uma tal configuração da vida social resulta do conceito moderno da política democrática, se o separamos das distorções ligadas a uma política de classe, que acostuma apresentar os seus interesses como dados naturais. A política da igualiberdade tem duas características principais. Primeiramente, é uma política de internacionalismo, que começa por debaixo, estabelecendo alianças e movimentos de solidariedade contra o internacionalismo dos mais fortes (a "globalização" capitalista, o mercado sem controle e a glorificação da "autonomia individual") e também contra o nacionalismo mundialmente dominante (a construção de "identidades nacionais" baseada na rivalidade entre povos, ou seja, fundada na contínua concorrência e ameaça de guerra, expressa pela existência de exércitos fortes, mesmo nos Estados reputados como os mais "pacíficos"). Em segundo lugar, é uma política de contestação geral e generalizada das ficções da igualdade jurídica formal e da liberdade individual. Demonstra a primazia da luta coletiva (que deve realizar-se de maneira pacífica) em comparação com as soluções filantrópicas (Estado social com prestações centradas em algumas categorias de cidadãos) e as estratégias fragmentadas de reivindicação de direitos de "minorias" (mulheres, jovens, imigrantes etc.) que não possuem um projeto de contestação dos múltiplos e interligados obstáculos da igualiberdade.

A política da igualiberdade tenta superar, seja a aceitação da ordem existente, seja a simples negação da problemática dos direitos. Indica assim as estratégias que podem resultar de uma nova leitura dos direitos constitucionais, se são tiradas todas as conseqüências das suas "esquecidas" formulações e se há uma mudança com relação ao seu *significado* social. Estudando enunciados revolucionários do século XVIII, Balibar indica o significado que estas palavras adquirem nas lutas de hoje, formulando a igualiberdade como "proposição", nos sentidos de princípio jurídico e de proposta política.

O significado das palavras que pertencem ao vocabulário da "era dos direitos", pode ser mudado por meio de uma prática, que conseguirá impor uma igualiberdade conceitualmente e politicamente nova. Permanece, porém, a pergunta: Por que "traduzir" as reivindicações políticas a uma língua jurídica? A resposta é que qualquer luta política precisa de um modo (e de muitas palavras) para pensar o futuro. Este modo é necessariamente abstrato, universalizante, confuso e "ideo-

lógico": a igualiberdade constitui hoje um ideal regulador que nos permite imaginar uma configuração das relações sociais muito melhor do que a atual, uma sociedade onde todos serão iguais porque são efetivamente livres e serão livres porque são efetivamente iguais.

Este ideal regulador nos permite considerar os obstáculos à igualiberdade como uma contradição estrutural entre a prática do sistema jurídico e as promessas contidas nos seus princípios. No presente político, a tendência da igualiberdade constitui o melhor critério para controlar o grau de respeito dos direitos e avaliar as lutas concretas-parciais. A igualiberdade (Somos livres sendo iguais? Somos iguais sendo livres?) é, em outras palavras, um critério conceitualmente, mas adequado, e, politicamente mais progressista, da regra formal "liberdade e/ou igualdade", que domina as percepções atuais sobre os direitos. Isto porque não tenta neutralizar o sistema dos direitos constitucionais por meio das divisões internas no sistema de direitos, que anulam o seu "sentido" geral, criando a ilusão do seu respeito.

8. Os conflitos sociais na perspectiva da igualiberdade

Voltamos ao direito penal com pretensões constitucionais. Como indica o título do trabalho, a proposta aqui formulada é de transferir o nosso interesse da política criminal para a política da igualiberdade. Não se trata de combater o "crime", mas de permitir a todos o gozo da igualiberdade, enquanto direito fundamental.

Examinando os problemas do conflito social, Michel Foucault observou que os problemas teóricos e políticos da teoria marxista são em parte causados pela opção em analisar o tema da "luta de classes", centrando o interesse no segundo termo e descuidando do problema "estratégico" da luta (Foucault, 1994, p. 310 s., 606). Analisar, porém, o modo de constituição das classes, as suas características e mudanças, não permite entender como estas classes comportam-se na "luta", e, sobretudo o que é exatamente esta luta. Foucault propõe aqui uma mudança de enfoque, passando do estático e substancial (classe) ao dinâmico e procedimental (luta), pensando que o estudo do processo conflitivo oferece elementos teóricos mais ricos do que a definição estática do termo "classes" e, inclusive, nos leva a modificar a nossa concepção sobre as classes.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso da política criminal. A atenção deveria ser voltada ao conceito de política e não ao "crime". A maior importância do termo política, dentro do estudo da política criminal, justifica-se por duas razões: Primeiro, pelo fato, já indicado, de que a definição jurídica do crime e a seleção operada em cada momento pela política criminal conjuntural são processos políticos e, de conseqüência, deveriam ser discutidos no âmbito de uma abordagem política da construção da criminalidade. Segundo, porque, podemos verdadeiramente "constitucionalizar" a política criminal, somente se nos centramos aos seus aspectos políticos, formulando as duas perguntas decisivas: Quem possui a legitimação de reagir a situações problemáticas (morte violenta de uma pessoa ou o seu constrangimento de entregar a carteira)? Quais são os

remédios?[21] Solucionaríamos o problema enviando o autor imediato da agressão para dez ou vinte anos numa prisão brasileira? Ou existem outros métodos mais civilizados e adequados para resolver o conflito, com a participação direta dos protagonistas e da comunidade?

Apresentar então o problema criminal como político, na sua criação e solução, significa acabar com todas as evidências da política criminal de hoje, dos seus aparelhos e mecanismos de solução de conflitos e buscar soluções no único lugar possível: na política. E assim, coloca-se uma última questão: Qual seria a finalidade de uma política voltada a solucionar conflitos sociais exprimidos com formas violentas?

Na sua impressionante reconstrução da "lógica penal", entre as Idades Média e Moderna, Ana Lucia Sabadell indica que os juristas do direito comum usavam, como argumento de interpretação jurídica, o conflito de interesses entre o indivíduo e a comunidade, que eles percebiam em forma de dilema: Devemos assumir o risco de condenar um inocente para proteger a "Res publica" da criminalidade, ou seria melhor deixar alguns crimes impunes para não correr o risco de condenar inocentes? Dependendo do autor e do problema, ambos argumentos foram invocados pelos juristas das épocas medieval e moderna (Sabadell, 1999).

O que se chama, hoje, "política criminal" gira em torno da mesma questão. Os eficientistas dão a primeira resposta (proteger a sociedade, infligindo um sofrimento "exemplar" a determinados indivíduos), os garantistas a segunda (proteger o indivíduo, mesmo se, desta forma, não se sancionam todos os delitos e nem se "satisfaz" a opinião pública). Ambos, porém, concordam sobre a necessidade do direito penal e a sua capacidade de solucionar conflitos sociais. Os eficientistas são mais realistas, considerando o direito penal como um mal justificado pela sua finalidade, os garantistas são mais sensíveis aos excessos, que, porém consideram como corrigíveis.

A análise da igualiberdade e dos obstáculos à sua realização, nos permite sair deste círculo argumentativo, dissolvendo os conceitos que estão na sua base: o indivíduo como agressor e objeto de "tratamento", a sociedade como vítima e objeto de proteção. Se pode existir um direito penal constitucional, isto não começa no momento do "crime", nem tenta ponderar os interesses dos réus com os interesses gerais da sociedade.

Conflito social expresso de forma violenta não é o ato "criminoso", mas todo o contexto que cria e gera o conflito. Conflito social não é o assalto de um carro perpetrado por adolescentes sem teto, sem família e educação, mas a situação de exclusão vivida pelos assaltantes, ou seja, os mecanismos e as relações que os levaram até este ato. Conflito social não é o ato de violência doméstica, mas o contexto social que reproduz relações de dominação entre os gêneros, que criam

(21) Neste ponto, como em muitos outros, o presente artigo inspira-se do trabalho de Alessandro Baratta (1999a). Baratta apresenta uma leitura crítica da "política criminal" atual e propõe uma busca transdisciplinar de soluções dos problemas e conflitos sociais, abandonando a idéia da primazia dos aparelhos do sistema penal.

a violência doméstica como sintoma extremo da dominação masculina. E finalidade política deveria ser a elaboração de respostas ao problema e não somente aos seus sintomas violentos.

O direito penal "constitucional" deveria fundamentar-se na concepção dos direitos humanos enquanto tendência de igualiberdade e na análise dos obstáculos que impedem a sua realização, tomando assim, em consideração, que os problemas começam muito antes da formulação da política criminal. Isto se inspira numa tese formulada por muitos criminólogos e penalistas, que, porém, nunca foi conseqüentemente aplicada pelos mesmos. Trata-se da tese de que não se deve combater as manifestações do crime, mas sim as suas "raízes", porque, caso contrário, estaríamos aplicando um tratamento paliativo de um problema que nunca deixaria de existir.

A pessoa declarada pelas instâncias do sistema penal como criminosa sofre, na maior parte dos casos, da negação dos seus direitos constitucionais, não sendo "livre porque igual", nem "igual porque livre". Por isso, reage de forma freqüentemente violenta e desrespeitosa com relação aos direitos dos outros. Recrutando-o, porém, para o exército dos miseráveis das prisões, não protegemos a sociedade: satisfazemos talvez aqueles que são mais "livres", porque superiores, e terrorizamos os potenciais clientes do sistema penal, social-culturalmente predefinidos, agravando os conflitos sociais e desrespeitando, assim, a idéia diretriz das Constituições modernas. Quem é declarado oficialmente infrator das leis penais deveria receber não o tratamento penal, mas o constitucional, porque, como bem diz a Constituição brasileira, exprimindo a idéia da igualiberdade, o objetivo da vida em sociedade deveria ser "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170).

A única alternativa ao discurso da igualiberdade seria admitir que os imperativos constitucionais são utópicos ou mesmo errados, e resignar-se com a idéia que quem ofende os mais fortes deve ser aniquilado nas delegacias e nos Carandirus deste mundo. Assim, pelo menos, não cairíamos na hipocrisia de exaltar a "prevalência dos direitos humanos" no momento que sancionamos a negação social destes e procedemos a uma nova (e violenta) negação jurídica, por meio dos processos punitivos.

Tratar "na sua raiz" os problemas que causam o conflito social violento não pode ser, como já indicamos, um processo que se restrinja a um indivíduo (autor) e a uma parte do problema (a agressão "final" que faz explodir o conflito) e, em todo caso, não deveria tomar a via da repressão exemplar de autores selecionados com critérios que são em parte aleatórios e em parte classistas.

Realizar a tendência da igualiberdade no campo dos conflitos sociais significa assim abandonar o binômio proibição/repressão e a regra da "oficialidade", ou seja, da monopolização das soluções dos conflitos pelos aparelhos da repressão.

A perspectiva da igualiberdade leva à adoção de dois princípios exatamente opostos. Primeiro, o princípio da *não-repressão*: Devemos encontrar as soluções políticas para satisfazer as necessidades das pessoas e não reprimir a sua expressão. Segundo, o princípio da *comunicação direta*: Abolir a "oficialidade" no

tratamento dos conflitos, que sanciona as várias formas de segregação social. A situação de guerra latente leva a instauração de uma forma violenta de comunicação social. Por outro lado, o tratamento marcial do conflito pelas instituições penais somente agrava as suas dimensões, acrescentando aos inúmeros muros sociais aqueles das prisões. Remediar esta situação pressupõe criar formas de mediação e condições culturais de comunicação entre os grupos sociais que hoje funcionam como "mundos diferentes".

Indicando que não existe uma sociedade boa e um indivíduo "ruim" (como sustentam as teorias penais e os seus travestimentos criminológicos), nem evidentemente o contrário (como sustentam as mitologias do criminoso-vítima), mas somente vastos grupos sociais que sofrem da negação da igualiberdade na prática social, a análise dos pressupostos teóricos do direito penal da Constituição, sob a perspectiva da igualiberdade, nos leva a rejeitar a ilusão de que o problema da violência pode ser resolvido com a violência. E nos permite ser mais cautelosos com uma "política criminal" que nos promete segurança ao preço de banana e de inúmeros sofrimentos.

Bibliografia

BALIBAR, E. *La proposition de l'égaliberté*. Les Conférences du Perroquet, v. 22. Paris, 1989.

——. *Les frontières de la démocratie*. Paris, 1992.

BARATTA, A. "Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe". *Kriminologisches Journal*, p. 132 ss., 1984.

———. "L'esistenza e il laboratorio del diritto". *Dei delitti e delle pene*, 3, p. 37 ss., 1987.

———. "Prinzipien des minimalen Strafrechts". In: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (org.), *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*. Freiburg i. Br., p. 513 ss., 1988.

———. "Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft". In: *Festschrift Arthur Kaufmann*. Heidelberg, p. 393 ss., 1993.

———. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro, 1997.

———. "Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten". In: *Festschrift Günter Ellscheid*. Baden-Baden, p. 9 ss., 1999.

———. "Droits de l'homme et politique criminelle". *Déviance et société*, XXIII, 3, p. 239 ss., 1999 a.

———. GIANNOULIS, Ch. "Vom Europarecht zum Europa der Rechte". *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 3, p. 237 ss., 1996.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt/M., 1991.

BRICOLA, F. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna, 1997.

BRUMLIK, M.; BRUNKHORST, H. (org.). *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*. Frankfurt/M., 1993.

CHRISTIE, N. *Grenzen des Leids*. Münster, 1995.

CLAVERO, B. *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid, 1997.

DIMOULIS, D. *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*. Berlin, 1996.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, 1990.

FOUCAULT, M. *Dits et écrits. 1954-1988*. vol. III. Paris, 1994.

GIANFORMAGGIO, L. *Le ragioni del garantismo*. Torino, 1993.

GRIMM, D. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M., 1991.

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/M., 1992.

JEROUSCHEK, G. "Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit". In: P. Nève; Ch. Coppens (org.), *Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag*. Nijmegen, p. 127 ss., 1992.

KANT, I. "Die Metaphysik der Sitten" (1797). In: *Werke in 6 Bänden*, Bd. IV. Darmstadt, 1998.

KIRCHHOF, P. "Der allgemeine Gleichheitsatz". In: J. Isensee; P. Kirchhof (org.). *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V. Heidelberg, p. 837 ss., 1992.

KÖHLER, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin, 1997.

MARTÍNEZ, M. *Qué pasa en la criminologia moderna?* Bogotá, 1990.

MATHIESEN, Th. *Gefängnislogik*. Bielefeld, 1989.

MURSWIEK, D. "Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte". In: J. Isensee; P. Kirchhof (org.). *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V. Heidelberg, p. 243 ss., 1992.

NINO, C. S. "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas". *Doxa*, 5, p. 17 ss., 1988.

RAWLS, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1971). Frankfurt/M., 1993.

RÜFNER, W. "Art. 3, Abs. 1". In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Neuwied, 1992.

SABADELL, A. L. *Tormenta juris permissione. Folter und Strafverfahren am Beispiel Kastiliens und Kataloniens*. Tese de doutorado, Universidade do Sarre, 1999.

SCHEERER, S. "Strafe muß sein! Muß Strafrecht sein?" In: L. Böllinger; R. Lautmann (org.). *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*. Frankfurt/M., p. 69 ss., 1993.

VECA, S. *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*. Milano, 1990.

11

RELACIONES PELIGROSAS: GÉNERO Y DERECHO PENAL

ENCARNA BODELÓN

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Análisis feministas del sistema penal y su significación para la protección de los intereses de las mujeres. La cuestionable protección penal: 2.1 De la lucha político-social a la reivindicación jurídica; 2.2 La masculinidad del derecho penal. La teoría jurídica feminista y el análisis del derecho penal; 2.3 El sistema penal como reproductor de las relaciones de género. Prácticas y funcionamiento – 3. El paradigma de la víctima. ¿Oprimidas, victimizadas o dañadas socialmente? – 4. La inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el derecho penal.

Resumo: O texto trata da problemática do feminismo e de sua relação com o direito, e especificamente, a sua relação com o direito penal. Para tanto, a autora situa a construção do modelo atual do direito penal à realidade do estado liberal, dos séculos XIX e XX. Neste contexto, certo é que a mulher era caracterizada como sendo um ser social sem responsabilidade plena, havendo um conjunto de esteriótipos sobre sua sexualidade. Em seguida, passa a analisar as mudanças legislativas dos últimos anos e a significação do direito penal em relação aos interesses das mulheres, não só das mulheres vítimas, quanto das mulheres infratoras. Neste passo, analisa os movimentos feministas, dos anos 70 aos anos 90 e a relação deles com o direito penal. Nos anos 70 e 80, houve a busca de despenalização de certas condutas como aborto, prostituição e criminalização de outras condutas, utilizando-se assim do direito penal como instrumento simbólico de comunicação, a fim de se colocar em evidência a opressão feminina na sociedade. As investigações feministas dos anos 90, por sua vez, procuraram entender como se produz o processo de discriminação, denotando a vértice masculina do direito penal e apresentando algumas propostas de como abordar a relação entre os interesses das mulheres e o sistema penal. Entre tais propostas, encontram-se a de um novo sistema penal baseado na justiça feminina e de um direito penal sexuado, que privilegia determinadas relações e construções sociais.

Palavras-chave: Análise feminina do sistema penal – Proteção dos interesses das mulheres – Masculidade do direito penal – Direito penal como reprodutor de relações de gênero – Paradigma da vítima – Oprimidas – Vítimas – Sobreviventes sociais.

1. Introducción

El derecho penal moderno, basado en la protección de bienes jurídicos, parece haber dado entrada a la protección de intereses sociales que van más allá de los

intereses apoyados en su origen por el derecho penal liberal. En este sentido, resulta interesante ver de qué forma se han trasladado o no al derecho penal las reivindicaciones de movimientos sociales como el feminista. El análisis de en qué medida el derecho penal puede dar expresión o proteger intereses sociales como los del movimiento de mujeres ocupará este ensayo.

Debemos empezar recordando el papel histórico que ha jugado el derecho penal ante las mujeres. Lejos de proteger sus intereses, el derecho penal del s.XIX y buena parte del s.XX contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del ser social mujer, es decir, de la estructura de género. Por una parte, la mujer aparece considerada por el derecho penal histórico como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad; por otra, establece un conjunto de controles sociales sobre la sexualidad femenina (criminalización del aborto o de la prostitución) y un conjunto de estereotipos sobre su sexualidad. Así, por ejemplo, la incriminación de la violación no respondió en su origen ni en su posterior desarrollo a una preocupación por atender las demandas de las mujeres, sino por el contrario, la configuración jurídica del delito de violación atendió más a la protección del honor del hombre que al daño de la mujer, más a la construcción de un modelo de sexualidad femenina y masculina que a garantizar la libertad de las mujeres.

Todo esto parece haber cambiado en los últimos años. Las sucesivas reformas del código penal han cambiado de forma notable la naturaleza de los ahora llamados "delitos contra la libertad sexual". Los avances realizados son innegables y, sin embargo, todavía podemos considerar muchas cuestiones que, más allá de los problemas de naturaleza dogmático jurídica, aborden cuestiones socio-jurídicas y filosófico-políticas.

Cuando plantearmos la significación del derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres debemos hacer dos acotaciones previas. En primer lugar, no abordaremos la cuestión como un problema de "eficacia" del sistema penal respecto de los fines por el mismo propuestos,[1] sino que se trata de valorar el sistema penal en relación a las expectativas de protección manifes-

(1) El derecho penal moderno tiene asignados entre otros tres fines básicos: la investigación del delito, la prevención del delito y la resocialización del infractor, y el resarcimiento de la víctima. Numerosos estudios han mostrado que el tanto por ciento de infracciones con las que trabaja el sistema pena no es más que una pequeña parte del total real, la selectividad que se produce dentro del sistema penal, junto con la cifra negra nos muestran que el sistema penal no aborda más que una pequeña parte de todas las infracciones. (Vid. BARATTA, A. (1986) *Criminología Crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México). Respecto de la eficacia preventiva o resocializadora del derecho penal contemporáneo ha sido igualmente puesta en duda en numerosas obras (Vid. BERGALLI, R. (1991). "El sistema penal español como el ámbito menos conocido del control social", en: Salhaketa, *Control social del delito: críticas y alternativas*, Dept. de Justicia. Gobierno Vasco, Bilbao, p. 107-132). La cuestión la eficacia del sistema penal respecto del resarcimiento de la víctima será posteriormente comentada.

tadas por los movimientos de mujeres. En todo caso, es necesario poner de manifiesto que, de forma general, el derecho penal, la filosofía jurídica y la sociología jurídico penal han cuestionado las supuestas funciones desarrolladas por el derecho penal y han circunscrito su eficacia a la definición del derecho penal como garante.[2] Por otra parte, no podemos prescindir tampoco de los problemas de legitimación que plantea el derecho penal, dado que su utilización implica en muchos aspectos la legitimación de los instrumentos represivos. La contradicción que supone la utilización del derecho penal por movimientos sociales críticos respecto de la naturaleza represiva de ese mismo derecho penal, ha sido abordada como una cuestión conflictiva dentro del movimiento feminista. Concretamente la polémica sobre las estrategias abolicionista penales y el movimiento feminista ilustra este debate.[3]

En segundo lugar, debemos clarificar que entendemos por "intereses de las mujeres". Aceptando que el concepto "mujer" debe ser entendido como un conjunto plural y en ocasiones contradictorio, se comparte aquí la idea de que el movimiento feminista ha recogido en sus discusiones un conjunto difuso y complejo de intereses colectivos que identificamos como intereses de las mujeres.[4] En este sentido, las mujeres criminalizadas por el sistema penal también deben ser consideradas en nuestra reflexión. No podemos abordar la significación del derecho penal en la vida de las mujeres aislando los problemas de las mujeres criminalizadas de los de aquellas que acuden a él buscando una mediación para un conflicto. Separar estas dos perspectivas conduciría al absurdo de aceptar acríticamente el proceso de criminalización de las mujeres y no percibir que en los procesos de criminalización también se están abordando cuestiones que interesan a las mujeres.

Por otra parte, las conclusiones que se desprenden de los estudios feministas sobre las mujeres infractoras aportan reflexiones sobre el derecho penal y sus procesos de aplicación que no podemos descuidar. Siguiendo la tradición del feminismo liberal de principios de siglo, muchos estudios abordaron en los años sesenta la cuestión de las posibles discriminaciones existentes en las normas penales o las sentencias. Se creía que luchando contra dichas disposiciones discriminatorias se conseguiría el ideal de un derecho penal neutro e igual para todos. Ya en los años ochenta, aparece con fuerza la idea de que la consecución de la paridad de los sexos en las disposiciones jurídicas no implica la igualdad material de los sexos ante el derecho. De esta forma, se aprecia que la justicia

(2) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón.* Madrid : Trotta, 1995.

(3) SMAUS, G. Abolicionismo: El punto de vista feminista, en: *No hay derecho*, n. 7., p. 10-13, 1992; R. Van Swanningen. Feminismo, criminología y derecho penal. Una relación controvertida, en: *Papers d'Estudi i Formació*, n. 5, p. 85-107, 1990; C. Suay. Abolicionismo y feminismo, en: *El viejo topo*, n. 87, p. 52-57, 1995.

(4) Las generalizaciones que se hacen frecuentemente sobre el concepto "mujer" ponen de manifiesto que en muchos casos se olvida la pluralidad de las mujeres concretas y el hecho de que el género es una construcció cultural. Vid. SPELMAN, E. *Inessencial Women*, London : The Women's Press, 1990.

igual en un nivel formal no equivale a una justicia igual en el plano material, puesto que las normas iguales son aplicadas a grupos con profundas desigualdades sociales. Las mujeres criminalizadas deben enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionales profundamente marcadas por las relaciones patriarcales.

Aunque no desarrollaremos este punto, no puede olvidarse que los estudios socio-jurídicos y criminológicos han demostrado claramente que las mujeres criminalizadas sufren una mayor marginación y discriminación.[5] Especialmente significativos resultan los estudios de las mujeres en prisión[6] y sobre el tratamiento de estas ante los tribunales penales.[7] En ambos casos, hay un elemento común, el hecho de que el sistema de justicia penal tiende a consolidar la estructura de géneros y a reproducir los elementos que provocan la discriminación sexual. Por lo tanto, desde la perspectiva de las mujeres criminalizadas se debe afirmar que no sólo el derecho penal no ayuda a resolver los conflictos planteados, sino que la aplicación del derecho penal origina nuevas discriminaciones.

2. Análisis feministas del sistema penal y su significación para la protección de los intereses de las mujeres. La cuestionable protección penal

2.1 De la lucha político-social a la reivindicación jurídica

Si partimos de la perspectiva de las mujeres criminalizadas y pasamos examinar el significado que ha adoptado el derecho penal como instrumento para articular la protección de las mujeres y sus derechos, resulta interesante recordar algunos elementos históricos.

Hay que tener presente qué tipo de demandas sociales o intereses han formulado las mujeres a través del derecho penal. Por una parte, encontramos demandas despenalizadoras como las referidas a la prostitución y al aborto (todavía pendiente en nuestro país), es decir, exclusiones del ámbito penal. Por otra, encontramos un gran grupo de demandas vinculadas a la denominada violencia sexual, aquí es donde parece que se concentran las peticiones de intervención penal y de criminalización. Sin embargo, no es cierto que las demandas de los movimientos feministas se hayan concentrado o se concentren en la cuestión de la violencia sexual y en su criminalización, o al menos ello resulta una verdad a medias.

Históricamente, el movimiento feminista se ha preocupado desde finales del siglo XIX de la denominada violencia sexual, aunque la forma y las características

(5) LLORD, A. *Doubly deviant, doubly dammed. Society's treatment of violent women*, Harmondswoth : Penguin Books, 1995.

(6) CAMPELLI, E., FACCIOLI, F., GIORDANO, V., PITCH, T. *Donne in carcere*, Milano : Feltrinelli editori, 1992; VVAA, *Presó i Dona*, Editado por el Grup Dona i Presó, Barcelona, 1995.

(7) EATON, M. *Justice for Women? Family, Court and Social Control.* Londres : Open University Press, 1986.

con que lo hizo son diferentes a las actuales. Lo que hoy identificamos como violencia sexual fue descrito inicialmente por diversas corrientes de los movimientos feministas como un problema de opresión sexual. Se explicaba dicha violencia dentro del marco de las relaciones patriarcales y como una de sus múltiples manifestaciones. Las corrientes feministas identificaban causas diferentes para explicar la opresión de las mujeres: la desigualdad de derechos, la desigualdad económica, la función reproductora, la sexualidad etc. Fue en los años setenta y en el marco del feminismo radical,[8] donde se elaboró la idea de que el núcleo de la opresión de las mujeres se encontraba en la violencia sexual ejercida sobre las mujeres. Ello hizo que gran parte de los esfuerzos de los movimientos feministas se concentraran en denunciar dicha violencia sexual. El objetivo fundamental era hacer conscientes a las mujeres y a toda la sociedad de la importancia del fenómeno de la violencia sexual y provocar su rechazo social.[9]

La criminalización era, por tanto, una forma de materializar la existencia del problema y hacerlo reconocible, no la solución del mismo. Una prueba de ello, es que las discusiones feministas en torno a la cuestión de la violencia sexual se han visto acompañadas, casi siempre, por una reflexión que supera el ámbito penal. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los malos tratos o del acoso sexual, donde no sólo se ha criticado la oportunidad o la eficacia de la intervención penal, sino que se ha insistido en la necesidad de acompañar las políticas penales con otras asistenciales que atiendan las necesidades reales de las mujeres.

Es decir, lo que los movimientos de mujeres buscaron en muchos casos en el derecho penal fue lo que se puede denominar como el potencial simbólico del derecho penal, su capacidad de hacer reconocibles como problemáticas ciertas situaciones.[10]

La denuncia de la violencia sexual pretendía poner de manifiesto la opresión de las mujeres en la sociedad patriarcal,[11] algo mucho más complejo que la vulneración de un determinado derecho o interés. Y es aquí donde surgen los problemas en relación al discurso jurídico, en general, y al derecho penal en particular. ¿Puede el derecho ayudar a expresar esas necesidades o intereses de las mujeres? ¿En qué medida las característica del discurso jurídico y del derecho penal no presentan limitaciones o deforman el mensaje?

(8) Como muy bien señala Raquel Osborne, en los últimos años se ha simplificado el contenido del feminismo radical y se ha identificado con la obra del algunas de sus representantes, olvidando la pluralidad del movimiento. OSBORNE, R. Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres?, en: *Doxa*, n. 13, p. 285-299, 1993.

(9) EISENSTEIN, Z. (comp.) (1983) *Contemporay Feminist Thought*. Boston : Allen and Unwin, 1983.

(10) En un artículo previo he definido lo que denominados el potencial simbólico del derecho penal, que implica reconocer el papel que el derecho penal ha tenido en relación al reconocimiento de determinadas situaciones como problemáticas. BERGALLI, R.; BODELÓN, E. "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", en: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, p. 43-73, 1992.

(11) BERGALLI, R.; BODELÓN, E. Op. cit., 1992.

2.2 *La masculinidad del derecho penal. La teoría jurídica feminista y el análisis del derecho penal*

Una de las respuestas dadas a estas preguntas ha surgido de la teoría legal feminista. Desde los años ochenta se denomina "teoría legal feminista" a un conjunto de saberes que estudian las relaciones entre el género y el derecho. Estas teorías recogen las experiencias de las mujeres y los conocimientos aportados por otras disciplinas como la sociología, la antropología, la economía, etc. Con ello tratan de entender los límites que tiene las políticas basadas en las reformas legales. Desde los años setenta, parte del movimiento feminista, se ha volcado en la necesidad de reformas legales en aquellas áreas que tiene especial impacto sobre las mujeres (políticas de empleo, derecho de familia, derecho penal). Hacia los años ochenta estas reformas parecieron alcanzar su techo y empezaron a aparecer dudas sobre las eficacia de tales cambios legislativos. Concretamente, algunas feministas creyeron detectar que la dificultad de promover determinados cambios se encuentraba en determinadas características de la doctrina legal moderna y de las estructuras políticas en las que emergen.[12]

Dentro de la denominada "teoría legal feminista" encontramos diferentes análisis y puntos de vista sobre las relaciones entre género y derecho. En este sentido, se puede afirmar que no existe un intento de construir una teoría legal global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el género y el derecho.[13] A modo indicativo mencionaremos algunos de los problemas por ellas señalados.

Así, por ejemplo, se intenta superar el análisis del derecho sexista, mediante los análisis de la masculinidad del derecho. Afirmar que el derecho, el derecho penal, era sexista fue un elemento que ayudó a tomar conciencia de determinadas prácticas que se daban en la justicia penal. El sexismo se podía predicar tanto de la norma, como de su aplicación. El código penal o las prácticas del sistema penal eran sexistas en la medida en la que se proponía o se efectúa una aplicación diferente de la norma en función del sexo (por ejemplo, el hecho de que los tribunales valoraran de forma diferente la misma conducta sexual en función de si se trata de un hombre o una mujer). Esta perspectiva ha generado una abundante bibliografía dentro de la criminología feminista.[14] Se trataba comprender cómo era evaluado por el sistema

(12) Junto a la teoría legal feminista, y en muchos casos a la vez, ha aparecido lo que se denominan estudios de teoría política feminista, en los que se cuestionan los principios políticos filosóficos que han construido el papel de las mujeres en las sociedades modernas. Una espléndida compilación de estos estudios es la realizada por: CASTELLS, C. (comp.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona : Ed. Paidós, 1996.

(13) Sobre las teorías legales feministas: BARTLETT, K. (ed.) *Feminist Legal Theory*, Westview Press : Oxford, 1991; GARCÍA AMADO, J. A. "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho" en: *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, p. 13-41, 1992; SMITH, P. (ed.) *Feminist Jurisprudence*. New York : Oxford University Press, 1993.

(14) SACHS, A.; WILSON, J. H. *Sexism and the Law*. Oxford : Martin Robertson, 1978.

penal el mismo comportamiento según fuera realizado por un hombre o una mujer, y denunciar el trato diferente que se daba a la situación.

Durante los años 80 investigadoras como Gelsthorpe o Edwads[15] han puesto de manifiesto la insuficiencia de este concepto. En el estudio de Gelsthorpe, *Sexism and the Female Offender*[16] se analiza el funcionamiento de los tribunales de menores en relación a casos de mujeres jóvenes infractoras. Para la autora, estudiar el sexismo no se limita al análisis comparado de sentencias, sino que requiere estudiar la compleja actividad del tribunal y de las diferentes instancias del sistema de justicia penal. Analizando la actividad cotidiana del tribunal se descubren los criterios de normalidad con los que son juzgados chicos y chicas. El problema no es estrictamente que hombres y mujeres reciban sentencias diferentes, en circunstancias diferentes. El problemas es que la práctica del tribunal ignore dichas circunstancias diferentes o se generalicen determinados estereotipos sobre hombres y mujeres. De esta forma se consolidarían las discriminaciones existentes.

El concepto de masculinidad del derecho pretende superar las carencias mencionadas. La idea de masculinidad del derecho no se refiere únicamente a la idea de hombres en el derecho, sino a la presencia de elementos relacionados con la masculinidad en sentido cultural. Afirmar la masculinidad de derecho supone identificarlo con un conjunto de características. Esta perspectiva afirma que cuando un hombre y una mujer se enfrentan al derecho, no se produce una discriminación porque el derecho se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, pero en que realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos. ¿Cómo se gesta el derecho masculino, de dónde procede la masculinidad del derecho? Para responder a esta pregunta la teoría política feminista se remonta a los orígenes del Estado liberal y a sus formas jurídicas. Conceptos como el de "derechos", "contrato", "libertad", adquieren una determinada significación en el contexto del Estado liberal y se consolidan como formas jurídicas que con el tiempo pierden el referente de su origen. El sujeto del derecho liberal era autónomo e independiente, supuestamente libre para establecer relaciones económicas. Es un sujeto jurídico al que parecen no asignársele responsabilidades sociales o familiares. Este acercamiento individualista a los fenómenos económicos se reproduce en el ámbito penal, donde la infracción se separa de su contexto social. Esta individualización del comportamiento social conduciría analizar como problema individual el daño social causado a las mujeres.

El concepto de masculinidad en el derecho ha sufrido numerosas críticas. Entre otras, Carol Smart[17] señala dos problemas esenciales. En primer lugar, este enfoque perpetua la consideración el derecho como una unidad, como un instrumento con una única significación. En segundo lugar, la diferenciación masculi-

(15) GELSTHORPE, L. *Sexism and the Female Offender*. Vermont : Gower Publishing Company, 1989.

(16) GELSTHORPE, L. Op. cit., 1989.

(17) SMAT, C. "La mujer del discurso jurídico", en: LARRAURI, E. *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid : Editorial Siglo XXI, 1994.

no/femenino ocultaría otras discriminaciones que también se expresan a través del derecho, como aquellas referidas a la edad, la raza, la clase.

2.3 El sistema penal como reproductor de las relaciones de género. Prácticas y funcionamiento

Como hemos visto, los estudios sobre la aplicación del derecho penal empezaron con la denuncia de la aplicación sexista del derecho penal. Se puede afirmar que durante los años noventa la mayoría de dichas investigaciones tratan de entender cómo se produce la discriminación de forma compleja. En este sentido, la incorporación del concepto de "género" ha sido decisiva.[18]

Son varios los estudios que han contribuido a documentar las características que tiene el tratamiento de las mujeres en la justicia penal, mostrando la complejidad de su funcionamiento e ilustrando la construcción de la feminidad en esta instancia de control.[19]

En su trabajo sobre la actividad de los tribunales, M. Eaton[20] examina el tratamiento que reciben las mujeres y constata que los jueces suelen apoyar sus razonamientos sobre consideraciones de tipo familiar. Afirma que los tribunales reproducen las relaciones entre sexos, pues consideran a la mujer no como sujeto, sino en función de dichas relaciones familiares.

La rutina del tribunal se convierte en un elemento de estudio principal. Se ilustra como los diversos operadores jurídicos incorporan a su actividad cotidiana estereotipos y valoraciones sobre la división de géneros. Estas referencias familiares aluden a cuestiones tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. Es decir, refuerzan un concepto tradicional de familia tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres. Sin embargo, según la autora, reforzando dicho modelo se fortalecen unas relaciones familiares en las que la posición de la mujer es de clara desventaja.

De esta manera se explicaría que la aplicación de criterios de igualdad formal ante el tribunal no afecte en la mayoría de los casos a la sustancial desigualdad entre las mujeres y los hombres. La fijación y reproducción de la división de los géneros se establecería más por la aplicación rutinaria de determinados criterios de normalidad, que por que se produzca una desigual aplicación de un criterio. Según, Carol Smart la idea de que el derecho tiene género nos permite argumen-

(18) Sobre el concepto de género y su utilización por las ciencias sociales: NAROTZKY, S. *Mujer, mujeres y género,* Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1995; RIVERA, M. *Nombrar el mundo en femenino,* Icaria, Barcelona, 1994.

(19) Vid. CARLEN, P. *Women's Imprisonment.* Boston : Routledge and Kegan Paul, 1983; EATON, M. *Justice for Women? Family, Court and Social Control.* Philadelphia : Open University Press, 1986; WORRALL, A. *Offending Women. Female Lawbreakers and the Criminal Justice System.* New York : Routledge, 1990.

(20) EATON, M. Op. cit., 1986.

tar que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y mujeres.[21] A su vez, también se puede decir que el derecho actúa como una "tecnología del género", es decir, que es un proceso de producción de identidades fijas.

La idea de que el derecho fija y reproduce las identidades de género resulta especialmente interesante si la aplicamos al análisis de aquellas situaciones en las que el derecho penal ejerce un papel de protección de las mujeres frente a determinas agresiones. Si tomamos el ejemplo de las agresiones sexuales resulta claro que, efectivamente, se produce durante el juicio un proceso mediante el cual el derecho redefine la experiencia de la mujer y fija unas categorías que crean género. El proceso penal reclama de la mujer agredida una determinada posición en el proceso y supone en la víctima determinadas actitudes o características. Así por ejemplo, la ausencia de consentimiento de la víctima es frecuentemente puesta en duda cuando las características de la mujer agredida no se adecuan a lo que el tribunal considera como una mujer respetable o vulnerable.

Si aceptamos que el derecho construye y fija las categorías de género, ¿significa eso que las mujeres deben renunciar a utilizar la significación que adscribe a las conductas el derecho penal? Para Carol Smart, esta contradicción pone de manifiesto la necesidad de estudiar con más profundidas esos procesos y de asumir en todo caso que el "derecho no es simplemente derecho".[22]

Uno de los problemas que ilustra estas contradicciones es el tratamiento penal del acoso sexual. A diferencia de las agresiones sexuales o la violencia doméstica, el acoso sexual suele restringirse a situaciones que se producen en determinados lugares o circunstancias (así el código penal español de 1995, en el art. 184 afirma: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para una tercero prevaliéndose de una situación de superioridad *laboral, docente o análoga...*"), es decir, excluye aquellas conductas similares que se produzcan en la calle o en otro tipo de relaciones personales. Es más, en algunos informes europeos el acoso sexual aparece definido como algo similar a una molestia laboral. Así, por una parte, vemos que la incriminación de esta conducta está recogida sólo parcialmente. El derecho penal crea un conceptualización sobre lo que debemos entender o no por acoso sexual, que acaba expandiéndose fuera del ámbito penal. La definición penal es incorporada como una definción que a su vez utilizarán las mujeres, los colectivos sindicales, etc. Por otra parte, tampoco se trata de que el código penal recoja un conjunto de conductas tan amplio y vago que difícilmente respetarían los principios de un derecho garantista. Nuestra percepción del problema está construida en gran medida en función de la criminalización de esta conducta, lo cual no significa que se trata de algo que no existe fuera del derecho penal. Obviamente, el acoso sexual, al igual que cualquier conducta a la que denominemos delito, no tiene ninguna cualidad ontológica que la haga diferente de otras conductas, pero se trata de algo que es vivido por muchas mujeres como un elemento negativo, lo cual no significa que el derecho penal sea la mejor o la única forma de definir su negatividad social. Para algunas feministas

(21) SMART, C. Op. cit., p. 176, 1994.

(22) SMART, C. Op. cit., p. 187, 1994.

como Wise y Stanley[23] que han estudiado este problema, las mejores recetas para combatir el acoso sexual no pasan por los códigos penales.

3. El paradigma de la víctima. ¿Oprimidas, victimizadas o dañadas socialmente?

Tal como hemos visto, los movimientos feministas hasta los años 70 habían definido la situación de desventaja social que sufrían las mujeres mediante el término "opresión sexual". Este término ofrecía una escasa operatividad jurídica, puesto que no definía la situación de desventaja social como un problema individual o soluble en las definiciones convenciones de discriminación jurídica. Será a partir de los años setenta cuando un conjunto diverso de movimientos sociales reivindiquen la consideración de tales conductas como infracciones penales. Aparece con ello la consideración del daño individual producido por conductas que hasta entonces habían sido consideradas como problemas sociales colectivos. El derecho penal adquiere el valor de un instrumento que permite hacer visible la violación de determinados principios. La significación política y social que tiene este desplazamiento del concepto "opresión" al concepto "victimización" ha sido puesta de manifiesto por diversos trabajos.[24] Mientras que el concepto de "opresión" denuncia una situación estructural y hace partícipes del problema a personas no afectadas, el concepto de "víctima" reduce el problema a un daño individual.

Las estructuras jurídicas del procedimiento penal se caracterizan por la individualización del infractor. Dentro del procedimiento penal la agresión sexual es reconocida únicamente como la conducta concreta de un agresor contra una víctima. De esta manera el conflicto social que se encuentra bajo el problema de las agresiones sexuales se reduce a un problema de violencia interpersonal, cuando en realidad, tal como hemos visto, la cuestión de la violencia sexual ha de comprenderse desde una perspectiva más amplia. En el caso de la violación, nuevo delito de agresiones sexuales, los análisis feministas han subrayado la necesidad de comprender el fenómeno de la violación en el contexto de los roles de conducta sexual masculina. La confirmación estadística de que la mayoría de las agresiones sexuales se producen en el entorno doméstico, laboral o social de las mujeres confirma la idea de que las agresiones sexuales no pueden ser explicadas como un comportamiento producto de perturbaciones mentales (aunque está sea la explicación de algunos casos), sino que las causas de dicha conducta tiene que ver con cuestiones más complejas, que difícilmente puede abordar el derecho penal. Lo mismo puede afirmarse en relación a los malos tratos o al acoso sexual, puesto que aun siendo cierto que la agresión, el maltrato

(23) WISE, S.; STANLEY, L. *El acoso sexual en la vida cotidiana*. Barcelona : Ed. Paidós, 1992.

(24) PITCHT, T. *Responsabilità limitate*. Milan : Feltrinelli, 1989; SHEERER, S. "Atypische Moralunternehmer", en *Kriminologisches Journal*, n. 1, Beiheft, p. 133-156, 1986.

o el acoso va a producir daños a una mujer concreta, no podemos olvidar que esos daños tienen su razón de ser en cuestiones que superan el ámbito agresor-víctima.

El concepto de víctima sitúa a las mujeres en una posición pasiva que resulta especialmente contraproducente en casos como los malos tratos o el acoso sexual. Algunas feministas procedentes del feminismo radical rechazan el término "víctima", por cuanto, afirman, implica pasividad.[25] En su lugar prefieren utilizar el término "superviviente" (*survivor*), que implicaría un rol más positivo para la mujer y enfatiza las estrategias que diariamente son utilizadas por las mujeres para hacer frente a diversas experiencias. De esta manera también se subraya el hecho de que esa violencia tiene un origen en las relaciones de género. Es decir, se refuerza la idea de que dicha violencia está vinculada a la opresión sexual y que las mujeres debemos tener un papel activo en la lucha contra la opresión sexual. No podemos olvidar que aunque la agresión no nos afecte directamente todas estamos afectadas por la existencia de una estructura de géneros que nos discriminan.

Algunos de los inconvenientes que presenta afrontar la cuestión de la violencia sexual mediante el derecho penal son, por ejemplo, que se judicializan cuestiones que requieren un tratamiento que no es el meramente jurídico y que se dejan en manos del Estado la elaboración del problema y sus soluciones.[26] Altamente significativo es el tratamiento que suelen recibir en los ámbitos conservadores las reivindicaciones feministas vinculadas a cuestiones de violencia sexual. Por ejemplo, fue utilizada en el Estado español la tragedia de Alcáser (el secuestro, violación y asesinato de tres jóvenes) para proponer el endurecimiento de las políticas penitenciarias, el control social de las mujeres jóvenes y de su sexualidad.

Los problemas que comporta el concepto de víctima no sólo se muestran en relación a la victimización primaria (la producida por la ofensa penal), sino también y, muy especialmente, a nivel de victimización secundaria, la producida por el funcionamiento de las instancias del sistema penal, es decir, consecuencia del paso de las mujeres afectadas por la violencia sexual por el sistema penal.

Frente a este concepto de víctima y a las estrategias penales se han opuesto otras formas alternativas de tratar la cuestión de la violencia sexual. Una de ellas es el concepto de daño social *(social injury)*.

Howe ha sugerido utilizar el concepto de "infracción social" para nombrar diferentes aspectos de la opresión.[27] La infracción social pone de manifiesto que las ofensas son percibidas como tales por un grupo social, es decir, se critica la naturaleza ontológica del delito y se subraya su carácter de producto de la construcción social. Esta estrategia requiere un trabajo de elaboración política y social continua, refuerza la idea que la significación social de las experiencias es mutable. La negatividad que nosotros otorgamos hoy en día a una conducta, por

(25) WALKLATE, S. *Gender and Crime*, Prentice Hall, Hertfordshire, 1995.

(26) KARSTEDT, S. "Liberté, égalité, sororité", en: *Déviance et Société*, n. 3, vol. 16, p. 287-296, 1992.

(27) HOWE, A. "Social Injury Revisited: Towards a Feminist Theory of Social Justice", en : *International Journal of the Sociology of Law*, n. 15, p. 423-438, 1987.

ejemplo, "los maltratos en el hogar", es producto de una construcción político y social, que en este caso valoramos como positiva en relación a los intereses de las mujeres. Así mismo, la estrategia de la infracción social desplaza la preeminencia del derecho penal en favor de otras formas de regulación. Es decir, se subraya que la elección del tratamiento penal es una de las posibles y que puede haber otras formas de asignación de negatividad social o de minusvaloración de la conducta.

4. La inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el derecho penal

Como se habrá visto por lo hasta ahora expuesto, la inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el derecho penal es una de las que más polémicas ha generado dentro del movimiento feminista. El escepticismo ante la eficacia de la intervención penal tiene varias razones, algunas de las cuales ya hemos examinado. Por una parte, el sistema penal no parece ser la solución a ninguno de los problemas planteados y su intervención tiene un sentido más simbólico que material. Tampoco podemos olvidar los problemas de ineficacia desde los mismos objetivos propuestos por el sistema penal. El sistema penal no puede resarcir a la víctima, ni solucionar el conflicto que da origen a la situación problemática y en cualquier caso, el funcionamiento normal de la justicia penal provoca nuevos problemas tales como una extensión de los mecanismos punitivos y la criminalización-victimización de las partes.

Teniendo en cuenta todo esto vamos a examinar, para concluir, algunas propuestas que plantean cómo abordar la relación entre los intereses de las mujeres y el sistema penal.

a) Un nuevo sistema de justicia penal basado en una justicia "femenina"

Los trabajos de Carol Gilligan[28] influyeron durante los años ochenta gran parte del pensamiento feminista anglosajón. Gilligan elabora en *In a Different Voice*, un trabajo de psicología, que en polémica con Kohlberg,[29] estudia las etapas del desarrollo moral de la persona. Su estudio sostiene que no hay una única vía y una única secuencia de etapas en la maduración moral del ser humano, como sostenía Kohlberg, sino dos: la masculina y la femenina. En este sentido, cuando Kohlberg distingue seis etapas en el desarrollo moral, e identifica la última con el hecho de pensar los problemas morales a la luz de principios de justicia universales, estaría universalizando un tipo de razonamiento moral que es el masculino. Por lo tanto, ante idénticos problemas morales hombres y mujeres reaccionarían utilizando distintos tipos de razonamiento moral: la ética femenina

(28) GILLIAGAN, C. *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambrigde Mass, 1982.

(29) KOHLBERG, E. *Moral Stages: a Current Formulation and Response to Critics*, S. Karger, Kasel, 1991.

sería una ética del cuidado y la masculina una ética de los principios. Para la ética del cuidado lo que cuenta sería la apreciación del contexto en cada conflicto y la consideración de las personas implicadas.

Esta teoría, que ha sido ampliamente cuestionada dentro del mismo movimiento de mujeres, es recogida por Heidensohn[30] para la elaboración de propuestas en el ámbito penal. Su pretensión es clarificar qué significa "justicia" para las mujeres dentro de ámbito penal. La caracterización del sistema penal existente se realiza bajo el concepto de "Portia" y se denomina "Persephone" al modelo que incluiría las reivindicaciones de las mujeres. El modelo de justicia de las mujeres, "Persephone", pondría en cuestión el modelo de derecho masculino. Es decir, desde esta posición la eficacia del sistema penal en relación a los intereses de las mujeres sólo podría aumentar consolidando unas nuevas formas jurídicas que dieran expresión a esa "ética femenina".[31]

b) El derecho sexuado

Tamar Pitch ha planteado también esta discusión en los siguientes términos: "¿debemos nosotras (y podemos nosotras) deconstruir el sujeto de derecho masculino a través de políticas basadas en el principio de igualdad o a través de políticas que busquen construir un sujeto de derecho femenino?"[32]

Para dicha autora italiana estas dos posiciones no son contradictorias, ni excluyentes. Su punto de partida es la idea de que la "diferencia sexual" no es una cuestión biológica u ontológica, sino una cuestión política, que privilegia determinadas relaciones y construcciones sociales. Como ilustración de esto la autora recuerda la polémica sobre la ley contra la violencia sexual en Italia. Por un lado, una posición dentro del movimiento feminista pedía el reconocimiento de la violación como un acto grave de violencia contra las personas. Por otro, otras mujeres querían mantener el carácter sexual de la violación. La primera posición correspondería a las políticas de la igualdad, racionalización del derecho penal, suprimiendo normas específicas o protectoras hacia las mujeres. La segunda posición, que se basa en la idea de la diferencia sexual, critica al derecho penal como instrumento incapaz de resolver los conflictos entre hombres y mujeres. Se trataría, según esta posición de perseguir la violación a través del derecho penal, pero añadiendo un espacio de derecho femenino, que correspondería a la constitucionalización de

(30) HEIDENSOHN, F. "Model of Justice: Portia or Persephone? Some Thoghts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice", *International Journal of Sociology of Law*, n. 14, p. 287-298, 1986.

(31) Esta concepción de una justicia femenina ha sido criticada, entre otras por : DALY, K. "Reflections on Feminist Legal Thought", *Social Justice*, vol. 17, n. 3, p. 7-23, 1990; SMART, C. *Feminism and the Power of Law*, New York : Routledge, 1989.

(32) Traducido del francés en: PITCH, P. "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexué", *Déviance et société*, n. 3, vol. 16, p. 265, 1992.

los principios de la inviolabilidad física y psíquica de las mujeres.

El derecho sexuado es definido como una práctica política que implica la construcción de un sujeto femenino en el derecho (en los tribunales, estableciendo relaciones privilegiadas entre las abogada y sus clientas; asumiendo fuera de los tribunales responsabilidades individuales y colectivas frente a las infracciones y los infractores, es decir, contribuyendo al cambio de las definiciones y las percepciones[33].) Esta práctica política sería a su vez compatible con el principio de igualdad y puede ser reforzada por la introducción de normas que adscriban derechos a las mujeres en tanto que mujeres (como en el caso del aborto). Estas ideas sobre el derecho sexuado son similares a las sostenidas por la abogada italiana Lia Cigarini. Ella privilegia en la relación de las mujeres con el derecho lo que ella denomina "la práctica del proceso", es decir, propone ir más allá de la norma jurídica y trasladar las políticas feministas a las prácticas jurídicas (relaciones entre abogadas, entre abogadas y clientas, entre abogadas y juecas, etc). Se trata de plasmar en la práctica jurídica los intereses de las mujeres.

Para concluir esta breve reflexion traigo aquí unas palabras de la misma Lia Cigarini que creo que resumen algunas de las cuestiones planteadas: "El pensamiento político y jurídico masculino se ha quedado encallado en la relación igualdad-diferencia, en el funcionamiento de la democracia numérica, en la extensión de los derechos sin la capacidad de crear los instrumentos y las instituciones para ejecutarla, de manera que las proclamaciones del derecho carecen de veracidad. El debate está, pues, más que abierto, y la elaboración jurídica de las mujeres será muy valiosa tanto para los hombres como para las mujeres."[33]

(33) CIGARINI, L. *La política del deseo*. Barcelona : Ed. Icaria, p. 114, 1995.

12

LA INGENIERÍA INSTITUCIONAL CRIMINAL.

Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre derecho penal y politología

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Resumo: Os saberes, inclusive o saber penal, estão em contato uns com os outros. Tal contato permite que seus sistemas de compreensão sejam interdisciplinares o que significa a existência e comunicação de conhecimento. A relação entre saberes não deve representar relação de apoderamento, de defesa ou de subordinação, mas relação construtiva de interdisciplinariedade. Uma das características do saber penal é o de se apontar dos dados que lhe convém de outros saberes e rechaçar o resto. Tal é a relação mantida com as ciências como a criminologia, a política criminal, a medicina legal, a história penal, etc. e que todas elas são apontadas como ciências auxiliares. A interdisciplinariedade construtiva postula um diálogo inevitável entre os saberes que se respeitam mutuamente. Sob este prisma são analisadas a política criminal e a ciência política que abarca a chamada engenharia institucional.

Palavras-chave: Política criminal – Ciência política – Criminologia – Relação entre a dogmática penal, a política criminal e a criminologia.

1. Cada saber tiene su propio horizonte de proyección y su funcionalidad particulares. Si no los tuviese le sería imposible decir algo sobre un ámbito de la realidad (sobre un paraje óntico) porque no sabría cuál es ese paraje ni para qué quiere decir algo. Sin embargo no puede evitar el roce de sus límites con otros saberes e incluso superponer parte – a veces considerable – de su propio horizonte con el de otros saberes, todo ello sin contar con que, aunque quiera negarlo o ignorarlo, le es imposible ocuparse de un paraje óntico (de ciertos entes) sin una cierta comprensión del ser de todos los entes, o sea, de la ontología (filosofía).

Existen saberes que se ocupan de otros parajes ónticos o parcialmente del mismo desde otras funcionalidades, con los que el derecho penal – como cualquier otro saber – se roza y otros con los que superpone parcialmente su horizonte de proyección o universo abarcado. Los primeros son saberes tangenciales y los segundos saberes secantes.

Estos tocamientos o superposiciones entre saberes no son meros pedidos de auxilio a otras disciplinas, sino verdaderas hipótesis de trabajo interdisciplinarias de las que ningún saber puede prescindir, so pena de caer en autismo o, lo que es

peor y más frecuente, en el prejuicio. En efecto: el cultor de un saber se maneja en la vida cotidiana con los conocimientos del lego respecto de otros ámbitos de la realidad que están fuera de su horizonte de proyección y, por ende, es vulnerable a cualquiera de los prejuicios comunes en la sociedad a la que pertenece. El conocimiento técnico sobre esos ámbitos puede chocar con el prejuicio y crearle los mismos problemas de redefinición del común de las personas y llevarle a poner en marcha mecanismos de defensa o "reclausura".[1]

Para evitar el autismo y el prejuicio es indispensable apelar a la hipótesis de trabajo interdisciplinario, que no significa que el saber pierda su horizonte y su función, sino que la construcción de su sistema de comprensión sea interdisciplinaria. Lo interdisciplinario no es, pues, el saber particular, sino la obra del científico: los libros siguen separados en las bibliotecas, pero los hombres siguen dialogando y comunicándose sus conocimientos, y el nivel del sistema de comprensión que ensayen se hallará en directa relación con la calidad y cantidad de esa comunicación.

Esta regla general del saber humano es todavía más importante en la ciencia social, particularmente en el derecho y, muy especialmente, en la especial sensibilidad del fenómeno que es propia del derecho penal, como lo demuestra toda su trayectoria ideológica.

2. Si bien es común a toda la manualística penal el estudio de sus "relaciones" con otros saberes, esto no basta para caracterizarlas si no se las enfoca como relaciones de interdisciplinariedad constructiva de su sistema de comprensión.

Es bueno que, antes de entrar a la consideración que dejamos esbozada, precisemos que el tema presenta un tratamiento muy complejo por parte de la doctrina, con notoria anarquía terminológica y conceptual. No podemos ocultar la sensación de alta confusión a su respecto, a la que creemos que contribuye una sucesión de equívocos entre los cuales no son menores los siguientes.

a) El vocablo *relaciones* ha servido para salir del paso a través de su uso equívoco, con el que a veces parece que se caracterizan esfuerzos apropiatorios de entes de otros horizontes, en otros casos, actitudes de contradicción o de defensa frente a amenazas consideradas invasoras o críticas y, por fin, en otros revelan acatamiento a lo dicho en otras disciplinas. En síntesis, por relaciones se entienden casi siempre relaciones de apoderamiento, de defensa o de subordinación, pero muy pocas veces se trata de verdadera relaciones de interdisciplinariedad constructiva.

b) Una característica particular del saber del derecho penal ha sido su marcada tendencia a la invención de ciencias serviles, que prefirió llamar "auxiliares". Este fenómeno no es conocido por el saber jurídico civil, por ejemplo, donde a nadie se le ocurre inventar la etiología del incumplimiento contractual como ciencia auxiliar, y ni siquiera la sociología de la familia es considerada tal. Me-

(1) Cf. Cordon W. Allport, *La naturaleza del prejuicio*, Bs. As., 1962, p. 39.

nos aún el derecho constitucional considera auxiliar a la ciencia política ni el derecho financiero toma por tal a la economía política o a una parte de ella.

Este apoderamiento satelital de todas las disciplinas secantes dio lugar a propuestas de "ciencias penales" en cuyo rubro suelen incluirse la psicología judicial, la criminalística, la medicina legal, la estadística criminal, la psiquiatría forense y, por supuesto, la criminología, la política criminal, la historia penal, la filosofía penal, etc.

Cuando de este conjunto se excluye al derecho penal, se pretende que las restantes son ciencias "auxiliares", lo que carece de sentido, porque desde el punto de vista de cada una de ellas lo "auxiliar" puede ser el derecho penal. Cuando se adopta el criterio de incorporar al conjunto el mismo derecho penal, se ha llamado a la totalidad así configurada "cuadro de las disciplinas criminológicas", "enciclopedia penal", "enciclopedia criminológica", "ciencia general de la criminalidad", "ciencia penal general", "ciencia total del derecho penal", etc.[2]

La cuestión se remonta al siglo pasado y penetra hasta muy entrado el presente: para von Liszt el derecho penal era una disciplina jurídica, pero no se completaba el saber sin apelar a una fuerza contraria a la que ponía límites, que era la política criminal, asentada en el estudio de las causas del delito y la eficacia de la pena[3]; para Adolf Prins se trataba de una ciencia jurídica, pero también social, pues el mismo objeto jurídico considerado desde el punto de vista de la defensa social recibía el nombre de criminología o sociología criminal y lo relacionada con las ciencias morales y políticas, la estadística, la antropología y la psiquiatría[4]; Ferri llamaba sociología criminal a un todo que estudiaba el delito como hecho individual y social para proveer una defensa social que podía ser preventiva o represiva, siendo el derecho penal una rama de esta última función, junto a las técnicas carcelarias y los institutos postpenitenciarios[5].

Esta afición, que desemboca en la creación indefinida de pseudociencias – al menos en cuanto a su autonomía –, revela que el criterio de auxiliaridad no es más que el resultado de pugnas de poder académico por un lado, y de pobreza de discurso propio por el otro, lo que en cualquier caso indica la conveniencia de su rápido reemplazo por la interdisciplinariedad.

c) Un fuerte movimiento de rechazo a cualquier interdisciplinariedad pretendió juridizar todos los datos de las demás disciplinas en forma casi esquizofrénica. Esta tendencia (que depurada metodológicamente fue el neokantismo) ha favorecido en definitiva las relaciones de apoderamiento y rechazo selectivo de datos.

(2) Sobre estas denominaciones, Celestino Porte Petit, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México D.F., 1958, p. 33; el trabajo póstumo de Ladislao Thot, Síntesis de las ciencias penales, en *Rev. Penal y Penitenciaria*, 1936, I, p. 5 y ss.

(3) F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, 1891, p. 13.

(4) A. Prins, *Ciência penal e direito positivo*, Trad. de H. de Carvalho, Lisboa, 1915, p. 13.

(5) Enrico Ferri, *Princippi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 39 y ss.

No se concibe un diálogo interdisciplinario cuando un saber decide apoderarse con total arbitrariedad de los datos que le conviene y rechazar el resto y, además, se atribuye la facultad de modificar a gusto los que quiere. La fuerza de este momento puramente normativo del derecho penal es tan enorme, que sus trazos son seguidos incluso por quienes afirman no compartir sus fundamentos. Esta tendencia constituye una reacción frente a lo que se llamó el "reduccionismo sociológico" del derecho penal, propio de la criminología positivista del siglo pasado y comienzos del presente, resucitado en versiones más cercanas con la pretensión de una "ciencia única" o de un único modelo científico conforme a los patrones de las ciencias naturales.

Tanto el aislamiento normativizante como el reduccionismo de cualquier signo impiden la interdisciplinariedad (el primero porque la interrumpe arbitrariamente, el segundo porque asume otra disciplina). La interdisciplinariedad constructiva postula un diálogo inevitable entre saberes que se respetan mutuamente y, al mismo tiempo, elude el reduccionismo, porque no puede emprender ningún diálogo sin partir de un horizonte y de una función propios.

La tendencia juridizante pura – y en especial el neokantismo – rechazó y filtró los datos de las ciencias sociales, pero también se apropió de otros saberes jurídicos, creando incluso capítulos del propio saber penal, cuando en realidad son conceptos que sólo pueden elaborarse interdisciplinariamente.

3. Dentro de la interdisciplinariedad constructiva con saberes secantes no jurídicos, se destaca especialmente la referida a la política criminal.

La expresión "política criminal" se ha empleado en diversos sentidos, prácticamente desde el s. XVIII, pero por efecto de su difusión fue perdiendo contenido semántico. Para precisarlo deberíamos referirnos a su historia y a los diferentes momentos ideológicos a que estuvo sometida, lo que es tarea de una exposición más amplia.

En líneas generales es hoy dominante un concepto de política criminal que le asigna la función de establecer cómo debe configurarse el derecho penal para cumplir mejor su función de protección de la sociedad.[6] El pensamiento positivista la consideraba un saber que es útil al legislador: se decía, por ejemplo, que es "el arte (en el legislador) de adaptar a las exigencias de cada pueblo las propuestas de la sociología criminal para la defensa preventiva y represiva".[7] Desde un ángulo muy diferente, para el pensamiento liberal que consideraba al derecho penal derivado de la razón y la criminología era el "derecho penal filosófico", se la consideró como una "doctrina de práctica legislativa".[8] Hoy se entiende que resulta importante para el dogmático, o sea, que no es sólo un saber destinado a

(6) Así, Jescheck-Weigent, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlin, 1996, p. 22.

(7) E. Ferri, op. cit., p. 100.

(8) Cf. Franceso Carrara, Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazione, Torino, 1874.

legisladores sino también a intérpretes de la ley y jueces,[9] pues para las nuevas corrientes ya no es – como para Liszt – un saber empírico fundado en la criminología y en la penología, a la que el derecho penal debía poner limites: en la actualidad se la considera inserta en el derecho penal y no enfrentada al mismo.[10]

De cualquier manera, se mantiene un concepto tradicional legitimante, que tiene pocas diferencias con el que sostenía Ferri hace casi un siglo. Pero incluso en ese uso más frecuente de la expresión se percibe una tensión que es difícilmente ocultable: la política criminal no siempre es un discurso de legitimación, sino que tiene un enorme potencial crítico. Si bien es posible construir un discurso político criminal desde un ángulo legitimante, aceptando como verdades lo que no pasa de ser meras afirmaciones apriorísticas, como las que encierra cualquier llamada "teoría de la pena", todo eso cambia si se parte de datos de la realidad y se la concibe como una valoración general del modo de encarar la conflictividad criminalizada y de ejercer el poder punitivo. En este último sentido, su función tampoco está limitada al legislador, pues el juez también toma decisiones que son políticas, desde que expresan una decisión de poder estatal y, por ende, el dogmático no puede quedar al margen de estas valoraciones.

Por otra parte, no puede hablarse de política criminal sin tomar en cuenta el funcionamiento real del poder punitivo y, por ende, del sistema penal, de modo que hoy sería harto insuficiente limitar el concepto de la misma a un saber que se ocupa de las disposiciones que el legislador debe insertar en la ley penal, como si ésta operase por sí misma, con independencia de las características estructurales y de las eventuales pero siempre concretas del sistema penal al que esas normas habrán de habilitar el ejercicio de poder punitivo. Es bastante claro que la política criminal contemporánea debe abarcar la valoración de la estructura del sistema penal y la política a su respecto, o sea, que tendrá un fuerte contenido de política institucional.

4. Lo que parece bastante claro es que – al menos hasta ahora – al derecho penal se le ha pasado por alto el desarrollo de una disciplina que ha cobrado particular importancia en las últimas décadas y que ha obtenido un adecuado espacio académico: la ciencia política[11] que abarca la llamada ingeniería institucional.[12] De advertirse este desarrollo y admitir su existencia e importancia,

(9) Cf. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973; Hassemer, Strafrechtdogmatik und Kriminalpolitik, 1974, Zipf, Kriminalpolitik, 1980.

(10) Así, Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, München, 1992, p. 127.

(11) V. por ejemplo, H. F. Weissberg, Political Science: The Science of Politics, N. York, 1986, G. Pasquino, la complessità della politica, Bari, 1985; D. M. Ricci, The Tragedy of Political Science, Politics, Scholarship and Democracy, N. York, 1984; G. Pasquino – S. Bartolini – M. Cotta – L. Morlino – A. Panebianco, Manual de Ciencia Política, Madrid, 1993.

(12) Así, por ejemplo, Giovanni Sartori, Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, México, 1994.

no creemos que deba dudarse mucho en considerar que la política criminal es un campo especializado de la ciencia política y, en lo que hace a la política respecto del sistema penal, de la ingeniería institucional. Por ende, creemos que existe una política criminal como rama especializada de la ciencia política, que abarca la ingeniería institucional criminal como uno de sus aspectos más importantes.

El Estado de Derecho contemporáneo vive amenazado por un crecimiento ilimitado del aparato punitivo, especialmente de sus agencias ejecutivas y penitenciarias.[13] Por ello, la política criminal y, muy especialmente, la ingeniería institucional criminal, son saberes fundamentales para su defensa y fortalecimiento. En definitiva, la interdisciplinariedad del derecho penal con la política criminal es interdisciplinariedad con la ciencia política y particularmente con la ingeniería institucional.

Es función de la ciencia política precisar los efectos de las decisiones legislativas y judiciales y, por ende, notificar al dogmático y al juez acerca de las consecuencias reales que provoca lo que el primero propone y lo que el segundo decide, como también informarle el sentido político general del marco de poder en que toma la decisión, que puede ser liberal o autoritario, garantizador o policial, es decir, fortalecedor o debilitante del Estado de Derecho.

Cabe pensar que en los próximos años serán más los politólogos que se aproximem a la política criminal, porque lo cierto es que hasta el presente predomina el viejo concepto positivista de la misma porque éstos no han reparado seriamente en este aspecto de su propia disciplina, a la que sólo tienden a concebir como parte de un discurso con efecto electoral y de gobernabilidad, sin que se hayan producido tampoco trabajos importantes sobre ingeniería institucional criminal desde este campo.[14]

Aunque hasta el presente no parece observarse ningún avance constitucional serio en la materia, es lógico pensar que una reflexión más profunda de los politólogos en el campo de la ingeniería institucional criminal les demostrará la necesidad de hacerse cargo de un fenómeno preocupante por la indiferencia de operadores políticos y de politólogos: aunque sea paradojal, al política criminal del Estado no tiene responsable político; las instituciones de poder punitivo pueden crecer sin límites; la compartimentalización segmentada del sistema penal provoca incoherencias trágicas, que van desde cárceles sobrepobladas y mortíferas hasta impunidad casi absoluta y consiguientes problemas de seguridad; la privatización policial permite que la capacidad operativa privada supere a la estatal; no se invierte en investigación objetiva de la conflictividad criminalizada, de modo que se manejan números de denuncias o procedimientos policiales

(13) Cf., por ej., Nils Christie, Crime Control as Industry. Towards Gulags Western Style?, London-New York. 1993; trad. cast. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1994.

(14) Los trabajos importantes siguen siendo de criminólogos y juristas, como por ejemplo, Stanley Cohen, Visiones de control social, trad. Elena Larrauri, Barcelona, 1988, Mireille Delmas Marty, Le flou du droit, París, 1986; de la misma, Les grandes systèmes de politique criminelle, París, 1992.

como si fuesen números de conflictos, sin contar con la manipulación sectorial de los mismos; el presupuesto dedicado al sistema penal se distribuye en función del peso de los diferentes intereses y acuerdos sectoriales, pero fuera de toda racionalidad orientada por objetivos o metas de prevención y solución de los conflictos, etc. Esto significa que el Estado de Derecho deja librado al azar de las coyunturas de intereses corporativos el conducto que alimenta y refuerza el Estado de policía que encierra y contiene, lo que implica un suicidio institucional.

Creemos que será necesaria una respuesta desde la ingeniería institucional, que deba concretarse en el ámbito del derecho constitucional. Del mismo modo que a partir de la Constitución francesa de 1946 se incorporaron al constitucionalismo comparado los consejos económicos y sociales, creemos que deben establecerse consejos plurales, en que los representantes de las agencias del sistema penal sean minoría (pues serían justamente los controlados, a fin de que los intereses sectoriales no se impongan sobre las exigencias del Estado de Derecho) y que tengan por objeto investigar la conflictividad, establecer cuáles son los conflictos de mayor frecuencia y gravedad y proponer las políticas de control y solución, aconsejando siempre acerca de la adecuación y racionalidad de la inversión presupuestaria y defendiendo sus criterios en la comunicación masiva.[15]

Aunque obvio, no es ocioso reiterar que el modelo se funda en la necesidad de contener al Estado de policía y defender al Estado de Derecho ya que, tratándose de anverso y reverso de una misma moneda, cuando uno se ilumina el otro más se oscurece.

(15) E. Raúl Zaffaroni, *Naturaleza y necesidad de los Consejos de Política Criminal*, San José, (ILANUD/Comunidad Eruopea), 1997.

13

LA VIOLENCIA Y LOS MASS MEDIA.

ENTRE EL SABER CRIMINOLÓGICO Y LAS TEORÍAS DE LA COMUNICACIÓN

FRANCESC BARATA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. La criminología y los mass media – 3. La construcción social de la violencia – 4. La televisión y el crimen – 5. La vuelta del suceso criminal – 6. El caso español – 7. A modo de conclusiones – Bibliografia.

Resumo: A violência tornou-se um produto de consumo que invadiu os meios de comunicação social. A sociedade do final do milênio está, mercê dessa dramatização da violência, formada por uma cidadania que se sente insegura. O medo difuso constitui hoje matéria-prima rentável em diversos países, alimentando a indústria da segurança privada. As referências às influências dos meios de comunicação de massa já eram feitas pelos pais da criminologia e, em diversos trabalhos desde então demonstram-se que o cinema, o rádio e a publicidade interferem na construção social da violência. A partir da televisão com seus seriados policiais de grande popularidade a insegurança coletiva aumentou. O mundo fictício da televisão está cheio de estereótipos e se alinha com as visões mais conservadoras sobre a criminalidade. O fenômeno da insegurança da cidadania se apresenta como uma luta entre bons e maus, em que os policiais aparecem como heróis solitários na luta contra o crime. Tecendo-se considerações sobre a construção social da insegurança, alude-se à situação na Espanha e se extraem vários e importantes conclusões do contexto do artigo.

Palavras-chave: Criminologia – Violência – Mídia – Teoria da comunicação – Espanha.

1. Introdução

En los últimos años la violencia se ha convertido en un producto de consumo que invade los medios de comunicación de masas. Estamos ante una vuelta del suceso criminal y la visibilidad del mal se ha incorporado a la agenda mediática. Frente a una sociedad obsesionada por el control y la seguridad, los medios hacen visible el espacio del miedo a la vez que explotan y juegan con los límites de su representación.

Esta situación parecería nueva, aunque el estudio del tema planteado nos revela que el debate actual tiene similitudes con el que se ha producido en otros

momentos históricos. Unos orígenes que podemos situar en hace un siglo, cuando la incipiente prensa de masas hizo posible que el asesinato de cinco prostitutas en los barrios marginales del Londres victoriano se convirtiera en uno de los capítulos más sobresalientes de la violencia criminal. Las noticias sobre *Jack el destripador* motivarían las primeras polémicas sobre el papel de los medios de comunicación en el establecimientos de pautas morales y la creación del alarmismo social.

Desde entonces han sido muchos los estudios que desde la sociología, la psicología y la teoría de la comunicación han analizado el papel jugado por los medios. Dichos trabajos ocuparían largas estanterías, pero sus conclusiones se podrían reducir a un par de volúmenes. Quizás esta ausencia de certezas académicas sólidas sea uno de los motores que hace que muchos investigadores continúen obsesionados por el tema. Un interés que se ve espoleado por un supuesto consenso ciudadano crítico con los medios de comunicación.

Tal vez en lo dicho anteriormente estén algunas de las claves para entender la fascinación por lo anómico. La sociedad de finales de este milenio esta formada por una ciudadanía que se siente insegura. En la mayoría de los países europeos la seguridad pública es uno de los tres temas que más preocupan a los ciudadanos y todo ello a pesar de que, en dicho continente, han disminuido considerablemente los índices de criminalidad. En los Estados Unidos cuatro de cada diez personas confiesan que han cambiado sus hábitos de vida para evitar el posible delito. En Latinoamérica las clases ricas viven en barrios que son protegidos como fortalezas. Como ha planteado irónicamente el escritor uruguayo Eduardo Galeano, el delito "se ha democratizado: lo ejercen muchos, lo padecen todos" (1998: 84).

Las clases acomodadas tienen terror a perder una parte insignificante de su riqueza, mientras que los trabajadores temen que les roben lo poco que poseen y, además, tienen miedo a perder el trabajo o simplemente les angustia no llegar al sueño consumista al que han sido invitados. Todos tienen miedo, todos se sienten inseguros.

Hoy el miedo es difuso, un miedo ante lo imprevisible que alimenta el gran negocio de la seguridad. El miedo se ha convertido en una materia prima rentable y en países como Canadá y Estados Unidos, la seguridad privada gasta el doble que la público. Es la nueva batalla contra el enemigo interior, donde la clase política ha tomado la iniciativa ante una opinión pública desfavorable. Proliferan las cámaras de vídeo-vigilancia en las calles y en el estado norteamericano de Dallas, el político conservador Ros Perot ha puesto en marcha un plan para que todos los ciudadanos lleven consigo una alarma portátil.

Este clima de inseguridad latente parece convertirse en el chivo expiatorio de otros males sociales. Como apunta Galeano, cada vez hay más gente que "aplaude el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad. Cada vez que un delincuente cae acribillado, la sociedad siente un alivio ante la enfermedad que la acosa. La muerte de cada malviviente surte efectos farmacéuticos sobre los bienvivientes" (1988: 81).

Este miedo social y socializado ha generado, de forma paralela, la obsesión por el consumo de relatos violentos y transgresores como lo demostró el juicio con-

tra O. J. Simpson al convertirse en uno de los fenómenos televisivos más importantes del presente siglo.

Todo ello ha originado que buena parte de las miradas alarmistas sobre la violencia se concentren sobre los medios de comunicación. En los últimos años han proliferado notablemente los estudios sobre el tema, pero como apunta el *Groupe de specialistes sur la representation de la violence dans les media*, del Consejo de Europa, en las numerosas investigaciones se encuentra a faltar una reflexión desde el saber criminológico. Y dicha perspectiva la consideramos fundamental para afrontar el debate sobre la violencia y el discurso mediático.

2. La criminología y los mass media

Las primeras referencias a los medios de comunicación las encontramos en algunos de los escritos fundamentales de los padres de la criminología. En su libro *El delito. Sus causas y remedios*, Cesare Lombroso afirma: "Estas excitaciones morbosas son centuplicadas por el prodigioso crecimiento de periódicos verdaderamente criminales que, con el sólo fin de ganancia, excitan los apetitos malsanos y la morbosa curiosidad de las bajas capas sociales. Podría comparárseles a los gusanos que, salidos de la putrefacción, la aumentan con su presencia" (1902: 295). Esta cita pone de manifiesto como los impulsores del saber criminológico vieron con preocupación la representación de la criminalidad violenta. Lombroso murió en 1909 pero sus visiones alarmistas sobre la prensa continuarían presentes en la mente de sus seguidores. Su discípulo R. Garofalo llegó a pedir la supresión "de los *periódicos* que describen minuciosamente los más horribles delitos" (1912: 217). En la mente de los primeros criminólogos positivistas, los periódicos populares eran vistos como factores criminógenos, aunque nunca llegaron a realizar ningún estudio serio sobre el tema, simplemente lo integraban en su etiología del crimen.

Los primeros intentos en demostrar los efectos perniciosos de los modernos medios de masas se producirían con la extensión del cinematógrafo a principios de siglo. El tema ocupó buena parte de la literatura penal de la época. En 1913 la *Société général des Prisions*, de París, debatió la influencia de la imagen sobre los delincuentes y poco después se elevaría al Ministerio de Justicia una propuesta para prohibir las películas incitantes e inmorales. Un año antes la cuestión había sido ampliamente debatida en la publicación norteamericana *Journal of the american institute of Criminal law and Criminology*. Las revistas penales de la época exponían bajo una aparente disciplina científica casos de delincuentes que confesaban el nexo entre sus delitos y las películas que habían vistos. El cine era visto como inmoral y pecaminoso y en España se promulgó una orden que separaba la audiencia por sexos en las salas cinematográficas.

El alarmismo por los efectos nocivos del cinematógrafo se hizo sentir también con fuerza en los Estados Unidos, donde las autoridades de algunos estados llegaron a ver en las películas los motivos de un aumento de la criminalidad. Todo ello conduciría a que en los años veinte se prohibiera la asistencia de

menores a las proyecciones y muchos países promulgaron la censura sobre el nuevo medio que tanto cautivaba al público.

En esta línea se desarrollaron las primeras investigaciones sobre violencia y medios de comunicación: comprobar si la presentación que hacían los medios de la criminalidad favorecía el comportamiento delictivo entre determinadas capas sociales. En estos trabajos confluyen dos enfoques teóricos: el de la criminología positivista de los años veinte y la teoría de la comunicación conocida como *la teoría de la aguja hipodérmica*. Es decir la existencia de un individuo de una debilidad anormal y muy fácilmente influenciable por los poderosos medios de comunicación.

El estudio de la influencia mediática había sido la piedra angular de las investigaciones desarrolladas por el norteamericano Harol D. Lasswell, considerado como uno de los padres fundadores de los estudios de la comunicación de masas. Lasswell dedicó buena parte de sus esfuerzos al análisis de la propaganda política desde el *Institute for Propaganda Analysis*. Sus teorías planteaban que "una sociedad, caracterizada por el aislamiento psicológico y la impersonalización, reaccionaba uniformemente ante los poderosos estímulos de los mensajes de los medios de comunicación" (Rodrigo 1989: 39).

Para comprender esta visión apocalíptica de la capacidad manipuladora de los medios de masas no hay que olvidar la experiencia vivida por la utilización de la propaganda durante la Primera Guerra Mundial y recordar el pánico que se produjo en la sociedad estadounidense después de que, en 1938, Orson Welles radiara su conocida versión novelada de *La guerra de los mundos*. Dichas consideraciones sobre la alienación social conectaban con los debates surgidos a principios de siglo entorno al concepto masa. En la reedición, en 1901, de su ensayo *La multitud criminal*, el sociólogo italiano Scipio Sighele describe a los periodistas como dirigentes y a sus lectores como "escayolas en la que su mano deja huella" (Mattelart, 1997: 19).

Eran tiempos en los que la radio aparecía como una gran máquina capaz de moldear el pensamiento. En 1946, el programa radiofónico británico *Dick Barton, Special Agent* fue uno de los pioneros en la narración de historias criminales. Adquirió gran popularidad, pero cayó en desgracia cuando diversos sectores conservadores acusaron al programa de irresponsable y de promover la violencia criminal. Aunque estas críticas eran las más habituales incluso entre los estudiosos de la cuestión criminal, es de destacar la opinión contraria de Richard Quinney en referencia al popular programa *The Lone Ranger*. El conocido criminólogo sostiene que el héroe enmascarado que perseguía a los malvados y a los criminales contribuía a afianzar la idea de una ley que acababa por imponerse a los desviados.

Paralelamente a los miedos relacionados con el medio radiofónico, destaca el debate que en los años cuarenta se generó en Estados Unidos entorno a la publicación de cómics. El tema fue estudiado por un comité legislativo creado para el caso. Dicho organismo recogió las investigaciones de destacados psiquiatras donde se afirmaba que la representación de actos criminales en las tiras de cómic influía negativamente en los niños y adolescentes.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, hasta los años cincuenta, existía en el mundo académico un consenso generalizado sobre la gran influencia de los medios masivos en los comportamientos delictivos. Esta creencia tiene un claro exponente en la obra de Cyril Burt *The Young Delinquent*, donde se reafirma la idea de las malas influencias del cine entre la juventud. En sus investigaciones, Burt argumenta que los *modos operandi* de los ladrones cinematográficos eran copiados por los jóvenes delincuentes y por los adolescentes vulnerables y mentalmente desequilibrados.

Dichos planteamientos estaban influenciados por la Teoría de la Asociación Diferencial, de corte psicológico, y el desarrollo del *Behaviorismo* que se impuso en Estados Unidos a partir de los años treinta de la mano del positivismo científico. Fueron Sutherland y Cressey quienes postularon que el comportamiento criminal es siempre un comportamiento aprendido. Y en este proceso de aprendizaje se encuadraban los mensajes mediáticos.

Resulta sugerente comprobar como esta cuestión y la planteada en párrafos anteriores todavía es objeto de un fuerte debate entre los diferentes ámbitos del saber y entre los mismos profesionales de los medios. Recientemente, la revista *Newsweek* preguntaba a sus lectores si el asesinato indiscriminado de escolares, ocurrido el mes de abril de 1999 en la ciudad norteamericana de Littleton, era el producto del consumo de películas como *Natural Killers* y recordaba a sus lectores que los dos jóvenes que ocasionaron la matanza eran asiduos consumidores de videojuegos violentos como *Doom* (en el que los participantes ganan puntos a costa de sumar muertes). Además, las páginas de la revista reproducían la radiografía digitalizada del "cerebro anormal" de un joven violento. De nuevo se nos presenta la reedición modernizada de la fotografía galtoniana que Lombroso utilizaba para demostrar los orígenes genéticos de su *delincuente nato*.

A pesar de todo lo planteado, lo cierto es que las numerosas investigaciones todavía no han aportado evidencias claras sobre las relaciones directas entre las narraciones mediáticas de la violencia criminal y los comportamientos desviados. La primera dificultad que afrontan la mayoría de los estudios sobre los efectos reside en el hecho de que difícilmente tenemos individuos que no estén expuestos directa o indirectamente a los medios de comunicación. La realidad social no es un laboratorio en el que se pueda suprimir el factor medios. Este hecho es reconocido desde los años sesenta por Albert Bandaura, quien aún reconociendo que las estrategias agresivas se adquieren fundamentalmente por aprendizaje social, afirma que las investigaciones sobre los efectos mediáticos representan tan sólo una parte limitada de las experiencias sociales. Por todo ello, sugiere la investigación de otros factores que se escapan al estudio de los medios.

Dicha idea también es compartida por algunos de los más destacados investigadores de la comunicación como J. D. Halloran, quien afirma que no se ha podido comprobar ningún caso en el que la televisión contribuya en gran medida a cualquier forma de comportamiento violento y que, como mucho, juega un papel menor.

Es decir, las investigaciones sobre los efectos mediáticos están inmersas en posicionamientos teóricos enfrentados, hecho que contrasta con la percepción

que tiene la opinión pública. La BBC encargó en 1994 una investigación para saber la opinión de la audiencia y el 82 por ciento de los encuestados manifestó su creencia de que había un nexo directo entre la violencia juvenil y la de la pantalla.

3. La construcción social de la violencia

Más allá del debate sobre los efectos, en las últimas décadas se ha afianzado en los estudios de la comunicación todo un conjunto de teorías que parten del concepto de construcción social de la realidad de Berger y Luckmann y las aportaciones de la sociología fenomenológica de A. Schutz. Si la mayoría de los estudios sobre los efectos estaban enmarcados en las teorías funcionalistas, estos nuevos enfoques se plantean investigar las formas en que los medios modelan el conocimiento que el sujeto tiene de la realidad. Para ello, desde una perspectiva interpretativa, se desarrollan investigaciones en tres campos: el de la producción y las rutinas profesionales, el estudio del contenido de la información y el análisis de las noticias como construcción de la realidad. Esta perspectiva considera la comunicación de masas como un proceso de mediación social en la creación de significados. Uno de los impulsores de esta nueva perspectiva, D. L. Altheide considera que los mass media modelan nuestras imágenes mentales sobre el mundo.

Estas teorías de la comunicación enlazan con los cambios que a finales de los años sesenta sufren los estudios criminológicos con la aparición de la *Nueva criminología* y la Teoría de la Reacción Social o Etiquetamiento (*Labelling approach*), que representa una revolución en el ámbito de la sociología criminal. Desde estos postulados, resulta pionero el trabajo de Stanley Cohen en *Folk Devil and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers* (1972) sobre los estereotipos y estigmas creados por los medios de comunicación en relación a las llamadas bandas juveniles. Cohen atribuye a los medios un poder de "ampliación de la desviación" y la creación "pánicos morales" en relación a dichos grupos. Cohen proporciona el primer estudio empírico de la amplificación de la alarma social producida por los medios de comunicación y sus consecuencias públicas.

Un año después, en 1973, Cohen publica junto con Jock Young el libro *The Manufacture of News*, donde investigan cómo los mass media seleccionan los acontecimientos relativos a la desviación, las nociones que utilizan en la realización de las noticias y el papel de los media en el control social. Su investigación es un intento por destapar los sistemas ideológicos presente en dichas instituciones públicas y en los medios de comunicación.

Los postulados establecidos por Cohen en *Folk Devil and Moral Panics* fueron problematizados por las investigaciones que, bajo la dirección de S. Hall, llevaron a cabo de forma colectiva Ch. Critcher, T. Jefferson, J. Clarke i B. Roberts, todos ellos miembros del Centro de Estudios Culturales de Birmingham, y publicadas en el libro *Policing the Crisis* (1978). Dicha obra analiza cómo los atracos con violencia llegaron a estar en el "ojo del huracán" de la política británica en los años setenta. Estos autores critican a Cohen el hecho de no haber explorado el papel de las instituciones penales en la creación de los procesos de etiquetamiento;

proponen la imagen de un circuito montado entre la policía, los jueces y los magistrados, los periódicos y los políticos, que se refuerzan mutuamente al definir un problema y al pedir una acción para resolverlo. Stuart Hall y el resto de investigadores analizan el proceso de fabricación de "imágenes públicas" por los medios y las demás instituciones del sistema penal.

Este conjunto de investigaciones desafían las visiones más simplistas y conservadoras de los medios de comunicación que tiene su expresión en la frase "los medios simplemente reflejan la realidad tal y como es". En esta dirección se desarrollan la mayoría de las investigaciones de los sociólogos británicos críticos que integraron la *Nueva criminología*. Constituyen un claro intento por definir nuevos modelos de análisis para el estudio sociológico de los medios de comunicación.

En esta línea es de destacar también el estudio de Jack Young sobre el rol de la policía como amplificadora de la desviación, negociadora de la realidad y traductora de los miedos sociales y la inseguridad ciudadana. Young analiza la relación existente entre las instituciones de control social y los alarmismos que generan los medios y demuestra como el "pánico moral" motivado por las informaciones criminales amplifica los estereotipos de la desviación hasta conseguir que estos se conviertan en la gran realidad perceptible por la sociedad.

Estas investigaciones muestran también un creciente interés sociológico por desvelar los procesos de producción de las noticias. Esta preocupación se desarrolla en Estados Unidos con los trabajos iniciados por la socióloga Gaye Tuchman y en el ámbito de la noticia criminal se ven ampliados por Mark Fishman en *La fabricación de la noticia* (1980). Dicho estudio constituye un verdadero trabajo etnográfico sobre la profesión periodística. Su autor analiza las llamadas *olas artificiales* de criminalidad que construyen los medios de comunicación con sus informaciones sobre los sujetos desviados. Fishman estudia como los medios crearon en 1978 una *ola de criminalidad* sobre el asesinato de ancianos en Nueva York que nada tenía que ver con la realidad, ya que los índices delictivos no mostraban un incremento de este tipo de delitos.

Esta idea ha sido retomada por el comunicólogo italiano Furio Colombo, quien, de forma irónica dice: "si existe el *serial killer*, existe también el *serial journalist*, que tiende a ocuparse siempre de las mismas noticias" (Colombo 1997: 65).

El caudal de investigaciones que se había abierto en Gran Bretaña sobre los mass media y el hecho criminal adquiere mayor relevancia con la obra de Steven Chibnall *Law and Order News* (1977). Es el primer estudio amplio sobre el periodismo criminal en dicho país. Chibnall analiza con detalle las relaciones que mantienen los periodistas y las instituciones penales y profundiza en los planteamientos realizados por Cohen y Young. Las aportaciones de Chibnall ponen al descubierto las lógicas profesionales existentes en las informaciones sobre el crimen. Plantea la existencia de "imperativos" que acaban condicionando la realización de las noticias y entre ellas destaca: la rapidez, la simplificación, la dramatización y la necesidad de presentar cada información como un hecho nuevo y sorprendente. Una lógica productiva que acaba marcando profundamente el discurso informativo.

4. La televisión y el crimen

La masificación del medio televisivo a partir de los años cincuenta produce cambios importantes en los estudios de la comunicación y el nuevo medio acapará, también a partir de los setenta, buena parte de los investigadores sobre el discurso de la criminalidad y su percepción social. Los estudios se centran en el análisis de los programas de información criminal y las series policiacas. En emisiones como *SWAT* y *Police Story* aparecían como descripciones reales las formas organizativas y operativas de los cuerpos policiales.

En los años setenta también aparecen *Cop Shows*, programas de ficción criminal que tienen como protagonistas a simpáticos y duros policías secretas que van a la caza del delincuente, como fue el caso de *Starsky and Hutch*, *Baretta*, *Columbo* y *Kojak*. La popularidad de estas teleseries ponía de manifiesto la gran atracción que generaron en la audiencia. Las productoras explotaron con habilidad tales demandas e hicieron de dichos productos un negocio universal que no conoció fronteras. Solamente habría que recordar que *Perry Mason* fue una de las tres primeras teleseries compradas por la incipiente Televisión Española, cuando sólo emitía escasas horas de programación.

Autores como Richard Sparks han puesto de manifiesto como la ficción criminal, además de ser un campo de expresión de las emociones ofrece una determinada manera de ver los ilegalismos. Es este sentido, se podrían articular como una herramienta más del control social. Dicho autor señala en su libro *Television and the drama of crime* que la criminalidad que muestra el mundo ficticio de la televisión está llena de estereotipos y se alinea con las visiones más conservadoras sobre la criminalidad. El fenómeno de la inseguridad ciudadana se presenta como una lucha entre buenos y malos, donde los policías aparecen como los héroes solitarios en la lucha contra el crimen.

También adquirieron gran popularidad los programas de reporterismo televisivo centrados en la cuestión criminal. Uno de los más conocidos sería *Crimewatch*, realizado por la BBC desde 1984 y *XY ungelöst* que empezó a emitir el segundo canal de la televisión Alemana a finales de los años sesenta. El éxito de este último llevaría a la Televisión Española a emitir a principios de los setenta el programa *Investigación en marcha*, presentado por el conocido periodista Enrique Rubio. Fue así como la televisión, con una capacidad de audiencia superior al resto de los medios, mostraba el funcionamiento de las instituciones del control penal y la criminalidad en programas del género de ficción y otros de corte realista.

Fueron significativos los trabajos Schlesinger sobre el programa *Crimewatch UK*. Schlesinger destaca la contribución de este programa al aumento del miedo de la audiencia a ser víctima de un delito. Esta sensación de inseguridad se vería incrementada después de que en junio de 1984, meses después del inicio del programa, se pidiera la colaboración del público para la resolución de los casos sin resolver que eran expuestos durante la emisión. Los presentadores de *Crimewatch*, Nick Ross y Sue Cook, escribieron en 1987 un libro en el cual ponían de manifiesto la gran colaboración de la audiencia en la resolución de los casos expuestos. En dicho libro, los autores llegan a explicar como durante la

reconstrucción de uno de los casos ocurrió que uno de los actores contratados fue confundido por el verdadero criminal por algunos vecinos y generó la alerta policial. En 1990 los responsables del programa declararon que los 686 casos expuestos durante los seis años de emisión habían posibilitado el arresto de 251 personas y un total de 171 condenas (Schlesinger y Tumber, 1993: 19-32). Los responsables de otro programa similar *Crimestoppers* afirmaron que sus emisiones habían producido el arresto de 600 personas relacionadas con diversos delitos.

Por sus características y las repercusiones sobre la audiencia, algunos investigadores como van Dijk y Schlesinger consideran este tipo de programa como verdaderos portavoces policiales donde, además, se convierte la búsqueda del desviado en una especie de entretenimiento. La constante aparición de policías en dichos programas les confiere a éstos un carácter oficial que intensifica en la audiencia la idea de que hay mucho delito y que el trabajo de la policía es la más importante para afrontar los ilegalismos. Como reconocen Nick Ross y Sue Cook, cada *Crimewatch* representa mensualmente más violencia que la que algunos oficiales de policía experimentan en toda su vida. En España, el periodista y director de cine Pedro Costa, que en 1993 realizó el programa *Al filo de la ley* declaro que mucho de estos programas "están manipulados por la policía, que hasta los asesoran y los presentan."[1]

Estas emisiones fueron estudiadas por los investigadores interesados en la sociología de la criminalidad. Buena parte de estos trabajos estarían influenciados por la Teoría del Cultivo que desde la sociología cultural desarrolló George Gerbner en un ambicioso proyecto denominado "Indicadores Culturales", en el que analizaba los mensajes simbólicos del medio televisivo y sus efectos sobre la audiencia. Las teorías de Gerbner sugieren que "la principal influencia de la televisión radica en su capacidad para comunicar ideas acerca de la conducta, las normas y las estructuras sociales. Es decir que el medio televisivo provee un entorno simbólico que puede moldear y organizar las experiencias sociales a través del sistema de valores que transmite. La idea central de Gerbner es que la televisión cultiva actitudes y valores que ya están presentes en la sociedad. Es decir los mensajes de la pantalla producen una resonancia cuando coinciden con las experiencias cotidianas. La Teoría de Cultivo considera a la televisión como un agente socializador y desde dicha perspectiva contempla el análisis de los programas y las teleseries policiacas, los cuales cultivarían una sensación de peligro, desconfianza y dependencia relativos.

Pero estas conclusiones han sido relativizadas por los investigadores canadienses Dobb y MacDonald, quienes en estudio publicado en 1979 pusieron de manifiesto que la sensación de inseguridad no tenía una relación directa con los programas televisivos, sino con otras variables como el entorno social en el que vive el individuo.

(1) Declaraciones efectuadas al diario español *La Vanguardia*, el 26 de agosto de 1993. Pedro Costa afirma en dicha entrevista que en sus orígenes *Al filo de la ley* era un programa que contaba con el beneplácito José Corcuera, entonces ministro del Interior, pero que dejó de ser visto con simpatías cuando emitió algunos reportajes sobre las mafias policiales.

A pesar de todo ello, el factor "calco" volvió a convertirse en el centro de los debates sobre los efectos televisivos sobre la inseguridad ciudadana, aunque, como ha puesto de manifiesto Halloran, la mayoría de sociólogos y criminólogos no consideraba a los mass media como la causa principal en la creación del sentimiento de inseguridad. Por el contrario, lo que si ponían de manifiestos tales debates era la preocupación por el miedo al crimen existente en la sociedad.

5. La vuelta del suceso criminal

El retorno que el suceso criminal ha experimentado en los mass media en las últimas décadas ha impulsado el desarrollo de numerosos estudios sobre la construcción social de la inseguridad ciudadana. Aunque buena parte de las investigaciones todavía siguen centradas en el análisis de los efectos, se han desarrollado otros estudios sobre el análisis del discurso y como éste construye un esquema simbólico sobre el orden y la moralidad. Es esta línea destacan los trabajos de los canadienses Ericson, Baranek y Chan que en 1987 publicaron *Visualizing Deviance* y cuatro años después *Representing Order. Crime, Law, and Justice in the News Media*. Para estos autores las noticias criminales representan un tipo de orden que ordena la moralidad, es decir dicen qué y quién es correcto, a la vez que proporcionan un sentido de la justicia. En este sentido, los medios y la ley son discursos de disciplina y organización social en constante diálogo. Ambos centran sus esfuerzos en proporcionar recursos, regular y resolver conflictos. Las noticias criminales incorporan aspectos de la desviación y del control social porque ello es importante "para hacer legítimas las relaciones de poder" (Ericson, Baranek y Chan, 1987: 342).

Los trabajos de estos autores muestran también una nueva forma de analizar las relaciones entre los medios y las instituciones del control social. En este aspecto el estudio de las fuentes de información se ha revelado como una de las cuestiones claves para comprender el estudio del discurso mediático.

El papel que juegan las fuentes institucionales en la elaboración de la información criminal ha sido también analizados por los ingleses Schlesinger y Tumber en *Reporting Crime. The Media Politics of Criminal Justice*, un valioso trabajo sociológico sobre el periodismo criminal en el cual plantean la influencia mediática en la toma de decisiones institucionales. Para dichos autores el tema clave es descifrar las relaciones que se establecen entre las fuentes de información y el periodista. Parten de la creencia, compartida por otros autores, de que los medios contribuyen al mantenimiento de la ideología dominante, pero establecen que entre éstos y las instituciones del sistema penal se crean complejas "negociaciones" y una lucha por la influencia. Es decir, el tema clave está en las relaciones que se establecen en la "definición primaria" de la noticia.

6. El caso español

En España apenas se han realizado investigaciones sobre el miedo al delito y los medios de comunicación. El único trabajo empírico serio tuvo lugar en Bar-

celona en 1985. Una comisión de especialistas creada por el gobierno local impulsó las primeras encuestas de victimización para conocer los miedos y la percepción de la inseguridad que tenían los habitantes del área metropolitana de Barcelona. En ese contexto, un grupo de investigadores de la Universidad Autónoma de Barcelona, dirigidos por Pere Oriol Costa, estudiaron las informaciones que sobre la inseguridad ciudadana aparecieron durante una semana en diferentes medios de comunicación de Barcelona (seis diarios, tres radios y dos canales de televisión). Su trabajo fue un análisis cuantitativo y cualitativo cuyos resultados fueron comparados con las encuestas de victimización.

Esta investigación reveló que los medios dedicaron un 1,8 por ciento de su espacio a temas relacionados con la inseguridad ciudadana. El medio que más espacio dedicó alcanzó el 3 por ciento. También puso de manifiesto que los delitos callejeros, aquellos que generan más inseguridad en la población, apenas tenían presencia en los medios, los cuales, por el contrario, centraban la mayoría de sus noticias en delitos violentos. Por todo ello, los autores del estudio afirmaban que "el tratamiento periodístico de los delitos amplifica la percepción de ciertos delitos" (Oriol Costa, 1984: 44). El estudio confirmaría también los resultados de otras investigaciones realizada fuera de nuestras fronteras en las que se afirma que la mayoría de los actores de las noticias son personas o organismos del sistema penal. Es decir, ellos son los principales proveedores del relato informativo. De la misma manera se vieron confirmados los postulados teóricos que establecen que las noticias sobre el mundo de la criminalidad son presentada sin contexto alguno, sin elementos que ayuden a reflexionar sobre sus orígenes. Una parte de estas investigaciones serían publicadas por dos de sus autores, Dolores Montero y Pérez Tornero, en el libro *El País o la referencia dominante* bajo el titulo *La crónica de delitos en 'El País'*.

Han pasado quince años y dicho trabajo continúa siendo único en su campo. Por el contrario, hay que destacar numerosos estudios específicos sobre temas relacionados con la droga, violencia juvenil, etc. Investigaciones parciales que no ofrecen una visión global sobre el tema planteado.

En el ámbito teórico cabe destacar los trabajos de Amparo Moreno sobre la prensa de sucesos durante la dictadura franquista. Moreno analiza como las crónicas delictivas ofrecen un interesante punto de vista para analizar los modelos de marginación y movilidad social. El tema del suceso, la criminalidad y la violencia ha sido también analizada por Gérard Imbert en su libro *Los escenarios de la violencia*, donde analiza el tema desde un punto de vista interdisciplinar. En esta línea hay que señalar también el artículo *El drama del delito en los mass media* (1998) del autor de estas líneas.

7. A modo de conclusiones

La primera constatación que podríamos hacer es que, como señala en su informe de 1995 el comité del Consejo de Europa sobre los medios de comunicación de masas, existen pocos estudios teóricos y empíricos sobre los medios de comunicación y la criminalidad realizados desde una perspectiva criminológica.

Como se ha podido ver a lo largo del artículo, la mayoría de las investigaciones han estado centradas en descubrir los efectos del discurso mediático sobre la inseguridad, la criminalidad y la violencia. Aunque existen investigaciones centradas en la producción de las noticias éstas siempre han sido desarrolladas desde la lógica de los medios y casi nunca desde el análisis de los aparatos del sistema penal. Por el contrario, son numerosos los estudios cuantitativos y cualitativos sobre el discurso, aunque siempre adolecen del gran interrogante que supone el establecer una relación entre lo dicho por los medias y la formación de la opinión pública.

Las zonas de consenso entre las investigaciones expuestas podrían resumirse en los siguientes puntos:

1. El miedo a la criminalidad violenta es uno de los grandes temas de la sociedad actual. No es algo reducido a pequeñas capas sociales, sino que su percepción se ha extendido de forma notoria en las últimas décadas.

2. Paralelamente a esta sensación de miedo, ha resurgido un gran interés social por la narración del hecho criminal y los medios ofrecen un espacio de contacto sin riesgo con lo desviado.

3. Los medios de comunicación hacen pasar los hechos desviados por su lógica productiva. Los manufacturan con un lenguaje, en un tiempo y en un espacio determinado. En definitiva con una rutina y unas fases burocráticas que condiciona el relato informativo que después es consumido por la opinión pública.

4. Los medios presentan *olas artificiales de criminalidad* que nada tienen que ver con la realidad social. Centran su atención en los delitos violentos cuando las estadísticas criminales dicen que estos constituyen sólo una pequeña parte de la realidad criminal.

5. En el discurso mediático sobre la violencia criminal se da, en muchas ocasiones, una fusión entre realidad y ficción que acaba construyendo una nueva percepción sobre el objeto tratado.

6. Las informaciones y los programas de ficción etiquetan y estigmatizan determinados comportamientos. Simplifican terriblemente la realidad.

7. Aunque no se pueden establecer una relación absoluta entre el mensaje de los medios y la sensación de inseguridad, buena parte de las investigaciones señalan relaciones sólidas entre las *olas informativas* y el miedo al delito, que adquieren una notable importancia en determinados sectores sociales entre los que se detecta el llamado *sindrome de punibilidad*.

8. Del mensaje mediático se deduce siempre una resolución del conflicto que pasa por la intervención de los aparatos del estado que forman parte del control social duro.

9. Los organismos políticos y penales están demasiado pendientes del mensaje mediático y por ello pueden ser fácilmente influidos por las informaciones que aparecen en los media.

10. Los mass media no son los causantes del interés social por los relatos de la criminalidad violenta, pero lo explotan porque funciona como un producto rentable, de fácil producción y consumo.

Bibliografía

BARATA, F. "El drama del delito en los mass media", en *Delito y Sociedad.* n. 11-12, 1998, p. 59-68. El mismo artículo puede encontrarse en catalán en *Trípodos*, Facultat de Ciències de la Comunicació Blanquerna, Universitat Ramon Llull, 1996. p. 69-81.

BAKER, M. Stuart Hall, controlando la crisis, en Baker, M. y Beezer A. (ed.) *Introducción a los estudios culturales*, Barcelona : Bosch, 1994.

COLOMBO, F. *Últimas noticias sobre el periodismo.* Barcelona : Anagrama, p. 65.

ERICSON, R; BARANEK, P y CHAN, J. *Representing Order. Crime, Law, and Justice in the News Media.* Toronto : University of Toronto, 1991, p. 342.

GARCÍA, S. y RAMOS, L. *Medios de comunicación y violencia.* México : Fondo de Cultura Económica, 1998.

GAROFALO, R. *La criminología.* Madrid : Daniel Jorro, editor, 1912 (Traducción de Pedro Borrajo), p. 217.

IMBERT, G. La intimidad como espectáculo: de la televerdad a la telebasura, en *Revista de Occidente*, n. 201, 1998.

LOMBROSO, C. *El delito. Sus causas y remedios.* Madrid : Librería General de Victoriano Suárez, 1902 (Traducción de Bernardo de Quirós), p. 295.

MATTELART, A. y MATTELART, M. en *Historia de las teorías de la comunicación.* Barcelona : Paidós, 1997, p. 19.

MONTERO. M. D. *La información periodística y su influencia social.* Barcelona : Labor, 1993.

ORIOL COSTA, P. y otros. *Del orden público a la seguridad ciudadana. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prensa y Medios de Comunicación.* Barcelona : Comisión Técnica de Seguridad Urbana del Ayuntamiento de Barcelona, 1984, p. 44.

RODRIGO, M. *Las modelos de la comunicación.* Madrid : Tecnos, 1989, p. 30.

ROSS, N. y COOK, S. *Crimewatch UK.* London : Hodder & Stoughton, 1987.

SCHLESINGER, P. y TUMBER, H. Fighting the war against crime. Televisión, Police, and Audience, en *British Journal of Criminology*, vol. 33, n. 1, 1993, p. 19-32.

COHEN, S. i Young J. (eds.). *The Manufacture of News.* London : Constable, 1981.

14

ENSAIO SOBRE A HISTÓRIA DA CRIMINOLOGIA COMPARADA A DA PSIQUIATRIA

JOE TENNYSON VELO

"As coisas passam-se no mundo como nas comédias de Gozzi em que aparecem sempre as mesmas pessoas, com idênticas intenções e idêntico destino; o assunto e os fatos diferem sem dúvida em cada intriga, mas o espírito dos acontecimentos é o mesmo" (A. Schopenhauer, "Dores do mundo").

SUMÁRIO: 1. Ensaio de duas histórias – 2. Semelhança de problemas – 3. A consciência e o poder – 4. Críticas também comuns – 5. Conclusão.

Resumo: A História da Psiquiatria, se comparada ao que há de característico no trato da delinqüência, permite compreender a manifestação de uma tendência humana de real importância: a exclusão e o controle da personalidade. A partir disto, principalmente com apoio em trabalhos de Michel Foucault, o criminólogo jurista pode imaginar um futuro mais consciente para a Criminologia.

Palavras-chave: Ensaio – Criminologia – Psiquiatria – História – Foucault – Poder.

1. Ensaio de duas Histórias

Quando o assunto visado envolve movimentos históricos típicos de mais de um contexto de conhecimentos e que, por conseguinte, pressupõe o enfrentamento de fatos diversificados, mas cuja concatenação ainda pode ser realizada com certa originalidade, nada mais conveniente que por primeiro se procure promover um ensaio. Na literatura, ensaiar também é uma prudência. Seu valor, evidentemente, é menor do que a versão final da obra, tenha ela qualquer natureza, mas nem por isso carece de importância e mesmo necessidade. É através do ensaio que se despertam expectativas, antecipam-se eventuais críticas e prevêem-se obstáculos. Principalmente quando se exercita um pensamento, a função do ensaio é preparar possíveis raciocínios que possibilitarão ajuntar dados e estruturar um viés a ser percorrido. Neste sentido, a tentativa que ora é apresentada é um treino para uma dissertação que dará ênfase à importância de atitudes psicológicas e políticas respeitantes às transformações que se operaram no pensamento criminológico para, com isso,

também *se fazer criminologia*; é lidar com dados históricos em sua dimensão espontânea e crítica; é destacar prováveis significantes e assumir uma observação teórica para concluir algo acerca deles. Trata-se de um ensaio, não exatamente sobre como a História da Criminologia tem se comportado, qual sua dinâmica, ou quais acontecimentos e respectivas datas determinam seus principais eventos, mas sim como essa História pode ser interpretada. O objetivo do trabalho é investigar por meio de que artifícios e regras a verdade criminológica está sendo mostrada como experiência histórica, tendo-se como referência algumas demonstrações buscadas na História da Psiquiatria. Outrossim, quando fenômenos tais como a criminalidade e a doença mental – esta o mais conhecido objeto da Psiquiatria – estão envolvidos, é ainda indispensável alusão ao pensamento como os de Michel Foucault (1926-1984), Friedrich Nietzsche (1844-1900) ou Thomas Kuhn, talvez os sociólogos mais influentes das últimas centúrias. Foucault, em especial, é uma fonte irrenunciável, em virtude de sua capacidade de captar a essência política de praticamente todas as instituições, cuja fundamentação prática é a sujeição humana a uma forma de exercício de poder.

E por que a História será usada? Diga-se a História "particular", aquela que traduz os acontecimentos que determinaram a construção do pensamento psiquiátrico e do criminológico e que influenciaram a vida de um relevante número de pessoas, como a dos doentes mentais, dos criminosos, dos juristas e dos médicos. Sua importância está longe da unanimidade. À exceção dos historiadores profissionais, não raro a História é considerada tão-somente alegoria, conjunto de curiosidades sem alguma implicação presente ou futura, cujo estudo é desnecessário para a compreensão dos atuais problemas epistemológicos e da *praxis*. Todavia, o que se constata através de eminentes estudos é a própria necessidade de uma adequada observação do passado para a realização ou crítica prudente do presente. Importa ver a História não como mero determinismo, mas como importante referencial, como significado que as instituições relativas à Psiquiatria e à Criminologia assumem. Foucault se referiu a uma *arqueologia do saber* para demonstrar certos vícios e políticas do pensamento científico e sociológico contemporâneo e que se aplica a qualquer área do conhecimento. A Criminologia, qualquer que seja seu *status*, tem uma história muito próxima da Psiquiatria, e são suas tradições e metamorfoses que viabilizam um estudo não apenas comparativo, mas sobretudo revelador das técnicas e formas de pensamento que foram e são ainda influentes na construção de seus saberes. A Criminologia, cabe já antecipar, embora isto já tenha sido dito de outra forma, deve assumir um papel estratégico no âmbito das Ciências Criminais, com detalhes que estão para ser definidos, mas que deverão representar uma reavaliação dos estudos etiológicos como aperfeiçoamento do discurso crítico.

Por outro lado, quando se fala da História, visa-se dissertar sobre os movimentos psicológicos que agenciaram a elaboração das duas fundamentais categorias da Criminologia e da Psiquiatria, quais sejam, respectivamente, o conceito de crime e de doença mental.[1] Alguém poderia dizer que o primeiro conceito está

(1) Para este ensaio a noção de categoria é a menos dogmática e a mais geral proposta pela Filosofia. Trata-se de uma convenção sobre um conjunto de atributos, reais ou imaginários, inerentes a um dado fenômeno conceituado, ou, como prevê Nicolas

relacionado somente com o Direito Penal e não com a Criminologia. Atualmente não é correto pensar assim, pois não há como negar que as perspectivas criminológicas de feição crítica servem para inserir a própria dogmática penal no debate criminológico. Sem dúvida, por necessidade empírica inerente ao próprio exercício da ciência penal, o Direito Penal é assunto de Criminologia.

Para aproximar a Psiquiatria da Criminologia não é preciso seguir repetindo a fórmula *crime e loucura*, academicamente já um tanto surrada. Uma importante questão, comum a ambos os campos do conhecimento, diz respeito aos movimentos psicológicos que induzem os poderes inerentes ao trabalho do médico e do criminólogo jurista.[2] Daí porque é sempre oportuno fazer referência ao trabalho de Foucault, cuja genialidade não é alcançável. O aspecto comum ao trabalho de tais personagens é marcado pela constante *normalização*, no sentido de se procurar *normalizar alguém*: a História mostra que o psiquiatra sempre tenta normalizar o doente, enquanto o criminólogo, não longe disso, até o aparecimento das considerações críticas, também está muito ocupado em encontrar as melhores receitas, senão para levar as pessoas a agirem segundo preceitos jurídicos, ao menos para explicar porque alguns agem conforme os preceitos e outros são marginais a eles. A questão que surge é a seguinte, conforme alerta certa vez feito pela Profª. Maria Tavares Cavalcanti: de tanto tentar normalizar o homem ou pesquisar os fatores que influenciam seus comportamentos, não se está apagando o rosto do próprio homem? Ou seja, as normas não estão ofuscando os seus sujeitos, tanto os normalizados, quanto os normalizadores? A impressão sentida é de que por vezes a atitude de normalizar está atendendo muito mais a uma necessidade íntima ou psicológica do normalizador do que a uma necessidade apenas social ou política de sérias implicações. Imagina-se que as normatizações são pessoais e ao mesmo tempo coletivas enquanto tendências, e que é indispensável levar sempre em conta estes dois aspectos. O homem é seu sintoma, diriam Freud e Lancan,[3] ou seu crime, pode-se deduzir do clássico texto *O mito da reeducação* de Giuseppe Bettiol. A isto seria possível acrescentar: os homens são suas normas. Não é somente o jurista que estabelece normas para a experiência dos limites do ser humano, os psiquiatras, é evidente, também o fazem. *Normalizar* e *normatizar* são ações de igual implicância e significam o ato de fazer com que um indivíduo (ou algum afeto) se manifeste conforme um preceito ou interesse determinado. A problemática que une a Ciência Criminal e a Psiquiatria se acha expressa por demais em formas coletivas. Há uma tendência humana típica, consistente em normalizar, controlar ou regrar a vida, própria ou alheia. É esta

Abbagnano (*Dicionário de filosofia*, São Paulo : Mestre Jou, 1982, p. 114) uma noção qualquer "que sirva como regra para a investigação ou para a expressão lingüística em qualquer campo".

(2) Refiro-me ao "criminólogo jurista" porque é conveniente para este ensaio distinguilo do, assim chamado, "criminólogo clínico", cuja atuação profissional às vezes é equiparada ao do psiquiatra que analisa a personalidade do criminoso.

(3) Bordeaux: memória ou história? As aventuras de uma brasileira em um congresso de pisiquiatria cujo pasmen, a História. In: *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro : ECN, 47 (10):537, 1998.

tendência (arquetípica), enquanto expressão de busca quase incontrolável de poder, que a Criminologia moderna e a Psiquiatria de hoje não podem olvidar. É certo que o psiquiatra ou o jurista jamais conseguirão mudar o mundo dos perturbados mentais ou dos criminosos, contudo estes profissionais podem e devem ficar atentos às estruturas culturais que influenciam não só o comportamento das pessoas e seus estados patológicos, como também o comportamento deles próprios enquanto agentes da ciência. Se algum movimento tem estado mais inconsciente do que consciente, vale dizer, se a Psiquiatria e o conhecimento jurídico que até agora foram construídos mostram-se equivocados em vários aspectos a ponto de comprometerem o uso de seus principais conceitos, a mudança talvez deva começar pela destruição dos próprios conceitos ou, ao menos, pela renúncia da maneira como são aplicados, cabendo aos seus autores iniciarem, a partir deles, as mudanças de pontos de vista. Neste contexto, o processo de conscientização será sempre um processo político.

Em segundo lugar, destaca-se aquilo que Foucault chamou de *proeminência* ou *genealogia*, consistente na identificação dos acidentes históricos, das rupturas entre saberes e as conseqüências deles. Ver a História com os olhos marcados pela sociologia traçada pelos autores acima nominados é compreendê-la como sinal de descontinuidades, como apresentação de conhecimentos que nem sempre são cumulativos, mas radicalmente heterogêneos, nada que se assemelhe à evolução de uma espécie de ciência e sim como uma história de erros e de vaidades que são comuns em vários aspectos. Nietzsche não pensou muito diferente. Ele repudiou a afirmação de que a História fosse progressiva ou demonstração de pensamentos que evoluem ou se aperfeiçoam naturalmente. De seu banco de idéias, Nietzsche indagava sobre quais filósofos modernos podem ser comparados a Platão ou Spinoza ou quais artistas podem ser comparados a Fídias ou Michelangelo? Porque ao olhar as produções dos melhores artistas e filósofos, os mais recentes não aperfeiçoaram quase nada; o que fizeram foi traçar novas perspectivas, amiúde pobres de conteúdo ou criatividade. Interpretando o filósofo, Thomas Ransom Giles escreve que "nem a história mundial, nem a evolução relatam a história do progresso e, sim, o acréscimo fútil e sem fim de zeros que todavia não consegue mostrar que a vida pode ter valor ou sentido. Não nos ensina a ter fé no futuro. Na procura de tirar consolo dessa contemplação, Nietzsche olha para a História, não como progresso e, sim como uma alegoria atemporal".[4] Os pensamentos de Nietzsche eram muito velozes, todos sabem o quanto ele sofreu por isso, o que não retira alguma procedência de sua consideração. Foi radicalizando os fatos que ele despertou e continua despertando a atenção de muitos intelectuais. Esta importante *observação filosófica* pode ser pano de fundo para que neste ensaio sejam comentadas as coincidências significativas entre a História da Psiquiatria e da Criminologia, para, a partir de suas identificações, pelo menos ser possível imaginar melhoras no âmbito do pensamento criminológico e, por extensão, do Direito Penal. Com efeito, se a Psiquiatria está atualmente bastante comprometida com uma reforma de saberes e de práticas, com implicância decisiva na vida dos *anormais da psique*, a princípio é interes-

(4) *História do existencialismo e da fenomenologia*, São Paulo : E.P.U., 1989, p. 33-34.

sante analisar até onde a reforma de mentalidade, experimentada ou simplesmente debatida em seu meio, pode implicar opiniões úteis aos criminólogos, uma vez que os movimentos teóricos e políticos da Criminologia de certo modo têm acompanhado os mesmos acontecidos dados no campo da Psiquiatria.

Enfim, o pesquisador é forçado a imaginar a possibilidade de um mundo melhor, apesar da sentença *nietzscheniana*, apesar das rupturas, dos conflitos e das vaidades que preponderam na prática científica. É no que existe de tendencioso na Psiquiatria e na Criminologia, enquanto bandeiras de construção de saberes e exercício de poderes, que uma pode se espelhar na outra para agir ou para tê-la como exemplo a não ser seguido. A "História, como memória de grupo humano, ajuda a moldar, para o bem ou para o mal, a consciência coletiva, e desperta a atenção do indivíduo para o mundo, mesmo o de ontem e o de amanhã".[5]

Os acontecimentos que fazem parte da construção do saber criminológico, bem assim do psiquiátrico, como não poderia ser diferente, são marcados por ideologias que também influenciaram a economia, a política e a cultura nos dois últimos séculos. Antes disso, não havia propriamente epistemologia relacionada a esses conhecimentos, mas apenas discursos políticos, descomprometidos com os estudos da Universidade, a instituição sede para aperfeiçoamento de conhecimentos e ensino de saberes e técnicas. Somente quando a Universidade adquire personalidade social destinada à divulgação do saber, reconhecida pelos governos e religiões, é válido dizer existirem conhecimentos oficiais a respeito de diferentes questões. A partir do poder assumido pelos universitários, as condutas humanas passam a ser interrogadas por pessoas que desejam estudá-las e "normalizá-las". Mas esses indícios, economias, política, cultura, apenas esboçam uma probabilidade de os conhecimentos seguirem certa performance. Dentro das primeiras academias sempre houve contestadores que trabalhavam idéias diferentes da maioria, e muitas vezes foi através deles que as rupturas aconteceram para que novidades surgissem. A História da ciência é marcada muito mais por essas rupturas do que pela tradição.[6]

2. Semelhança de problemas

A coincidência de atitudes entre algumas autoridades jurídicas e médicas ficou mais flagrante com a aproximação do século XVIII. Antes disso, os procedimentos prescritos para o trato com o criminoso e com o doente mental em particular, estavam um tanto dispersos e não bem definidos, pois ainda não havia construção de conceitos ou a consolidação de categorias científicas. Assim, quanto

(5) Prefácio de George Rosen para a 2.ª ed. norte-americana de *Uma história da saúde pública*, São Paulo : UNESP, 1994.

(6) Como escreveu Thomas Khun, "talvez a ciência não se desenvolva pela acumulação de descobertas e invenções individuais", tornando-se difícil conceber o desenvolvimento científico como um processo de acréscimo (*A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo : Perspectiva, 1994, p. 21).

ao criminoso, houve o tempo dos padecimentos caricatos sofridos em homenagem ao poder punitivo: os suplícios. Atendendo à situação francesa do século XVII, em *Vigiar e Punir* (1975) Foucault definiu o suplício como técnica que não deve ser simplesmente equiparada aos extremos de uma raiva ilegal. Havia regras bem definidas acerca do suplício. Ele obedecia a um básico critério: produzir certa quantidade de sofrimento à pessoa a título ilustrativo ou exemplar, pois a mensuração não era tanto comprometida com a gravidade, dolorosidade ou proporcionalidade ao delito praticado, mas sim com sua eficácia enquanto intimidação popular através de publicidade. O suplício só tinha valor como espetáculo público que causasse temor e respeito à autoridade.[7] Imagina-se que, por conta das execuções públicas, os espectadores conseguiam transferir ao executado boa parte de afetos insuportáveis, fazendo-o virtual *bode expiatório*. É a única explicação para o interesse em se presenciar atos de grotesca selvageria como o esquartejamento ou a decapitação. Ocorre que o temor e a respeitabilidade, que as autoridades tanto esperavam da população, em certo momento foram tidos como inócuos. De repente, diante daquele teatro, as pessoas foram percebendo o estado de vulnerabilidade em que viviam, sujeitas que estavam a um dia representarem o papel do *bode*. Nada melhor do que uma excelente apresentação teatral para que consciências sejam despertadas. Então, estrategicamente o suplício público aos poucos foi abandonado, mesmo porque a população começou a manifestar revolta e outras desordens diante das execuções. Em tempos modernos, um dos estratagemas articulados pela Criminologia não é outro senão proporcionar nova conscientização sobre os excessos do poder punitivo. Guardadas as proporções e tomando-se um exemplo do dia-a-dia, principalmente nos grandes centros do Brasil, a população sente-se vulnerável à violência policial em nível, tanto ou – dependendo do lugar – até maior, do que em relação à criminalidade *oficial*.

Se o criminoso nesse período era punido e cruelmente usado como instrumento de consolidação da autoridade do poder que punia, o perturbado mental, da Idade Média[8] até por volta de 1650, à sua maneira também divertia o povo, mas por enquanto não era objeto usado por algum poder. A loucura era situação pitoresca, porém tolerada, pois ainda não havia estudos oficiais, de qualquer ordem, sobre como controlá-la ou tratá-la. Não havia interesse de depositar na loucura qualidades que justificassem sua exclusão. Era mais exaltada face à sua excentricidade, embora o Clero sempre tivesse alertado sobre os indícios da

(7) "O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção antecipada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos 'excessos' dos suplícios, se investe toda a economia do poder" (*Vigiar e punir* 19.ª ed., Petrópolis : 1999, p. 32).

(8) Pode-se dizer que a Idade Média na Europa continental iniciou depois da queda do império romano no Oriente, a mudança de Constantino para Bizâncio (330 d.C.), a completa separação entre Roma e Bizâncio e a consolidação do Império Romano do Ocidente (Constantinopla). Cobre um período de cerca de mil anos.

influência satânica no comportamento de pessoas muito estranhas, ditando conselhos. Durante o primeiro período medieval – a chamada "Idade das Trevas" (500-1000 d.C.) – de regra a doença era vista como conseqüência de hábitos pagãos. Apesar da autoridade da Igreja que caracterizou aquele tempo, ainda sobreviviam velhos costumes e ritos não cristãos, como a magia e a feitiçaria. Dependendo do problema e de quem o sofria, o Clero atribuía a esses costumes pagãos a causa do adoecimento, visto como punição ou resultado da possessão pelo diabo.[9] O perturbado mental não era exatamente um doente que merecesse atendimento médico, mas nem por isso, dependendo de sua expressão, ficava isento, vez ou outra, da censura religiosa. Com efeito, mais do que com o comportamento diferente ou estranho, a tendência humana de *excluir* estava principalmente ocupada com os criminosos e, dentre os doentes, com os leprosos, dado o seu número e a gravidade da situação. Os criminosos eram punidos exemplarmente, e os leprosos, não criminosos, mas doentes por também serem culpados, eram isolados, expulsos, trancafiados nos leprosários. Aos leprosos somente se dispensavam comentários, pois suas dores eram naturalmente infligidas pela própria doença. Ademais, um sentimento de piedade recomendava não colocar a culpa dos leprosos à discussão pública, porquanto bastava retirá-los do meio comum para não contaminarem os sadios, ou os inocentes.

Informa Foucault em *História da Loucura na Idade Clássica* (1961) que, entre a alta Idade Média e o final das Cruzadas, multiplicaram-se os leprosários por toda a Europa. Quando, por volta de 1635, a lepra permite uma trégua e os estabelecimentos que os amaldiçoados habitavam perdem importância, os locais ficaram à disposição para abrigar outros excluídos. Logo serão povoados por incuráveis, loucos, enfim, vários marginais que pertenciam à nova categoria de seres *diferentes*. Como a Europa estava cheia de locais então destinados principalmente aos *doentes perigosos*, aqueles capazes de transmitir o mal que portavam, era tempo não de transformar a mentalidade, mas de eleger novos *bodes expiatórios*, desta vez através de novos estigmas. Tudo indica que a partir desse tempo o homem ocidental decidiu não encarar suas próprias fraquezas e a desgraça humana que crescia diante de seus olhos. Assim, a *exclusão* antecede a *normalização*. Subjacente a tudo, e sempre, a tendência de não se querer enfrentar situações de horror, de medo, de penúria espiritual. O exercício do poder tem gênese na necessidade do indivíduo poupar os próprios sentimentos através da vida de um outro.

Com o fim dos leprosários e dos suplícios percebe-se que os dois principais focos de atenção do poder e favorecedores da tendência de excluir, decorrente de suas típicas vulnerabilidades, continuarão a ser o criminoso e o doente. Com uma importante novidade, qual seja, a respeito deles é iniciada a construção de saberes, de conceitos que estruturam práticas e que virão fundamentar, sob o manto de cientificidade, a estigmatização anterior. Em *Arqueologia do Saber* (1969) e *O Nascimento da Clínica* (1963), Foucault faz referência à *história da verdade,* seguida por uma *política da verdade.* A primeira refere-se à produção do saber,

(9) ROSEN, George, op. cit., p. 52.

das categorias metodológicas, dos discursos e das formulações teóricas com pretensão à cientificidade. Neste caso, Foucault investiga a linha histórica dos discursos segundo o espaço político e institucional dos campos onde se situam os saberes, onde eles adquirem prestígio e reconhecimento da comunidade, científica ou não. Aqui se afirma a *história das problematizações*: alguns fatos são escolhidos como importantes para a reflexão ou investigação empírica, outros não. A escolha é feita seguindo ordem hierárquica que obedece à relevância dos assuntos e dos problemas levantados pelas pessoas que promovem os discursos e dirigem as instituições; muitas vezes o critério não vai além do mero modismo. Assim, por exemplo, mesmo hoje é sentido que nas Faculdades de Direito a moda nos últimos tempos tem sido a fixação de linhas de pesquisa acerca dos direitos do consumidor e da proteção do meio ambiente. São assuntos de inegável importância, haja vista novas relações que o sistema capitalista tem proporcionado. Contudo, tais temas não diminuem em nada outros que podem ser desenvolvidos. Também é percebido que nessas faculdades os problemas apresentados pela Psicologia ou pela Filosofia nem sempre são bem recepcionados pelos alunos, pois a preferência dos debates gira em torno da dogmática (por envolver assuntos principalmente exigidos em concursos públicos ou exames da ordem dos advogados), da economia ou de política sobre direitos humanos. Isto traduz carência de conhecimentos básicos e que diminuem a qualidade dos resultados. A bem dizer, a universidade tem perdido muito de sua capacidade porque suas faculdades estão cada vez mais isoladas uma das outras. É crise de base e não de especialidades. A história arqueológica dos saberes, portanto, funda-se numa análise das idéias e dos discursos através da análise dos trabalhos escritos, das teses que são aceitas e aclamadas, das palestras que são admitidas e dos palestrantes que são convidados. Desde o período clássico (final da Idade Média e início do século XVIII) as universidades relutam em investigar alguns problemas ou, quando o fazem, é de modo pouco expressivo. Além disso, permitem que apenas algumas pessoas estudem esses problemas.

A segunda referência de Foucault, a política da verdade, concerne às relações entre a produção da verdade e as possibilidades de aperfeiçoamento do poder. Aqui se trata de demonstrar o caráter eminentemente político das construções do conhecimento. Este é estratégico como instrumento de luta e defesa da autoridade. O conceito de crime e o de doença serão estratégicos, instrumentais, fundamentadores: a loucura e a necessidade de seu enclausuramento, a anomalia e a necessidade de sua exclusão, a delinqüência e a necessidade de seu aprisionamento, são maneiras de sustentação do poder, razão pela qual teorias debatem e se confrontam sobre o que deve ser crime, quando reconhecê-lo, quais suas causas, ou o que é doença, quais critérios de diagnóstico são válidos, o que fazer com o perturbado mental. O pensamento de Foucault tem a ver com o saber que tem pretensão à cientificidade. Como bem informa Vera Postocarrero, "a proposta de Michel Foucault se afasta do tipo de história da ciência que busca saber como foi possível constituir um domínio científico contra um nível pré-científico; ele não pergunta "por que progredimos?", o que importa para ele é "como isso se passa?", pois prevalece a afirmação de que todo saber é político; isto é, tem sua

gênese ligada a um determinado feixe de relações de poder".[10] Necessário abrir um pequeno parênteses. Talvez seja importante lembrar que provavelmente muitas das observações inseridas neste ensaio não tenham sido imaginadas por Foucault, ou ao menos motivado-o a escrever exatamente sobre elas. Suas alusões são tomadas aqui como base para a advertência sobre a tendência humana relativa ao exercício do poder. Os resultados obtidos por Foucault são sintomáticos e servem para discursar sobre a importância de estruturas mentais que dão segurança – ainda que ilusória – de tal forma às pessoas, que permitem possam elas se orientar segundo valores éticos estabelecidos para a construção de um mundo considerado conveniente para a maioria, mas que, doutra banda, caso não sejam conscientizadas, geram equívocos. O ensaio promove a argumentação de que esta mesma tendência ao poder tem raízes mais complexas, pois comprometida com a supremacia da consciência, da busca pelo controle, externo porque interno. Fecha-se o parêntese.

É certo que o momentâneo esvaziamento daquelas casas para leprosos ficou também marcado pela alteração do quadro social, provocada pelo acentuado aumento populacional na Europa, pelo Mercantilismo e pela mentalidade da Renascença (1500-1750), sinalizadores da aurora de um novo período no processo de desaparecimento da civilização medieval. Empenhados na indústria e no comércio, os habitantes dos principais centros europeus desenvolveram uma classe social, a burguesia, mas onde a postura consciente não é radicalmente nova. A maior liberdade e alternativas de busca da riqueza provocaram transformações tecnológicas e de comércio e incentivaram diferentes formas de conhecimento e maneiras de alcançar o mesmo poder. A conseqüência, desta vez, foi uma maior valorização moral e jurídica das relações de propriedade. Assim, duas ordens de motivos irão modificar a forma de lidar com o criminoso. A primeira concerne ao reconhecimento da ineficácia dos suplícios, sua incapacidade de intimidar, além do real perigo de qualquer um, inclusive o soberano, poder ser vítima deles. Ademais, a justiça que se notabilizava através dos suplícios era cara, descontínua, incerta, lenta, privilegiando certos criminosos e exagerando na punição de outros; era uma justiça sobretudo usada como instrumento do poder absoluto e que não atendia a outros interesses da população. A "vítima" dessa justiça em sua maioria era composta pelo criminoso vagabundo que causava poucos prejuízos, ou mesmo imoralidades. Para suprimir tais práticas de justiça, chegou-se a desenvolver algumas teses humanitárias, mas que, na verdade, não foram o principal fundamento da mudança. De outro lado, como no século XVIII a sociedade transformou-se culturalmente e o absolutismo estava em claro declínio, as relações e os interesses econômicos se alteraram. Pode-se afirmar que o complexo (configurador da expressão da tendência à exclusão) assumiu novos contornos. Nesse novo tempo, o criminoso, por pouca coisa, não deve ser escandalosamente torturado, porque a ordem manda suavizar a punição e observar novas estratégias. Foucault é convincente ao explicar uma das faces da mudança de atitude. A criminalidade do século XVII consistia principalmente de violên-

[10] Foucault: a história dos saberes e das práticas, In: *Filosofia, história e sociologia das ciências – uma abordagem contemporânea*, Rio de Janeiro : Fiocruz, 1998, p. 46.

cias realizadas por vagabundos e malfeitores contra a pessoa. No século XVIII, dado o aperfeiçoamento das relações de propriedade, a maioria dos crimes decorria de hábeis velhacos e trapaceiros, voltados, obviamente, à propriedade, que ficou mais exposta, vulnerável e cobiçada; modifica-se, em suma, *a organização interna da delinqüência.*[11] A propriedade e não a pessoa, é o principal objeto tutelado com a criminalização; com o despontar do capitalismo, o comerciante, e não o soberano, é a vítima mais importante. Em meados daquele século, instala-se uma criminalidade de massa decorrente do aumento populacional nas cidades devido ao êxodo rural e das desigualdades sociais, e aumenta a impaciência para com aqueles que não conseguem se inserir na nova ordem econômica, fazendo negócios que engrandeçam outros negócios. Observa Foucault que se boa parte da burguesia até tolerava a ilegalidade de direitos da pessoa, o mesmo não acontecia com as ofensas à propriedade: "quebra de cercas, roubo ou massacre de gado, incêndios, violências, assassinatos. A ilegalidade dos direitos, que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados, tende, com o novo estatuto da propriedade, a tornar-se uma ilegalidade de bens. Será então necessário punila".[12] Estuda-se uma justiça penal que não deve se satisfazer a custa de "brincadeiras" e "divertimentos" em praça pública com vistas a sensibilizar o povo. Viu-se a necessidade de práticas realmente eficazes, que diminuíssem a criminalidade e protegessem o patrimônio. Antes, punia-se muito por pouca coisa, agora deve ser certa e menor a punição de crimes mais graves, sorrateiramente praticados por espertos criminosos que os soberanos antes deixavam escapar entre os dedos. Os vagabundos, os libertinos, são infinitamente mais perigosos para a sociedade e cabe ao poder público tirá-los de circulação. Pareceu premente uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir, que se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade, cujo fundamento político-filosófico básico era dado pela teoria do contrato social: quem não cumpre o contrato é contra os interesses da coletividade, devendo, por isso, ser excluído e castigado, enquanto o poder deve ser limitado, posto na legalidade. O Direito Penal será construído para dar fundamento à execução do contrato social de um lado e para estabelecer os limites da execução desse contrato (poder de punir), de outro. Além disso, mais subjetivamente, as normas penais serão concentrados de técnicas, conceitos e discursos que viabilizam a convivência psicológica entre consciente e inconsciente. Aos poucos a exclusão pura e simples pressupõe ordenação explícita.

Nessa nova tábua de prioridades, o castigo deve ser somente o suficiente para certos fins. Quais são estes? Proteger os interesses de alguns excluindo outra minoria impertinente. As penas não se tornaram tão leves, mas deveriam repre-

(11) FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*, p. 65.

(12) Ainda escreve que: "E essa ilegalidade, se é mal suportada pela burguesia na propriedade imobiliária, é intolerável na propriedade comercial e industrial: o desenvolvimento dos portos, o aparecimento de grandes armazéns onde se acumulam mercadorias, a organização de oficinas de grandes dimensões (com uma massa considerável de matéria-prima, de ferramentas, de objetos fabricados, que pertencem ao empresário e são difíceis de vigiar) exigem também uma repressão rigorosa da ilegalidade" (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 72).

sentar apenas o castigo necessário, nada mais que isso. As sanções devem ser claras, escritas e publicadas quanto à qualidade e quantidade, porque só assim seus efeitos simbólicos serão alcançados e a nova tecnologia da representação será real. Se nos séculos anteriores a publicidade da aplicação das penas era o mais importante, no século XVIII importa a propaganda da investigação e do julgamento, ou seja, importante é a formação da prova e a certeza da culpabilidade. Nasce a função policial como trabalho técnico de investigação e principalmente de vigilância; ficam famosos os policiais investigadores, hábeis no descobrimento da verdade e prisão do criminoso no momento da prática do ilícito. Por seu turno, adquirem notoriedade os juízes dotados de acurado senso de justiça e sensibilização para atender aos interesses da coletividade.

Essa objetivação que se define no projeto de reforma penal não é muito diferente, por sua cronologia e efeitos, da reforma que aos poucos também se operava no campo da Medicina. Não só é o criminoso, mas também o anormal do ponto de vista de sua saúde física e mental, cada vez mais alvo de sistemática investigação. Aquele é vigiado pela polícia judiciária, este pela polícia sanitária, ambos em nome da nova ordem social e seus peculiares interesses de se ver livre dos desajustados e prevenir problemas. Se certas condutas são perniciosas à sobrevivência, esta agora definitivamente depende do sucesso nos negócios e da produção e acumulação de riquezas, daí porque tais condutas devem ser julgadas como criminosas e seus autores isolados do meio social para serem punidos. Do mesmo modo, certos males do corpo e do espírito são perigosos à sobrevivência e à constante produtividade, devendo ser erradicados pela ação médica. Estabelece-se uma luta contra dois fenômenos que nos séculos seguintes serão definidos e estudados no âmbito de instituições definidas, bem assim categorizados conforme critérios teóricos manipuláveis por micropoderes concentrados na pessoa do jurista e do médico: os fenômenos são, respectivamente, o crime e a doença.

A grande evolução da ciência nos séculos XVI e XVII, que havia viabilizado a construção do conhecimento médico sobre a anatomia e a fisiologia com classificações que permitiam reconhecimento mais preciso das doenças, justificou, no âmbito da saúde pública, o policiamento sanitário. A saúde, tal como uma conduta, antes do que um estado, é vigiada através de uma *Polícia Médica.*[13] A opinião que prevalecia era de que a doença surge como resultado de hábitos, de costumes, do fato de se ignorar o *Código de Saúde.* A polícia médica terá o trabalho de vigiar os comportamentos, buscando a saúde da coletividade. Incrivelmente, a exclusão também deverá alcançar aqueles que, sem recursos, têm propensão à doença. Na impossibilidade deles serem saudáveis – e a sociedade

(13) Segundo noticia George Rosen, ao que se sabe o termo "polícia médica" foi usado pela primeira vez em 1724 pelo alemão Wolfgang Thomas Rau (1721-1772): "na segunda metade do século XVIII, no continente, em particular nos estados germânicos, o interesse pela saúde como tema de política pública entrou em uma nova fase. Influenciados pelas doutrinas dos filósofos políticos e dos teóricos da ciência política, alguns médicos tentaram aplicar o conceito de política médica aos problemas de saúde" (ob. cit., p. 128).

requer saúde para que riquezas sejam produzidas – devem ser retirados do meio e isolados. Ficou famosa a obra *System*, de Johann Peter Frank (1748-1821), cuja primeira edição é de 1766, onde se percebe, com clareza, o espírito do Iluminismo e do Humanismo e que representa o ápice da tentativa de aplicar a idéia de polícia médica.[14]

Portanto, antes que o Iluminismo se firmasse como significante complexo de ideologias políticas compatíveis com a nova ambiência sócio-cultural que notabilizou o pensamento na Europa, com as pretensões policiais e de exclusão que surgiram, o século XVIII ficou marcado como o do aparecimento das prisões e dos hospitais gerais. As prisões, ainda que demoradamente e por influência de experiências americanas (em Filadélfia principalmente) e inglesas, passaram a servir como locais de exclusão de marginais que realizavam condutas criminosas, sendo reservada aos hospitais gerais a reclusão de toda espécie de pessoal impertinente, mas que não praticava crimes, como mendigos, velhos, estrangeiros, libertinos e, principalmente, os loucos.[15] Locais diferentes, porém com identidade quanto à ética. O crime passará a ser uma *entidade jurídica* e em breve a loucura terá o suporte médico. Cada grande cidade da Europa conservará o seu hospital geral. Em Paris, por exemplo, ficaram famosos os de Bicêtre e Salpêtriere. Eram estabelecimentos que no começo não tinham vocação médica alguma, porque o interno não era admitido para ser curado e sim *tirado de circulação*, capturado em razão de seus comportamentos impertinentes; algumas pessoas não podiam ou não deviam mais fazer parte da sociedade, uma vez que não conseguiam participar da produção e movimentar riquezas, circunstâncias que a nova reestruturação mercantilista do espaço social exigia. A palavra mais adequada para o subterfúgio talvez seja *utilidade*: os ditos loucos eram pessoas inúteis porque incapazes de criar ou produzir algo, além de atrapalharem aqueles que conseguem produzir; eles não conseguem fazer parte no processo desenvolvimentista inerente à ampliação das práticas mercantis no interior das cidades. Eis o subterfúgio esplendidamente narrado por Foucault: no século XVIII a loucura e a criminalidade são aprisionadas notadamente porque, juntamente com outros estranhos e ociosos, perturbam a ordem social, amedrontam-a, ameaçam o patrimônio acumulado. Ninguém se importava com os loucos, desde que eles ficassem presos, como ninguém se importava com o destino do condenado, desde que se cumprisse a função de estabelecer a ordem pública. Esta é a explicação apresentada pela consciência. Outra suposição, mais aprofundada, compatível com a Criminologia Analítica, não sugere exatamente uma explicação, mas uma compreensão que não descarta organizações inconscientes influenciadoras no processo. Organizações, como se disse, direcionadas à exclusão.

Foucault explica que a adoção do aprisionamento como principal forma de punição, uniforme e melancólica, foi quase instantânea. Seria válido supor que

(14) ROSEN, idem.

(15) Os Hospitais Gerais acolhiam "todos aqueles que, em relação à ordem da razão, da moral e da sociedade, dão mostras de 'alteração'" (Foucault, *Doença mental e psicologia*, p. 78).

inicialmente a prisão passou a ser adotada cada vez mais por puro comodismo administrativo. No começo do século XVIII, em muitos países da Europa, a prisão exercia posição restrita e marginal no sistema de penas. Entretanto, em pouco tempo, ela passou a ser uma das formas mais comuns de castigar. O mérito de Foucault reside em descrever como e por que a prisão rapidamente tornou-se a principal sanção no sistema de penas. Já o hospital geral, com a reclusão do louco, através da reestruturação do espaço social, de igual maneira viabilizava realizações da sociedade consigo própria, pois canalizava para a escuridão de suas individualidades afetos não suportáveis.

A categoria utilizada pelos observadores da mente era o conceito de razão, equivalente à consciência da importância de se comportar bem na sociedade, a exemplo de viver limpo, trabalhar, constituir família, possuir residência fixa, não fazer gracejos gratuitos, não importunar cerimônias ou, em suma, respeitar *os bons costumes* e a *ordem pública*. Aqueles que não obedeciam a esta lógica ficavam vulneráveis ao juízo de *despossuídos de razão* e o hospital geral era o lugar onde tais seres deveriam permanecer até que a razão fosse recuperada.

O idealismo construído em torno da capacidade racional do homem seguiu uma trajetória profunda, coerente, porém tardiamente refletida. Com a constituição da ordem social comandada pela burguesia, o pensamento liberal, a princípio o único compatível com o desenvolvimento industrial e político, desencadeou concepções filosóficas de índole empirista pelo lado inglês (Bacon, Locke, Berkeley) e racionalista pelo lado europeu continental (Espinosa, Leibniz, e outros). Ambas as vertentes enfatizaram a premência do aperfeiçoamento de teorias acerca do conhecimento, uma vez concluído que a razão humana é dotada de capacidade de percepção, sistematização, criação e análise extraordinárias. O pensamento lógico é que dignifica e distingue o homem, acima de qualquer outra coisa que a religião defina. Nesse sentido, um critério, ainda um tanto vulgar, mas evidentemente prático, separava as pessoas que estavam com a capacidade racional em dia daquelas defeituosas quanto a esta capacidade. A partir desse exato momento, Ciência Criminal e a Psiquiatria percorrerão caminhos mais uniformes. Com efeito, isolados e reclusos os criminosos e os *loucos de todo gênero*, seus cárceres facilitavam duas práticas decisivas: o abuso da autoridade asilar (o maior poder é aquele que se esconde) e a maior observação por parte da autoridade sobre o recluso ou internado. Quanto ao abuso, os pensadores do Iluminismo levantaram teorias humanitárias; quanto às observações, novas técnicas de poder e novas categorias de fundamentação serão aperfeiçoadas. A nova ordem recomendará que não basta excluir. A exclusão, sem outra prática, é deveras cara à consciência. Será preciso transformar, modificar os que são excluídos para que eles voltem à sociedade. Juristas e médicos serão os símbolos desse processo, porque propuseram com maior requinte a exclusão. Porém, novo foco de problemas é inaugurado: como fazer a reintegração entre o que está excluído e a liberdade? Como agir diante de quem está preso? Como transformar algo não desejado em desejado? Se a nova ética é mais humanitária, não deixou de ser muito pretensiosa.

3. A consciência e o poder

Com efeito, não demorou muito para que o espírito iluminista defendesse uma função mais nobre para o aprisionamento do criminoso ou das vítimas do desatino. A justificativa da imposição de certa pena não será mais o fato de o crime implicar lesão à majestade do poder constituído e dever ser exemplar. A partir de certo momento, não basta a prevenção geral; a pena será o aprisionamento em nome da nova ordem social e também de nova necessidade política e psicológica: a reforma da personalidade (prevenção especial). Diga-se o mesmo em relação ao louco. Até então os hospitais gerais, além da exclusão, serviam à sensibilidade e aos deveres da assistência, diante dos problemas econômicos do desemprego e da miséria. O clássico internamento era prática fundamental para retirar os desajustados das ruas e se prestar algum auxílio público a eles. Lembra Foucault que, antes do século XVIII, mesmo os hospitais não gerais tinham uma função essencialmente *misericordiosa*, assistencial e não terapêutica; o hospital era local para assistência, separação e exclusão dos pobres para livrar as demais pessoas de um provável contágio pelos males que os miseráveis encarnavam. Além disso, era local de despedida, bênção final para aqueles que não puderam ser salvos pelos médicos. Ainda não há prática médica no hospital. Seu personagem principal, "não é o doente que é preciso curar, mas o pobre que está morrendo, alguém que deve ser assistido material e espiritualmente, a quem se deve dar os últimos cuidados e o último sacramento".[16] Enfim, o hospital, desde a Idade Média até no início do século XVIII é um local para morrer; ele é um *morredouro*. A ida do doente ao hospital era sinal de que o problema estava somente nas mãos de Deus. Mesmo hoje, muitos hospitais conservam o título – e apenas o título – de *Casa de Misericórdia*. Como o hospital foi medicalizado, ou seja, tornou-se *hospitalar*, é outro aspecto que Foucault conseguiu descobrir, mas que vai além dos limites deste trabalho.

Como se dizia, a pena e o internamento aos poucos deixaram de servir exclusivamente a uma espécie de assepsia social e tornaram-se finalmente justificados meios para a transformação de hábitos, para a erradicação da preguiça, e a prisão e o hospital geral terão de ser reformatórios. Para tanto, primeiramente serão necessários muros, arquitetura fechada, locais circunscritos que facilitem a investigação de mentes, de pensamentos e tendências. Isso foi possível a partir do aperfeiçoamento de uma extraordinária tecnologia, talvez a mais implicante do século XVIII: a disciplina. Com a introdução do conceito de "disciplina", com o fim de render os indivíduos *dóceis* e *úteis* como se referiu Foucault, a Ciência Penal assume de vez a trilha da Ciência Psiquiátrica. Por toda a Europa difundiu-se a idéia de que o homem pode ser disciplinado, de que é possível interferir no curso do desenvolvimento de personalidades. O conceito de personalidade foi crucial para o surgimento da terapêutica comportamental dentro das instituições asilares. Entendido que o ser humano é portador de um patrimônio de valores e

(16) FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, 13. ed., Rio de Janeiro : Graal, 1998, p. 101-102.

hábitos, com a construção do conceito de *ser dinâmico* ou *personalidade em curso*, imaginaram-se possíveis condicionamentos ou adestramentos através de autêntica ortopedia espiritual.[17] Recapitulando: primeiro o corpo, principalmente do criminoso, é usado e ofendido para divulgação do poder do soberano. As punições são descontínuas e desmesuradas, mas nem por isso aleatórias, desregradas e sem um propósito psicológico. Num segundo estágio, os reformadores continuam usando o corpo e o espírito dos condenados como representações de um pacto social cujas leis devem ser respeitadas. A pena deve deixar sinais, porém deve ser certa e proporcional ao crime praticado. Sai o soberano, entra a sociedade, apoiada no pacto. Num terceiro momento, as punições serão escondidas pelos muros das prisões. O Estado – umas das formas de expressão humana – dessa vez está interessado na transformação das almas conforme táticas de disciplina. Nos hospitais gerais os loucos também serão objeto de análise e disciplina, pois a mera reclusão não tem razão de ser. No campo criminológico, os juristas (e alguns psiquiatras) assumirão o poder com a *persona* de *criminólogos;* no espaço hospitalar, os médicos também tomarão o comando através de seus conhecimentos *psiquiátricos*.

É com o advento do Iluminismo, expressão máxima da consciência, que se evidencia a semelhança dos fatores que influenciaram a história do poder sobre a vida do criminoso e do louco. Abre-se o primeiro espaço para o nascimento oficial da Criminologia e da Psiquiatria, havidos como conjunto de saberes e técnicas para o estudo das etiologias e dos métodos de transformação de consciências.

À época dos suplícios, a situação político-criminal era tão precária que é difícil reconhecer a existência de estudo criminológico propriamente dito, por isso costuma-se dizer que um pensamento criminológico, ainda que não organizado segundo uma ciência propriamente dita, nasceu a partir do Iluminismo, na metade do século XVIII, quando os principais juristas do movimento enfatizaram que não somente o crime, figura jurídica que descreve uma conduta ofensiva a uma ética, deve ser estudado por uma filosofia ou ciência chamada Direito Penal ou Criminal. A bem da verdade, há Criminologia desde que se alcançou o conceito de crime, com a estruturação dos primeiros sistemas jurídico-penais na Europa. Essa Criminologia ficou caracterizada pelo estudo dos fatores que, num senso naturalista, causavam o comportamento criminoso. Havia a consideração de prováveis fatores causadores de alguns comportamentos sem que, todavia, houvesse investigação de campo conforme critérios positivos (medição, observação, experimentação, etc.) que seriam na seqüência aperfeiçoados. Ou seja, no período *clássico* do Direi-

(17) "Historicamente as disciplinas existiam há muito tempo, na Idade Média e mesmo na Antigüidade (...), mas existiam em estado isolado, fragmentado, até os séculos XVII e XVIII, quando o poder disciplinar foi aperfeiçoado como um nova técnica de gestão dos homens" (*Microfísica do poder*, p. 105). Em *Vigiar e punir* Foucault acrescenta que se disseminou o entendimento de que na prisão "deve ser feito com tanta freqüência quanto possível um trabalho sobre a alma do detento. A prisão, aparelho administrativo, será ao mesmo tempo uma máquina para modificar espíritos" (p. 103).

to Penal Moderno, não era adotado um método, tal como o empírico-positivo, que alguns anos mais tarde veio a ser festejado pela autodenominada Escola Positiva Italiana, pois a eleição do método faz parte de um novo momento, influenciado por novas ideologias e interesses políticos. Resta, porém, sublinhar que a Criminologia nasceu como interesse do homem em saber por que alguém realiza o comportamento criminoso e em conhecer por que um comportamento é visto como criminoso ou julgado como tal, ainda que, evidentemente sem o colorido crítico que no século XX veio a ser traçado no discurso criminológico. Esse momento inicial da Criminologia é mais filosófico. A divulgação do pensamento racionalista que marcou o nascimento do Direito Penal Moderno não diminuiu a preocupação criminológica que existia. Como não é exatamente um determinado método de pesquisa que faz de um trabalho verdadeira ciência, mas, fundamentalmente a aceitação de um problema que justifica a busca de suas respostas, Criminologia existia antes do Positivismo e teria surgido com o Direito Penal *Clássico*, caracterizado pela aceitação de algumas importantes bandeiras políticas, a exemplo do abandono da incerteza das penas, da arbitrariedade na execução das sanções, da irrecorribilidade das decisões, que caracterizaram os aspectos processuais do período pré-iluminismo e que se ancoravam a uma ideologia absolutista, comprometida com a manutenção dos interesses da autoridade despótica do monarca ou com os privilégios de sua aristocracia.

Através da estruturação dos conceitos dogmáticos pelos juristas *clássicos* (Carrara, Romagnosi, Filangieri e outros) e que deveriam contribuir para a concretização dos ideais revolucionários, pela primeira vez são delineados os dois decisivos problemas da Criminologia, e que serão determinantes por muitos anos: 1.°) sobre a compreensão do conceito de comportamento criminoso (crime), bem como estabelecimento dos aspectos filosóficos, políticos e sociais que prevalecem no processo de criminalização; 2.°) sobre a identificação das causas determinantes de tal comportamento. Uma inquietação que por muito tempo dominou os estudos criminológicos indagava por que alguém ofende a norma penal, ou por que certas pessoas saem do *normal* e atentam contra os interesses da maioria? Infelizmente, este problema criminológico é que ficou marcado historicamente. Ele destaca a personalidade do criminoso. É provável que hoje seja também promissor se recuperar o interesse pelo estudo da personalidade do criminalizador, haja vista a boa oferta de teorias capazes de auxiliarem nesta tarefa.

Neste sentido, Raúl Zaffaroni propõe duas perspectivas para a análise do surgimento da Criminologia.[18] A primeira delas enfatiza a crítica e, neste caso, modernamente a Criminologia nasceu quando a burguesia conseguiu se rebelar contra as práticas punitivas do absolutismo. Assim procedendo, ressaltam-se as preocupações políticas que induziram a transformação do sistema punitivo, que não deixam de se tratar também de preocupações criminológicas. A segunda perspectiva, Zaffaroni vê como "conformista", pois ela enaltece o momento em que a burguesia procura se firmar no poder através da construção de conceitos e da eleição de métodos de investigação dos fatores desencadeadores da criminalidade.

(18) *Criminología*. Bogotá : Temis, 1988, p. 100.

Nesta perspectiva, o trabalho realizado a partir das investigações do psiquiatra Cesare Lombroso (1836-1909) é o marco inicial de uma nova Ciência, inicialmente denominada Antropologia Criminal.[19] O Positivismo Criminológico nada mais foi do que expressão, no âmbito do Direito Penal, da mentalidade científica que se desenvolveu sucessivamente às mudanças econômicas e de mentalidade que implicaram a transformação da ordem social com o fim do Feudalismo. A mentalidade *determinista* (social e biológica) que marcou o século XIX também assumiu feição ideológica e típica, a certo ponto necessária para apaziguar as argumentações liberais e prevalecimento dos interesses da burguesia.

O Positivismo Psiquiátrico e Criminológico em grande medida foi efeito tardio de um processo que bem antes havia sido diagnosticado. Não demorou para que o poder punitivo exagerado estabelecido dentro dos cárceres fosse interpretado como violador de direitos fundamentais, embora, como enfatiza Foucault, não tenha sido este o principal motivo das mudanças institucionais ocorridas. Diga-se o mesmo sobre as condições precárias dos hospitais. Em fins do século XVIII, John Howard (1726-1790) investigou as maiores prisões e hospitais da Inglaterra e propôs melhorias.[20] Desde cedo, o apressamento de opiniões retribucionistas que a nova classe social impunha ao discurso penalístico, deu sinais de ineficácia e injustiça. A liberdade do homem, a princípio objetivamente compreendida segundo os lógicos e simples postulados racionalistas, encontrou-se, ao nível dos fatos e das observações, exatamente dividida entre um determinismo que a nega inteiramente e uma culpabilidade pensada e calculada que a exalta. O tema da loucura, por seu lado, começa a povoar os problemas criminais e em pouco tempo o jurista topará com as opiniões do psiquiatra. Como visto, essas mudanças têm a ver, dentre outros aspectos, com o enaltecimento – *crença* – da capacidade humana de alterar seu meio, baseada intelectualmente em filosofias empiristas e racionalistas que refletiam acerca do potencial racional, à princípio disponível a qualquer um e não apenas a homens privilegiados. Assim colocadas as coisas e suas reflexões, é com o aperfeiçoamento de métodos

(19) Os estudos antropológicos eram realizados com auxílio das novidades que surgiram no campo da anatomia, da fisiologia, da paleontologia, da arqueologia, da biologia, da geografia e da história. A Antropologia Criminal (uma das disciplinas derivadas da Antropologia Geral) tinha, portanto, no método natural sua forma de realização (observação, experimentação, medição, comparação), com destaque para a antropometria e a antropografia que, utilizadas no estudo do homem *normal*, foram aplicadas ao estudo do "homem delinqüente", "considerado tanto no ambiente natural como no social, para estabelecer – através da avaliação dos caracteres morfológicos e psíquicos – equilíbrio entre indivíduo e sociedade. Na Itália, a primeira Sociedade Antropológica apareceu em 1891 por iniciativa de Paolo Mantegazza e Felice Finzi" (cf. PISAPIA, Gianvittorio. *Fondamento e oggetto della criminologia*, Padova : CEDAM, 1983, p. 31-32).

(20) ROSEN, George, ob. cit., p. 121. Howard era juiz em Bedforshire e em 1777 publicou o famoso relato *O estado das prisões*. Segundo Rosen, sob muitos aspectos as observações de Howard anteciparam as reformas sanitaristas do século XIX (ob. cit., p. 116).

de observação e análise, cujos princípios atingem os principais campos de conhecimento, que novos poderes irão se estabelecer, enquanto a consciência traça a estratégia de defesa de sua supremacia. Se o soberano antes observava técnicas descomprometidas com categorias como proporção, eficácia, prevenção especial ou interesse social, a valorização da razão, por um lado, e a fixação do paradigma positivo por outro, possibilitaram que a Ciência (leia-se Positivismo Científico) divulgasse técnicas e fundamentos disponíveis a qualquer campo do saber. Destaca-se a participação de Augusto Comte (1798-1857) e sua peculiar credibilidade na ciência positiva: através da correta observação da realidade, advogava o pensador francês, seria possível realizar qualquer transformação na realidade, desde que o método adequado seja usado, isto é, o positivo. Despreza-se a essência, muito etérea e pouco evidente, e prestigia-se a aparência dos fenômenos, possíveis de manipulação e sistematização.[21] A esse respeito, sintetiza Angela Gomes Perez: "com o positivismo comtiano, non sólo germina la Sociología, sino que se introduce un método de conocimientos que invade otras ramas del saber humanístico que comienzan a desarrolarse en nel campo experimental, tales como: la Psicología, la Antropología, el Derecho Penal, y la Criminología, entre otras".[22] Vale dizer, ou a Criminologia nasceu com o famoso discurso político de Cesare Bonesana (1738-1794) (Marquês de Beccaria) em 1764 e as denúncias de Howard em 1777, representantes do pensamento iluminista, ou com as pesquisas de C. Lombroso de 1876 publicadas com *L'uomo delinquente* e as de A. J. Quetelet (1796-1874) de 1835. É certo que com o Positivismo Criminológico os criminólogos tomaram consciência de suas potencialidades, articulando uma ciência segundo um método e uma epistemologia definidas para o estudo etiológico-explicativo do crime. Estava eleito o objeto de investigação – o crime e seu autor – e o respectivo método para conhecer esse objeto, aspectos extremamente úteis para o exercício do poder do pesquisador sobre o pesquisado, sob o nome de uma ciência.

Beccaria vem sendo tradicionalmente lembrado como o jurista que por primeiro persuadiu a comunidade política a humanizar as legislações e as práticas punitivas. As penitenciárias são necessárias, a disciplina que se exercitava dentro delas, mais ainda, porém a execução das penas não pode ser cruel. As constatações de Howard sobre as condições penitenciárias serviram para dar veracidade e razão ao discurso de Beccaria. Eles abriram o caminho para que uma espécie particular de cientista assumisse o poder nos presídios e o comando das práticas punitivas: esse cientista é o jurista ou o criminólogo clínico. Resta manter preciso onde, nesse momento, a história do pensamento criminológico guarda sintonia com o psiquiátrico. É fato que os movimentos de reforma não atingiram apenas as prisões; havia outro grande número de desgraçados lotando os hospitais gerais também. Em 1788, Vicenzo Chiarugi (1759-1820) realizou mudanças de efeito no Hospital de São Bonifácio,

(21) Um ditado popular alerta: "se aparência e essência fossem a mesma coisa, não seria necessário ciência".

(22) Reflexión y referat acerca del surgimiento de la criminología. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 26/208, abr./jun. 1999, São Paulo : RT.

em Florença, a exemplo de oferecer maior liberdade aos pacientes perturbados e limitar o encarceramento dos mais violentos, bem como defendeu a maior presença do médico e enfermeiras no atendimento dos internos.[23] Entretanto, ficaram mais conhecidas as interferências dos médicos Philippe Pinel (1745-1826) na França e William Tuke (1732-1822) na Inglaterra. O trabalho de ambos pode ser comparado, quanto a seus idealismos, à influência que Toward, ou mesmo Beccaria, tiveram no pensamento criminológico.

A principal imputação que se fazia em relação aos internados nos hospitais gerais era tipicamente moral. Os loucos, assim como os criminosos, até quase o início do século XIX continuavam pouco compreendidos. Ficavam reclusos porque manifestavam comportamentos inaceitáveis, de difícil convivência; numa palavra, seus comportamentos eram incompatíveis com a idéia de normalidade (ordem) social. Louco continuava sendo aquele que perturbava; não era criminoso, mas nem por isso tolerável. O hospital geral estava reservado a eles. Mas a notória precariedade das condições, a desorganização e diversidade de contingentes que existiam nos hospitais, sua fisionomia pouco científica, reclamavam a abolição dos internamentos em sua maior parte. Pinel e Tuke foram os médicos que, a exemplo de Beccaria ou Howard, ficaram conhecidos como reformadores, porque trabalharam para humanizar a condição dos criminosos e dos loucos, respectivamente. Primeiro em Bicêtre e Salpêtriere, Pinel propôs que o poder central devesse estar nas mãos de cientistas médicos, pois quem tem condições, segundo a nova ordem, de melhor conhecer os internos são eles, bem como são esses profissionais que estão em condições de desenvolver mais conhecimentos por saberem manejar o método. A doença será a verdade a ser perseguida pela Medicina e os hospitais psiquiátricos serão o lugar propício para a investigação dessa verdade, cabendo aos médicos afastar tudo o que possa ocultá-la, mascará-la ou confundi-la. Por conseguinte, o hospital transforma-se em local de confronto, de luta entre o médico e a doença. Segundo esta dinâmica, a primeira providência será catalogar, classificar e nominar o inimigo, descrever as principais formas de expressão, alinhavar os sintomas, *codificá-los*. A conseqüência extrema disso foi a *dominação* e a *coisificação* dos loucos.

O médico é quem conhece o doente e a doença. Somente ele tem condições ou o poder de dizer quem está ou não doente. Uma vez sabedor dos males e suas causas, o médico decide e prescreve o tratamento, restando ao doente (*paciente*) apenas se sujeitar a ele. A função é semelhante à de um juiz que decide acerca da presença de um crime e determina o tratamento penal adequado para que a personalidade do condenado seja transformada. A Psiquiatria aponta seu objeto, ou seja, a doença, assim como o Direito Criminal ou a Criminologia conservam o seu objeto: a criminalidade. Nesse emaranhado de dilemas, o doente ou o criminoso são pouco referidos. Mesmo Lombroso, um dos primeiros a se preocupar com os criminosos enquanto personalidades, trabalhou num sentido de investigar causas que permitissem conhecer a pulsão criminosa ou as anormalidades anatômicas, de preferência visíveis, indutoras de certos comportamentos; ele não

(23) ROSEN, George, ob. cit., p. 117.

aperfeiçoou um estudo a respeito dos caracteres existenciários inerentes ao ser humano, pois sua opção foi investigar causas gerais, como observar o homem que é criminoso, não o homem que está em situação de criminalidade. Com efeito, no século XIX a Antropologia Criminal apareceu como um estudo do gênero humano do ponto de vista físico, alheia a problemas psicodinâmicos. Lombroso e outros positivistas endossaram essa perspectiva. Paulatinamente os hospitais ficaram reservados apenas aos loucos e a prisão a outros *anormais*.

Mas será que os médicos elegeram os corpos e as mentes que lhes eram interessantes? Ou algo mais inconsciente elegeu-os por eles? Lombroso e Pinel estudaram as personalidades que lhes foram oferecidas, eleitas pela ordem criminal e psiquiátrica. Foi então que os alienistas sentiram a necessidade de saber separar os loucos dos não loucos segundo critérios estritamente científicos. O simples critério com apoio na razão mostrou-se muito filosófico e primário para a ocasião. Por conta disso, foi necessária a construção de uma categoria epistemológica básica, o conceito de doença mental, o que ainda pressupunha um conjunto de conhecimentos e práticas médicas capazes de aperfeiçoar, discutir, divulgar e estudar esse conceito, fazendo nascer a primeira das especialidades médicas, a Psiquiatria. Os hospitais gerais serão *manicômios* (modernamente hospitais psiquiátricos), ambiente para terapias e de ação da Medicina, enquanto os profissionais desta ciência tornam-se os responsáveis pela sua direção e funcionamento, em substituição aos religiosos. As Santas Casas de Misericórdia conservarão apenas o nome, pois a partir dessa época quem dará as ordens serão os médicos. Operou-se autêntica revolução, golpe de poder no espaço asilar, poder que foi apropriado pelos médicos através do discurso científico, talvez a arma mais poderosa que exista. O louco, agora doente, vai se transformar num objeto, de estudo e de uso, enquanto o manicômio um local de disciplinamento, assim como estava acontecendo com a prisão em relação aos criminosos.

A revolução que aconteceu com a chegada dos médicos aos hospitais, também sucedeu com a chegada dos criminólogos nas prisões. Levantados os muros, escondidos os poderes, as observações minuciosas eram possíveis. Com isto, somado à descoberta da eficácia das técnicas e táticas disciplinares, não era mais preciso apenas internar, aprisionar ou castigar, mas transformar, educar, adestrar, fazer com que personalidades atuassem segundo normas, jurídicas ou médicas. Necessidade imperiosa de controle, certamente não apenas institucional e do outro, mas psicológica e dos próprios controladores. Michel Foucault observa: "no fundo da prática científica existe um discurso que diz: nem tudo é verdadeiro; mas em todo lugar e a todo momento existe uma verdade a ser dita e a ser vista, uma verdade talvez adormecida, mas que no entanto está somente à espera de nosso olhar para aparecer (...). A nós cabe achar a boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ela está presente aqui e em todo lugar".[24] Significa dizer que a verdade é apreendida desde que um procedimento adequado seja exercitado. A Psiquiatria vai desenvolver técnicas para a descoberta da verdade que lhe interessa descobrir, assim como o Direito

(24) FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, p. 113.

Criminal, através de seus procedimentos e princípios processuais, buscará a sua. É a tentativa imperiosa de encontrar verdades fora de si mesmo, nem que se tenha de inventá-la. A verdade não é aquilo que é, mas aquilo que se dá, acontece, se produz através da mediação de instrumentos. O inquérito da polícia judiciária constrói uma verdade jurídica, assim como uma pesquisa diagnóstica produz outra, desde que os saberes dados sejam manipulados com poder, perícia, persuasão e em nome da necessidade de poder. Tem-se o poder do conhecimento médico sobre a doença e o do inquisidor sobre a verdade que se oculta. Poucos percebem que as respectivas verdades estão, muito além de descobertas, sendo construídas, valoradas, colocadas à apreciação pública. Não importa se aquilo que se apresenta é rigorosamente verdadeiro, mas sim o fato de algo ser apresentado como verdadeiro. O ser humano precisa conhecer verdades, pois ele não suporta viver por muito tempo em estado de dúvida. E o pior, é comum ele só admitir a verdade racionalmente dada, possível de ser vista, explicada segundo a lógica de causa e efeito, por ser mais compatível com a forma consciente de agir.

O poder sempre se exerce através da imagem de pesquisador de verdades. Aquele que melhor explica terá maior poder. Por outro lado, não se justifica uma Psiquiatria, ou uma Polícia Científica, caso não existam crimes, criminosos, doentes e doenças mentais que contenham verdades a serem desvendadas. No final do século XVIII, fica claro que em grande medida a criminalidade aumentou face à necessidade psicológica de se inventarem figuras criminais. Afinal, alguém só é criminoso porque um certo comportamento foi tipificado como crime, assim como, em razoável alcance, alguém é perturbado mental a partir do momento que seu comportamento é classificado – e diagnosticado – como doentio. Este raciocínio a primeira vista pode parecer grosseiro, mas é necessário para esclarecer uma tendência psicológica bastante peculiar, a projeção, a que os criminólogos e os psiquiatras estão mais suscetíveis, não devendo, por isso, ser menosprezada.

Para que o poder se mantenha e se justifique, quer como política, quer como necessidade psíquica, alguns precisam fazer o papel de doentes ou de criminosos. Daí porque a crise vivida atualmente pela Psiquiatria e pela Criminologia etiológica coloca em questão o próprio conhecimento que elas desenvolvem, as relações de poder-saber que elas permitem protagonizar. Assim como se propala o caráter estigmatizante e fomentador da criminalidade advindo, por exemplo, das práticas penitenciárias, existe semelhante crítica acerca da prática médica psiquiátrica realizada nos manicômios e que têm o hospital como o lugar de eclosão da doença. Já a partir do final do século XIX, principalmente após as descobertas microbióticas desenvolvidas por Louis Pasteur (1822-1895), levantou-se a hipótese de que o próprio médico ou o hospital eram um transmissor das doenças. Suspeitas semelhantes recaíram sobre as prestigiadas apresentações do conhecido psiquiatra francês J. M. Charcot (1825-1893) acerca de ser ele o causador da histeria. Fato é que o poder do médico foi colocado em questão, assim como o efeito que seu saber produzia sobre a situação do doente. Desde seu surgimento no século XIX, o hospital tem servido para aprisionar o doente, provar a existência da doença e erradicá-la. A prisão, da mesma forma, se não era palco de prova, pois esta tarefa era reservada à polícia e ao juiz (mais do que ao acusador), esperava-se dela que diminuísse as tendências criminosas. Sua real função, entretanto, tem sido mascarada. Desde o início de sua história (meados

do século XIX) a prisão mostrou-se incapaz de diminuir a criminalidade, ou melhor, certo tipo de criminalidade. É que, ao se conseguir excluir algumas personalidades do convívio social através da prisão, possibilita-se que outras dificilmente cheguem a ela. Até porque estarão lotadas, favorecendo que alguns criminosos deixem de ser presos pela simples falta de lugar. A verdade é que em certo ponto a prisão tem cumprido seu papel, ou seja, viabilizar que alguns criminosos não sejam presos. A prisão tem funcionado como uma espécie de analgésico que esconde os sintomas, mas não atinge as causas de certo mal. Como observa Foucault, "o atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinqüência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade".[25] Ademais, o estabelecimento penitenciário é palco de construção de um estigma. O trânsito pela prisão é experiência suficiente para a aquisição de uma marca. A instituição jamais errou seu alvo: classificar a delinqüência, como se, para alguns ficarem soltos, outros necessariamente devessem fazer o papel de presidiários. Lota-se a prisão daquilo que é fácil conduzir a ela, facilitando que outros fiquem de fora, ora porque não preenchem os sinais típicos do delinqüente, ora porque a *prisão não é para eles*, nem que seja por falta de espaço.

Parece certo, como escreve Foucault, que a evolução da manifestação do poder de uma forma ritual de exclusão em nome do prestigiamento da individualidade do soberano, em direção à manifestação através do aprisionamento para a transformação do aprisionado, deu-se a partir da compreensão das técnicas disciplinares. Nas palavras de Foucault, "as disciplinas funcionam cada vez mais como técnicas que fabricam indivíduos úteis. Daí se libertarem elas de sua posição marginal nos confins da sociedade, e se destacarem das formas de exclusão ou de expiação, de encarceramento ou retiro".[26] Primeiro buscava-se excluir, não ver, abandonar, isolar para não difundir os males. Tratou-se de uma maneira natural e indireta de se lidar com os afetos repugnantes: os leprosos eram mandados para fora das cidades ou os loucos eram trancafiados nos hospitais gerais, aos criminosos destinavam-se suplícios ou trabalhos. Todavia, a transformação social decorrente do humanitarismo, da constituição da burguesia e sua fundamental aptidão ao capitalismo, não era adequada à técnica anterior. O movimento psicológico teve de ser reformado. Desta vez por influência do elogio à razão com suas potencialidades organizadoras, ele tem a ver com a aplicação de disciplinas, com a capacidade de controlar e de transformar. Os criminosos e os doentes podem ser controlados desde que bem conhecidos através de meticulosos *exames*. Observá-los em suas atitudes[27] e manipulá-los segundo regras e tratamentos[28] é a nova

(25) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 230.

(26) Idem, ibidem, p. 174.

(27) Ficou famoso o sistema panóptico a partir de Jeremy Bentham (1748-1832) que por volta de 1840 representou a arquitetura da maior parte dos projetos de prisão, fazendo com que a força da coação violenta fosse substituída pela suave vigilância sem falha.

(28) A Antiguidade foi uma civilização do espetáculo. Tornar acessível a uma multidão de homens a inspeção de um pequeno número de objetos: a esse problema respondia

ordem. Aparece no século XIX a maior das ilusões pedagógicas que o ser humano experimentou: a transformação da personalidade humana por meio de regras de disciplina. Sem dúvida, importou nova maneira de querer fazer da consciência a única dona do mundo, capaz de dominar todos os desejos, próprios e alheios. A cada ato de disciplina, tem-se uma personalidade dizendo: *eu não posso ser assim, por isso ninguém pode, ademais, tenho o poder de impedir que alguém seja assim.* Na sombra da boa intenção disciplinar está um inconformismo incalculado.

O sentimento humanitário e científico de Phillipe Pinel e de seu discípulo Esquirol (1772-1840), marco dos primórdios da psiquiatria francesa, libertou os perturbados mentais das correntes dos hospitais gerais, assim como os discursos humanitários que se construíram ao redor do famoso livro de Beccaria serviram para a ilustração da história da pena. Principalmente Pinel e Esquirol contribuíram para que a Psiquiatria figurasse no contexto da Medicina como especialidade e, para tanto, tiveram de rejeitar, não somente as concepções filosóficas e metafísicas que existiam sobre a loucura, mas sobretudo o procedimento precário, assistemático, desumano e pouco terapêutico que vigorava. Em compensação, é freqüente a consideração de que Pinel também contribuiu sobremaneira para aprisionar os mesmos perturbados a um *status* tão pegajoso quanto o das correntes. Ele teria feito isto quando definiu – e estigmatizou – os internados como doentes mentais. O saber médico principiado nos recentes hospitais psiquiátricos esteve conforme as metodologias disciplinares que se mostraram tão oportunas à nova ambiência sócio-cultural que surgia.[29] A opinião científica era de que assim como o criminoso, alguém tornava-se louco devido a maus hábitos, à indisciplina, ao desleixo para com regras sobretudo morais. Embora doentes, os perturbados estiveram livres para adoecerem, razão pela qual, não só o crime, mas também a doença mental, poderia ser compreendida segundo um processo de culpabilização. Nesse contexto, a resposta terapêutica não poderia ser outra a não ser moralizar o louco. Não se descartava a hipótese de que as condições sociais precárias poderiam contribuir para a opção criminosa ou para o adoecimento

a arquitetura dos templos, dos teatros e dos circos. A Idade Moderna coloca o problema contrário: "proporcionar a um pequeno número, ou a um só, a visão instantânea de uma grande multidão" (FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir*, p. 178).

(29) Os dois principais pólos de construção do saber psiquiátrico no século XIX consistiam em Pinel e Esquirol, pelo lado francês, e Emil Kraepelin, pelo lado da Alemanha. Como observa José Reinaldo Amaral, a obra de Kraepelin – *Tratado de psicopatologia* (1896) – é considerada fundadora da Psiquiatria Moderna. Ele apresentou a primeira sistematização dos padecimentos mentais, adotando o conceito de "doença", que passam a ser concebidos como doenças naturais, cujo diagnóstico pressupõe uma teoria etiológica ou da natureza do processo fisiopatológico. Enquanto Pinel esteve mais ocupado com o desenvolvimento de uma *práxis* terapêutica assentada no processo de moralização consciente do enfermo, Kraepelin voltou seus estudos à investigação da etiologia da doença e de suas somatizações (Recentes mudanças no diagnóstico e classificação em psiquiatria. In: *Jornal Brasileiro e Psiquiatria*, Rio de Janeiro : ECN, 45 (8):453, 1996).

mental, porém, tais resultados, decisivamente, somente vingavam havendo uma predisposição moral típica que favorecesse as opções à criminalidade ou o desvario psicológico. O postulado do livre arbítrio foi básico não apenas para o Direito Criminal, mas também para o início da Psiquiatria Francesa. Os hospitais transformaram-se em instâncias de julgamento, "e isto sob a direção do médico que está encarregado mais de um controle ético que de uma intervenção terapêutica".[30] Enquanto os principais organizadores do Positivismo Criminológico buscavam *naturalizar a vontade criminosa*, os primeiros alienistas procuravam *culpabilizar a loucura*. O outro aspecto curioso nisto tudo consiste na esperança dos médicos ou dos penalistas conseguir moralizar as almas que lhes foram reservadas, bem como a esperteza deles no uso da disciplina como tática de aperfeiçoamento do poder. Como efeito, politicamente não mais interessava apenas excluir ou castigar, mas sim condicionar, adestrar, gerenciar vidas para a consecução de propósitos parcialmente comuns. Do ponto de vista psicológico, sucedeu como se a consciência atingisse um estágio mais elaborado, talvez perspicaz para lidar com sentimentos impertinentes. Não se nega que o aumento populacional, a vida econômica e as rupturas científicas colaboraram para a mudança. Como escreveu Roberto Machado, estavam claros certos objetivos econômicos e políticos: "aumento do efeito de seu trabalho, isto é, tornar os homens força de trabalho dando-lhes uma utilidade econômica máxima; diminuição de sua capacidade de revolta, de resistência, de luta, de insurreição contra as ordens do poder, neutralização dos efeitos de contra-poder, isto é, tornar os homens dóceis politicamente. Portanto, aumentar a força econômica e diminuir a força política".[31] Mas a atmosfera cultural é sentida e determinante desde que também atuem motivações internas que não são menos decisivas. Ao mesmo tempo em que o poder da consciência constrói personalidades, o saber correspondente estabelece seu embasamento teórico, intelectual, racional, pois é persuasivo, comovente e indutor à disciplina.

O aproveitamento desta forma de transformar o poder abandona um pouco a lógica da repressão para dar valor à excitação, à motivação, ao movimento dirigido – ele deixa de pretender inibir, para buscar novas formas de comportamento que podem ser lucrativos e de várias maneiras compensatórios. O que era desordenado, sem direção definida e preocupante, com a descoberta das táticas e terapêuticas disciplinares passará a ser comportamento que seguirá na direção e freqüência desejadas. Expressão disso é que "o nascimento da prisão, por exemplo, em fins do século XVIII, não representou uma massificação com relação ao modo como anteriormente se era encarcerado. O isolamento celular – total ou parcial – é que foi, ao contrário, a grande inovação dos projetos e das realizações de sistemas penitenciários. O nascimento do hospício também não destruiu as especificidades da loucura. Antes de Pinel e Esquirol é que o louco era um subconjunto de uma população mais vasta. É o hospício que produz o louco como doente mental, personagem individualizado a partir da instauração de

(30) FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*, p. 83.

(31) MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder*. In: Foucault, Michel, *Microfísica do poder*. Prefácio da 13.ª ed., Rio de Janeiro : Graal, 1998. p. XVI.

relações disciplinares",[32] resume Machado. Em poucas palavras, eis a genealogia do poder narrada por Foucault, conclusiva no sentido de que todo saber, assim como toda Criminologia ou Psiquiatria, traduzem saberes políticos e, o mais importante, permite compreender que os saberes não são privativos da personalidade do Estado ou de uma entidade jurídica qualquer, mas dos indivíduos enquanto tendências coletivas que atuam nas instituições, quer penitenciárias, hospitalares ou universitárias. Todo saber é busca de aperfeiçoamento do poder.

4. Críticas também comuns

Até o advento da Segunda Grande Guerra o conceito natural de doença mental, bem como a forma de se estudar Criminologia, compactuavam com o modelo positivista firmado em filosofia e em ciência. Havia o predomínio das teses causalistas na seara do Direito Criminal e predominantemente mecanicistas nos discursos médicos. As ciências ditas naturais, inspiradas fundamentalmente em explicações fisiológicas, uma vez que o método paradigmático era o causal-explicativo ou *etiológico*, se não ignoravam os fatores sociológicos ou o dinamismo inerente ao inconsciente, minimizavam a importância deles. Mesmo o advento da Psicanálise com Sigmund Freud (1856-1939), por volta de 1909, não enfraqueceu a postura essencialmente organicista em Psiquiatria. O máximo que Freud conseguiu foi apresentar um novo modelo, o *freudiano* ou *psicologicista*, até hoje visto por muitos como conjunto de conhecimentos que estão fora da Psiquiatria Biológica (um pouco devido aos próprios psicanalistas) e que descrevia um peculiar movimento inconsciente capaz de induzir patologias. Até a metade do século XIX, a tendência em Psiquiatria é identificada como *organicista* ou *fisiologicista*, enquanto *positivista, causalista* ou *etiológica* em Criminologia. Os estudos relacionados à doença mental ou ao comportamento criminoso deveriam ser etiológicos para serem considerados oficiais. Havia as teorias explicativas e seus porta-vozes; havia as terapêuticas e seus procedimentos. Havia o hospital psiquiátrico, a penitenciária e a despótica pretensão acerca dos doentes e dos condenados poderem ser transformados, sinal, como até agora foi sugerido, não só de utopia ou equivocada política, mas de necessidade psíquica.

A crítica surge aos poucos como um fenômeno importante que, mesmo hoje, vem caracterizando a Psiquiatria e a Criminologia. Após a Segunda Grande Guerra, o poder psiquiátrico e o jurídico, com seus respectivos saberes, são alvo de questionamentos através de vários movimentos e teorias, desta vez não somente centrados na situação ainda pouco humana que sempre vigorou nas instituições asilares e prisionais, devido, em especial, à superlotação, à falta de recursos em geral ou à diminuta eficácia de seus métodos se comparados aos seus propósitos institucionais. *Pós-modernamente*, as críticas e movimentos de reforma não têm como alvo somente a ineficácia do próprio instrumento da construção dos saberes, quais sejam, os métodos. Os movimentos críticos põem em xeque so-

(32) Idem, ibidem, p. XIX.

bretudo a legitimidade dos titulares dos métodos, vistos como fomentadores da contraproducência daquilo que pretendem combater. A crítica é um marco no processo de conscientização humana, cujo liame não pode ser perdido.

O posicionamento crítico moveu várias *desconstruções* para dentro da Psiquiatria, como resume Míriam Dias: *a)* surgimento da Psiquiatria e Psicoterapia Institucional da França; *b)* desenvolvimento das Comunidades Terapêuticas na Inglaterra; *c)* na Itália, Franco Basaglia (1924-1980) tem a Comunidade Terapêutica, não como um fim em si mesmo como na Inglaterra, mas como um modo de luta contra o manicômio. O médico de Trieste merece destaque. Ele defendeu a gradual extinção do modelo psiquiátrico centrado no hospital e no internamento, com o propósito de por fim à estrutura hierárquica do manicômio, razão pela qual seu trabalho é reconhecido como de *desinstitucionalização*, que fora desencadeado pelo movimento político conhecido como *Psiquiatria Democrática*. Este movimento italiano contribui na Inglaterra para o movimento *antipsiquiátrico*, enquanto nos Estados Unidos, por motivos econômicos, a partir de 1963 influencia uma política de saúde centrada na desospitalização.[33] A antipsiquiatria surgiu na Inglaterra em meio aos movimentos *underground* de contracultura (psicodelismo, misticismo, pacifismo, movimento *hippye*) com um grupo de psiquiatras, dentre os quais se destacaram o escocês Ronald Laing (1927-1989) e o sul-africano David Cooper (1931-1986). Todos esses movimentos críticos têm como característica o questionamento do *modelo*[34] de comportamento científico comumente usado para se justificar a autoridade e a veracidade das respostas e das hipóteses que os psiquiatras expõem com relação aos fenômenos patológicos. As perspectivas críticas em Psiquiatria põem à luz as ideologias que sustentam os modelos e focalizam o conjunto de crenças, opiniões, valores e outras representações oriundas, na maior parte, do meio universitário. Essas representações se originam acriticamente e são instrumentos de manutenção de certas situações burocráticas ou administrativas bastante úteis ao prestígio e ao poder ou à manutenção e reprodução da estrutura social vigente em relação à importância da Psiquiatria e suas terapias. Enfim, crítica ao saber, à legitimidade do poder e demonstração – ao menos tentada – da contraproducência dos métodos empregados. O que aproxima os autores divulgadores da antipsiquiatria é a contestação do tradicional modelo psiquiátrico centrado no internamento, bem como a contestação do conceito de doença mental, pois loucura ou doença mental não devem ser entendidos tal qual doenças físicas, que pressupõem constatações. Os críticos observam que a existência da doença mental é conseqüência de um ato de compreensão, método inerente aos objetos culturais. Assim, alguém é doente caso o observador compreenda a doença. Basaglia, por sua vez, também defende

(33) DIAS, Míriam. *Manicômios: sua crítica e possibilidade de superação*. In: *Saúde Mental: Transpondo as Fronteiras Hospitalares*, Porto Alegre : Dacasa, 1997, p. 15-16.

(34) Adota-se o conceito que Luiz Salvador de Miranda Sá Jr. faz de "modelo": "sistema físico, matemático ou lógico que copia e representa os elementos essenciais de uma dada estrutura da realidade, cuja organização ou funcionamento procura explicar ou reproduzir" (Ideologias científicas e o diagnóstico médico-psiquiátrico. In: *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 43 (2):635, 1994).

um afastamento do paradigma clássico, inaugurado com o racionalismo, com o esquema dual cartesiano de causa-efeito, mas destacou-se por criticar as relações institucionais e o excessivo poder que o ambiente hospitalar favorece ao psiquiatra para a determinação da doença. Basaglia enfatizou o abuso do poder médico causado pela instituição hospitalar. Ele inverte as tradicionais perguntas formuladas em Psiquiatria. A clássica *o que causa a doença mental?* é substituída pelas *o que é doença mental? O que é psiquiatria? Quem tem dito o que é doença mental? Que princípios éticos têm sido usados para estabelecer o que é normalidade em Psiquiatria?* Como esclarece Paulo Amarante, "a desinstitucionalização é um processo prático de desconstrução e, ao mesmo tempo, um processo de invenção de novas realidades".[35] A Psiquiatria Democrática Italiana é movimento crítico de maior atenção porque pretende alertar o pesquisador, os mestres e os operadores da Medicina, para a importância do relacionamento entre o profissional e o perturbado, que não deve ser compreendido apenas como se fosse um objeto de estudo e trabalho. A prática médica deve favorecer a expressão do sujeito perturbado e não, como tradicionalmente acontece, servir para que a todo custo alguém seja *acalmado*. Tornar uma pessoa mais calma traduz tentativa de impor a costumeira disciplina que há tempos Foucault identificou, tanto na prática psiquiátrica quanto na penitenciária.

Os autores ocupados com o problema psiquiátrico que sucederam as obras de Foucault, como G. Rosen (*Locura y sociedade – sociologia histórica de la enfermidad mental,* Madrid, 1974), T. Szasz (*A fabricação da loucura*, Rio de Janeiro, 1976), F. Basaglia (*A instituição negada*, Rio de Janeiro, 1985), R. Castel (*A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*, Rio de Janeiro, 1978), J. Birman (*A psiquiatria como discurso da moralidade*, Rio de Janeiro, 1978) e R. Machado (*Danação da norma – medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*, Rio de Janeiro, 1978), buscaram abordar precisamente esta imperiosa necessidade de mudança no discurso psiquiátrico e, mais do que nunca, deixar patente que a Psiquiatria, antes de arte médica, tem sido a manipulação de um conjunto de saberes e práticas apoiados sobre um objeto construído chamado *doença mental.* Este objeto é o fundamental instrumento de trabalho do psiquiatra, que exerce seu mister, quer clínico ou acadêmico, acreditando na possibilidade de manter um saber científico onde o sujeito que observa é autônomo, neutro e absolutamente isento de julgamentos em relação ao observado. Enfatizam que esta atitude tem apenas contribuído para o aperfeiçoamento do poder e de seus instrumentos, como conceitos e classificações realizadas em torno da idéia de doença mental; tal estado de coisas permite ao médico ou ao pesquisador ficar a maior parte do tempo imparcial e ver o doente de cima, como se o diagnóstico psiquiátrico fosse racionalmente possível e objetivo em sua lógica. Assim sendo, as perspectivas críticas em psiquiatria procuram romper, a partir do âmbito teórico, com o modelo assistencial vigente, não exatamente através da destruição completa de todos os saberes, mas tentando refletir sobre para que realmente tem

(35) AMARANTE, Paulo. *O homem e a serpente – outras histórias para a loucura e a psiquiatria*, Rio de Janeiro : Fiocruz, 1996, p. 332.

servido o saber médico da atualidade. Concluem que a doença mental, enquanto objeto médico, transforma a loucura em doença e produz uma demanda social por tratamento e assistência, em que o louco (doente) é isolado do espaço social. Isto evidentemente incrementa poderes e requisita atenção e recursos públicos, bem como institui uma correlação entre terapeutização e punição, a fim de produzir uma ação pedagógica moral que possa restituir personalidades que estão desequilibradas a dimensões possíveis de convivência.

As perspectivas críticas sobre o doente mental têm a mesma natureza das perspectivas críticas respeitantes ao problema do criminoso, ou, noutras palavras, doença mental e crime, que a partir do nascimento da ciência moderna são entregues ao juízo médico e ao juízo penal, com as observações críticas são temas de novas reflexões, que acusam as práticas e teorias até então desenvolvidas como instrumentos de sustentação de poderes que nem sempre são producentes de melhor condição humana. O que deve ficar claro é que com a crítica não se pretende provocar uma revolução por meio de simples destruição de tudo o que foi construído nas áreas jurídica ou psiquiátrica. A crítica, em verdade, é qualificada enquanto conscientização de outra tendência humana: a auto-reflexão ou a recuperação do controle de um processo, que pode ser científico, sociológico, terapêutico, ou de qualquer outra natureza. Do mesmo modo, a crítica é indispensável a título de precaução para que os operadores institucionais amenizem esta característica a fim de não transformá-la, de instrumento, num fim em si mesma.

As abordagens que passaram a compor a assim chamada Nova Criminologia, especialmente a Criminologia Crítica, conservam as mesmas preocupações feitas no âmbito da Psiquiatria. Nesta, estão em questão as formulações que permitem diagnosticar a doença mental, compreendida como uma categoria básica do agir médico-psiquiátrico, bem como as conseqüências sociais resultantes do uso dessa categoria. Em Criminologia, o conceito de crime, de culpa, de processo de criminalização, o conceito de delinqüência, enfim, a dogmática jurídico-penal e seus principais discursos são reanalisados. Se para D. Cooper (*Psychiatry and anti-psychiatry*, Londres, 1967), a doença mental também é uma invenção, sobretudo da Psiquiatria, para através do diagnóstico (um verdadeiro rótulo) o indivíduo ser segregado da sociedade e anuladas suas autênticas necessidades, a concepção interacionista em Criminologia viabiliza que pontos de vista oriundos da sociologia criem espaço para que se mude seu tradicional objeto e método, que a notabilizaram como ciência das causas do crime, cujo autor, o delinqüente, é um ser com características próprias, capazes de constatação. Ou seja, assim como a postura sumamente etiológica em Psiquiatria é criticada porque induz preconceitos e distorções no trato com a verdade, em Criminologia, a partir das quatro últimas décadas do século XX, a postura etiológica também foi alvo de sérias contestações, haja vista a repercussão que a obra de Howard Becker (*Outsiders*, 1963) teve no âmbito acadêmico do Direito. A partir dela, existe a tese de que a conduta típica não é criminal por razões próprias do indivíduo, mas decorrente de um *status* oportunamente colocado sobre a personalidade do sujeito. A teoria do *labeling approach* sustenta ser possível mostrar como a situação de um criminoso diante das instituições jurídicas pode ser manejada autodestrutivamente para fins bem definidos, mesmo que, por vezes, inconscientes. A tese é

de que os operadores do sistema penal, através do hábil uso de princípios, conceitos, regimentos, linhas de pesquisa, fazem da personalidade do criminoso uma alegoria moral típica, tomada como desvaliosa entidade, receptáculo adequado para a manutenção do poder e do *status quo*. É possível dizer que para a mentalidade crítica em Criminologia o sistema penal teria sido inventado para não funcionar, ou seja, para não punir com justiça, para não regenerar delinqüentes, para não livrar a sociedade da criminalidade, mas, ao contrário disso tudo, para manter a criminalidade em níveis adequados e indispensáveis para que o poder repressor se justifique aos olhos do mundo. Se a prisão sempre foi compreendida como ineficaz no combate à criminalidade e, apesar disso, ainda é a principal forma de punir, é porque ela tem servido para outra coisa muito importante. A hipótese crítica, em poucas palavras, é de que a prisão tem permitido que algumas personalidades permaneçam livres às custas da prisão de outras. Além disso, ela continua viabilizando um trânsito energético psicológico compatível com a necessidade de excluir, disciplinar e desafogar sentimentos. Neste ensaio não é objetivo ampliar considerações sobre a crise que o movimento crítico está vivendo, pois interessa agora apenas alertar quanto às tendências críticas, presentes na Psiquiatria e na Criminologia.

As similaridades entre o manuseio da categoria doença mental e do crime são, portanto, evidentes. A proposta criminológica crítica mais sensata atualmente parece ser a que sustenta uma radical mudança de mentalidade. Igual raciocínio vale para a Psiquiatria. Terapias são necessárias, internamentos nem sempre podem ser evitados. Do mesmo modo, a prisão talvez ainda não possa ser dispensada em momentos graves. Todavia, a cultura não pode estar centrada na conveniência da existência do internamento e da penitenciária. É preciso que o psiquiatra, seus auxiliares e os pesquisadores desta ciência, abram suas mentes para o problema da estigmatização do perturbado, assim como o jurista deve estar sempre atento quanto ao andamento de suas idéias.

5. Conclusão

Sinais de mudança aos poucos aparecem. Em Psiquiatria é sintomática, por exemplo, a substituição do conceito de *doença mental* por *transtorno*.[36] Mesmo que a função da mudança esteja em primeiro lugar vinculada ao aperfeiçoamento do diagnóstico e só secundariamente voltada ao afrouxamento do rótulo de doen-

(36) A classificação nosográfica norte-americana (DSM-III-R, 1989), bem como a das Nações Unidas (CID-10, 1993) definem *transtorno mental* como o conjunto de sintomas ou comportamentos clinicamente reconhecíveis e associado, na maioria dos casos, a sofrimento para o indivíduo ou interferência em seu funcionamento pessoal. Neste caso, um certo conflito social, político ou sexual, por exemplo, por si só não configura um transtorno mental, a não ser que o desvio ou conflito seja sintoma da disfunção do indivíduo. Fato é que o diagnóstico de transtorno mental ainda depende muito da interpretação de fatos associados a um tipo de personalidade, o que transforma o conceito em verdadeiro "juízo psiquiátrico".

te, compreende-se que o estigma tem sido diluído. O diagnóstico de doença é intimamente etiológico. Com o conceito de "doença" tenta-se explicar uma certa dinâmica previsível, um prognóstico, sendo que a participação do médico é evitar que ele se realize plenamente, e para isso precisa encontrar causas e impedir suas conseqüências, porém a tentativa de reduzir a doença favorece a rotulação. Acontece algo semelhante ao que sucede em Direito Penal: para que alguns não sejam criminosos (doentes) será importante precisar muito bem *quem são os delinqüentes*. Há uma concentração de energia no processo de identificação do fenômeno, enquanto o doente não é um participante, mas mero sujeito do fenômeno e, por conseguinte, da ação do médico. Neste sentido, alguém, por muito menos é, por exemplo, um *psicótico* e, ademais, sempre assim o será caso outro alguém não interfira. Já o diagnóstico de "transtorno" é menos previsível, pois é sindrômico, compromete-se com um quadro clínico de feição mais complexa, cujas causas podem ser investigadas e num contexto mais dilatado de *manifestações clínicas*. Como observa José Reinaldo do Amaral, "o transtorno é um conjunto de sintomas ou comportamentos clinicamente reconhecível associado a sofrimento e interferência com funções pessoais. Com isto se dissolve o conceito de psicose. Se esta palavra anteriormente designava a própria doença mental, agora designa a perturbação do juízo da realidade (então os transtornos de humor não são psicóticos)".[37] Se por um lado esta mudança de postura pode até multiplicar as possibilidades de diagnósticos, uma vez que abandona o conceito puramente etiológico de doença, também comove o pesquisador a dar atenção a aspectos psicossociais que interagem com o funcionamento psicológico, ocupacional e de relações sociais do paciente, realçando a importância da qualidade de vida segundo uma visão global do homem.

Já no âmbito jurídico-penal, o conceito de crime ainda é fundamental em Direito Penal. Melhor dizendo, não é exatamente esta categoria a principal metáfora causadora dos principais problemas. Como entidade intelectual básica para o exercício das instituições jurídico-penais, o conceito de crime foi muito intelectualizado e não é fácil de ser relacionado a alguém. Neste caso, são qualificativos como *delinqüência*, *perigosidade*, *reincidência*, *culpabilidade*, *marginalidade*, entre outros, que fazem o papel prático buscado pelas instâncias, formais ou não. À vista disso, mais premente é a necessidade de mudança de mentalidade e, por conseguinte, de discurso e cultura, a começar pelas academias de Direito, deixando-se para um segundo momento as alterações dogmáticas. Deve ser evitada qualquer espécie de prejulgamento e todo uso acrítico de movimentos interpretativos. Ainda convém serem recusadas as generalizações baseadas em dados e observações leigas, notadamente provindas da imprensa ou do meio policial, assim como qualquer pretensão de estabelecer procedimentos ou disciplinas que impliquem adestramento.

No contexto do Direito já existem propostas abolicionistas mais ou menos coerentes. Talvez o momento seja o de reencontrar as histórias, do Direito Penal,

(37) AMARAL, José Reinaldo. Recentes mudanças no diagnóstico e classificação em psiquiatria. In: *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro : ECN, 45 (8):455, 1996.

da Criminologia, das instituições penais. Não há crítica saudável ou filosofia sem analise da História. Quando se está muito impressionado com uma realidade, uma maneira de reordenar as idéias é rever os acontecimentos e os discursos, na esperança de que apareçam sentidos que ainda não foram percebidos. A História indica que as instituições jurídico-penais têm sido um precioso condutor de poder que insiste em não ficar consciente de suas pontuações. De igual maneira, a linguagem sobre o Direito Penal, sua função e maneiras de penetração na mentalidade coletiva, também está contaminada de valores pouco ponderados. Certa perspectiva abolicionista é boa para a saúde, já o disse o professor da Universidade de Roterdã, Louk Hulsman: "a justiça criminal existe em quase todos nós assim como em algumas áreas do planeta o *preconceito de gênero* e o *preconceito racial* existem em quase todos". O professor Hulsman ainda observa que "a abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos. Tal mudança causa uma mudança na linguagem e, por outro lado, uma mudança na linguagem pode ser um veículo poderoso para causar mudanças em percepções e atitudes. Mudar a própria linguagem é algo que todos somos capazes de fazer".[38] Se a linguagem tem sido um contundente instrumento, deve-se ficar mais atento quanto a ela. Com efeito, foi referido que na atualidade as formas de poder não se dão como antigamente, através da repressão, do amedrontamento. Hoje a normalidade não é somente buscada através do aprisionamento, mas através da comoção, pois o que se visa não é inibir, mas motivar certas ações, inclusive da parte dos operadores do Direito, sejam delegados de polícia, juízes ou legisladores. A atuação é muito mais sutil e interveniente. *Normal* tem sido visto como aquele que tem certas iniciativas, compra certas coisas e emite certas opiniões. O silêncio e a paciência não são bem vistos. Assim como em nenhum outro lugar o observador interfere mais drasticamente no experimento do que na Psicologia (Jung), que tem na palavra seu instrumento de trabalho, o sistema penal tem sido sustentado muito mais através de um típico discurso ou de uma característica linguagem do que através de suas cadeias. As instituições como um todo estão vulneráveis a formas de discurso, e o sistema penal, como instrumento de repressão e adestramento, tem sido manipulado com astúcia por parcelas de poder. A situação é exatamente esta: vulnerabilidade. Ora, a comunidade científica, alertou Tomas Kuhn, é um processo educacional e não simplesmente tecnológico. E os discursos têm de nascer em algum lugar. A universidade deverá ser esse lugar, pois ela viabiliza o exercício da crítica e da conscientização, ao menos assim deve ser. A crítica tem de ser vivida na academia. Isto, evidentemente, pressupõe novo prestigiamento da Filosofia, pois não há ato filosófico sem crítica, assim como não há boa crítica sem filosofia.

Não é crível que um pensamento crítico unilinear seja capaz de explicar todos os problemas que a Criminologia e a Psiquiatria têm experimentado nas últimas

(38) HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: *Conversações abolicionistas – uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, São Paulo : IBCCrim, 1997, p. 212.

décadas. O momento é oportuno para considerar, segundo postura exlética,[39] os fenômenos culturais, políticos e psicológicos que têm participado dos acontecimentos, aceitando a hipótese de que a mente humana tem aspectos que são universais. Se a Criminologia e a Psiquiatria de algum modo estão interligadas, é óbvio que não é possível apenas falar de mentes doentes e personalidades criminosas, pois é tarefa pesquisar sobre quais são as potencialidades humanas que não podem ser realizadas plenamente numa sociedade moderna e em que nível a cultura interfere numa vida saudável e pretenciosa de ordem. É provável que se o jurista der atenção ao processo revolucionário que acontece na Psiquiatria, ao que existe de coletivo entre a prática desta e a da Criminologia, possa promover mudanças significativas em sua maneira de pensar, falar e, sobretudo, agir. Este é o ponto de partida para que a linguagem que está aí possa ser parcialmente abolida e outra, mais respeitosa, possa ser construída.

(39) Tome-se *exlética* como "processo de raciocínio utilizado para a obtenção de conhecimento que considera o envolvimento construtivo das partes na elaboração das respostas, soluções, ou novos entendimentos. Processo que se caracteriza por indagações abertas de todos os lados, por considerar que todos tem condições de contribuir e de fazer exposição sobre tudo, e por respeitar o saber das pessoas. Busca aberta. Aproveitamento integral do conhecimento geral (Grimm, 09.05.1997)" (*Cadernos de psicofonias de 1997*, Curitiba : SBEE, 1999, p. 151).

15

A JUSTIÇA MILITAR NO ESTADO DE PERNAMBUCO PÓS-REGIME MILITAR: UM LEGADO AUTORITÁRIO*

JORGE ZAVERUCHA

A capacidade de justiça do homem torna possível a democracia; a capacidade de injustiça do homem torna a democracia necessária – Reinhold Niebuhr

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A legislação penal e processual penal militar no Brasil – 3. A legislação penal e processual penal militar no Estado de Pernambuco – 4. A auditoria militar estadual em Pernambuco – 5. Timidas mudanças: vinho velho em frasco novo – 6. Conclusão

Resumo: Este artigo está baseado em pesquisa conduzida nos arquivos da Auditoria Militar do Estado de Pernambuco. A pesquisa mostra a violação do princípio básico de igualdade perante a lei devido a existência de dois sistemas de tribunais-civil e militar com diferentes procedimentos e sentenças para crimes semelhantes cometidos pelas polícias civil e militar. O artigo demonstra como o regime autoritário alargou o escopo da jurisdição militar, situação que pouco mudou quinze anos depois. A Justiça Militar continua funcionando de um modo híbrido. Pertence ao Judiciário mas a maioria de seus juízes são militares. Deste modo, a Polícia Militar tem condições de influenciar o resultado de certos julgamentos sem ter que assumir o ônus da decisão, pois a responsabilidade final pertence ao Judiciário civil. Finalmente, o artigo salienta a incompatibilidade entre a continuidade deste tipo de justiça militar e uma democracia que busca consolidar-se.

Palavras-chave: Democracia – Justiça Militar – Autoritartismo.

1. Introdução

É possível dividir os países em quatro categorias, refletindo os graus de jurisdição militar sobre a sociedade civil: a) Países em que os tribunais militares só têm jurisdição durante o período de guerra (Áustria, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Noruega e Suécia); b) Países em que os tribunais militares possuem jurisdição tanto em tempo de guerra quanto em tempo de paz, contudo, é vedado o

(*) Publicado no *Latin American Research Review*, v. 34, n.º 2, 1999:43-73.

julgamento de civis (Inglaterra e EUA); c) Países que permitem civis serem julgados por tribunais militares mas, somente, se civis tiverem cometido crimes contra a segurança externa do país ou das forças armadas (França, Itália, Argentina e Uruguai), ou durante estado de sítio (Colômbia) ou em casos de crime de terrorismo (Peru); d) Países que adotam uma ampla jurisdição militar sobre civis em tempo de paz (Espanha de Franco; Chile de Pinochet; Filipinas de Marcos durante a lei marcial de 1974-1981 e o Brasil pós-constituição de 1988).

Como Franco e Marcos já faleceram e Pinochet já não mais preside o Chile, o Brasil passa a ser o exemplo de país onde códigos penais militares determinam que civil deva ser julgado por tribunal militar mesmo que tenha cometido crime ordinário, o mesmo acontecendo com militar que utilize arma militar para assaltar um supermercado. Segundo comissão criada, em 1990, pelo ex-presidente Patricio Aylwin, uma das razões que facilitou o desrespeito aos direitos humanos durante o governo Pinochet, foi a existência de um Código Penal Militar que violava direitos elementares em vários de seus artigos.[1] Convém lembrar que no Brasil, ao contrário do regime inaugurado pelo General Pinochet, em 1973, nunca houve uma declaração formal de existência de estado de guerra. Enquanto os chilenos eram julgados por conselhos de guerra, os brasileiros foram julgados por tribunais militares baseados em códigos militares em tempo de paz.[2]

Como se nota, há uma tendência em países democráticos de abolir os tribunais militares em tempo de paz ou restringir o máximo possível o escopo da jurisdição militar. Stepan sugere que os países que conseguiram reduzir a jurisdição militar para a situação anterior à emergência de governos autoritários e onde civis não estão sujeitos a julgamentos em tribunais militares, a consolidação democrática avançou.[3]

Há a idéia de que a jurisdição militar é uma criação social e, portanto, faz-se necessário assegurar que a mesma seja socialmente aplicada e controlada. O Judiciário Militar só poderá conquistar legitimidade democrática caso os conflitos de interesse sejam dirimidos através de regras, procedimentos e competência aceitos pela sociedade. Infelizmente, não é este o caso da Justiça Militar Brasileira. Até mesmo o Código Penal Militar e o Código de Processamento Penal Militar, leis básicas usadas na composição das lides penais militares, redigidos no auge do regime militar, continuam intactos.

Baseado em pesquisa feita nos arquivos da Auditoria Militar do Estado de Pernambuco,[4] este artigo procurará mostrar:

(1) *Informe da Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Santiago, 1991:837.

(2) International Commission of Jurists. *Chile: A Time of Reckoning-Human Rights and the Judiciary*. Geneva : Center for the Independence of Judges and Lawyers, 1992: 55.

(3) Alfred Stepan. *Rethinking Military Politics: Brazil and the Southern Cone*, Princeton : Princeton University, 1988: 97.

(4) O acesso aos arquivos estaduais, onde estão os processos já julgados, é difícil. Consegui realizar a pesquisa valendo-me de contactos desenvolvidos com policiais progressistas durante os cursos de Ciência Política que ministrei nos Cursos Superior

a) A violação do princípio básico de igualdade perante a lei devido à existência de diferentes tribunais (um civil e outro militar) com procedimentos legais e sentenças distintas, julgando crimes similares cometidos por policiais civis e militares;

b) Como o regime autoritário aumentou a competência da jurisdição militar e que, decorridos mais de uma década do término do regime autoritário, a situação pouco se alterou;

c) Que a Justiça Militar do Estado de Pernambuco funciona de um modo híbrido: embora seja um órgão do Poder Judiciário, e não da Polícia Militar, a maioria dos juízes são militares embora os advogados sejam civis e os processos sejam conduzidos pelo Ministério Público.[5] Assim sendo, os policiais militares têm a capacidade de influenciar o resultado dos julgamentos sem precisar carregar o ônus das decisões, já que a responsabilidade final é do Poder Judiciário;

d) Mostrar a incompatibilidade entre a permanência deste tipo de justiça militar e uma democracia que almeje se consolidar.[6]

2. A legislação penal e processual penal militar no Brasil

No ano de 1891, foi elaborado o primeiro Código Militar, que entraria em vigor em 1899, através da Lei 617, de 29.09.1899, ao qual foi dado o título de Código Penal da Armada. A Constituição de 1934, através do Artigo 63, institucionalizou os juízes e Tribunais Militares como órgãos do Poder Judiciário, retirando-lhes o caráter administrativo que até então possuíam. Em 24.01.1944, portanto, ainda durante a ditadura de Getúlio Vargas, era concebido e promulgado o Código Penal Militar (CPM).

Forças Armadas, Polícia Militar (PM) e Justiça Militar são instituições ligadas à segurança pública. Elas contribuem para revelar a natureza sócio-política do país. Prática comum em regimes autoritários, com o advento do regime militar em

de Oficiais e de Aperfeiçoamento de Oficiais da Polícia Militar de Pernambuco. Como a jurisdição militar é, praticamente, idêntica em todos os Estados, os dados coletados em Pernambuco refletem, em boa dose, a situação das demais auditorias militares estaduais.

(5) Nos Estados Unidos, a Lei Militar funciona como um sistema de jurisprudência independente do judiciário civil. Edward S. Sherman, The Civilianization of Military Law, *Maine Law Review*, vol. 22, 1970, p. 3.

(6) Enquanto o conceito de transição para a democracia é de razoável fácil definição e operacionalização, o mesmo não ocorre com o conceito de consolidação democrática. Schneider sugere desagregar o conceito de regime democrático. Deste modo, o enfoque da análise deixa de lado a discussão sobre se o sistema político, como um todo, está consolidado. A ênfase passa a ser sobre como diferentes componentes de uma democracia funcionam. No caso específico, o das relações civil-militar, ou seja, como a Justiça Militar afeta o exercício da cidadania. Ben Ross Schneider. Democratic Consolidations: Some Broad Comparisons and Sweeping Arguments. In: *Latin American Research Review*, vol. 30, n. 2, 1995:220-221.

1964 o espectro da legislação militar cresceu significativamente. Foram triplos os propósitos: a) proteger os membros das forças repressoras ao dificultar ou até mesmo impedir que tribunais comuns julguem os militares da ativa; b) fazer com que civis possam ser julgados por cortes militares, seja por terem cometido crimes comuns ou políticos, elevando, via intimidação, os custos da oposição em se engajar numa ação coletiva de oposição;[7] c) legitimar a violência estatal aos olhos do cidadão, induzindo-o a aceitar as normas da ordem estabelecida.[8]

Em 27.10.1965, o Ato Institucional 2 (AI-2) reformulou o escopo da Justiça Militar estabelecido pela Constituição de 1946. O Art. 8.° do AI-2 fez com que o parágrafo 1.° do Art. 108 da Constituição de 1946 passasse a vigorar com a seguinte redação:

"Parágrafo 1.° Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão dos crimes Pastos na lei 1.802, de 05.01.1953; Parágrafo 2.° – A competência da Justiça Militar nos crimes referidos no parágrafo anterior, com as penas aos mesmos atribuídas, prevalecerá sobre qualquer outra atribuída em leis ordinárias, ainda que tais crimes tenham igual definição nestas leis; Parágrafo 3.° – Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os governadores de Estados e seus secretários nos crimes referidos no parágrafo primeiro, e aos Conselhos de Justiça nos demais casos."

Civis, portanto, passaram a ser mais facilmente julgados por cortes militares. A competência da justiça militar e suas sentenças prevaleceu em novos crimes, sobre a justiça comum e leis ordinárias, e o foro que julga governadores e secretários de estado ficou sendo o militar. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1 de 17.10.1969 (Constituição de 1969) incorporaram à Carta Magna os princípios adotados pelos Atos Institucionais. O que era ato de exceção transformou-se em cláusula constitucional. A Constituição de 1967 assim definiu a competência da justiça militar:

"Art. 122. À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

Parágrafo 1.°. Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expresso em lei para repressão de crimes confia a segurança nacional ou as instituições militares, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo 2.°. Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referidos no parágrafo 1.°.

Parágrafo 3.°. A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra."

(7) Charles Tilly. From Mobilization to Revolution, Massachussets : Adinson-Wesley, 1978:100.

(8) Anthony Pereira. The Shackled Monster: State Violence and Legal Present, manuscrito, 1995:23.

O Art. 129 da Constituição de 1969 repete o Art. 122 da Constituição de 1967, com duas importantes exceções: a) no parágrafo 1.° desaparece a possibilidade de haver recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal; b) desaparece a expressão "em tempo de guerra" do parágrafo 3.°, ou seja, a lei regulará a aplicação das penas da legislação militar subentendendo-se que seja em tempo de paz e/ou de guerra. Por conseguinte, a Constituição de 1969 reflete o clima de crescente autoritarismo no país, já que fica vedado o recurso de civis à instância civil e uma lei regula as penas da legislação militar não apenas na guerra, mas, também, na paz.

Convém lembrar que o regime militar estava cada vez mais empenhado em fortalecer o papel das polícias militares como parte do aparato repressivo. Em Minas Gerais, por exemplo, o regime militar criou a Escola de Contraguerrilha de Imbiraçu (ECGI) cujo objetivo era ensinar aos policiais militares, dentre outras, técnicas de interrogatório, avaliação e interpretação de propaganda subversiva além de luta e sobrevivência na selva.[9] Em termos legais, o Decreto Lei 667 de 02.07.1969, em seu artigo 3.°, estipulou que cabia às Policias Militares "executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, o *policiamento ostensivo* (grifei), fardado, planejado pelas autoridades competentes, afim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos". Por este mesmo decreto, foi criada a Inspetoria Geral das Polícias Militares (IGPM), órgão vinculado ao Ministério do Exército, e responsável pelo controle das Polícias Militares, até os dias de hoje.

Para complementar a Constituição de 1969, a Junta Militar, que governou o país devido ao impedimento do General-Presidente Artur da Costa e Silva, emitiu os Decretos-lei 1.001, 1.002 e 1.003, todos de 21.10.1969, que regulamentaram, respectivamente, os Código Penal Militar (CPM), o Código de Processo Penal Militar (CPPM) e a Lei de Organização Judiciária Militar. Estes diplomas legais, redigidos no auge da repressão política, continuam válidos até os dias de hoje. Leis que servem tanto aos interesses de um regime autoritário como a uma ordem dita democrática, são leis incapazes de regulamentar grandes transformações políticas.

Havia um nítido interesse por parte do regime autoritário em militalizar as leis do país. Afinal, a lei faz parte do aparato ideológico de qualquer regime, seja ele democrático ou autoritário. Por isso mesmo, a lei sempre acompanhará o exercício da violência e da repressão física. Ou seja, há uma ideologia que legitima a violência. No caso da democracia seria a dominação com consentimento dos subordinados. No autoritarismo, a dominação se dá sem tal consentimento, redundando no uso sistemático da repressão política.

O próprio Ministro da Justiça, Luiz Antônio da Gama e Silva, na exposição de motivos do novo Código de Processo Penal Militar confidenciou que pretendeu tornar os militares mais imunes à regulamentação ordinária:

(9) Segundo um ex-aluno da ECGI, cabo PMMG Antonio Cassemiro da Silva, vários ex-colegas participaram na luta contra a guerrilha do Araguaia, ao lado das forças do Exército. Joaquim de Carvalho, O diário de um contra, *Veja*, 16.12.1992.

"Procurou o Projeto realizar uma codificação que abrangesse toda a matéria relativa ao processo penal militar, sem ter o seu aplicador a necessidade, a não ser em casos especialíssimos, sempre imprevisíveis, de recorrer à legislação penal comum, como acontece atualmente, com freqüência, por motivo das omissões do Código da Justiça Militar vigente.

Teve, igualmente, em vista, traduzir em preceitos positivos, a tradição e os usos e costumes militares. resguardando os princípios de hierarquia e disciplina que regem as Forças Armadas. Assim, desde a investigação policial militar e a instrução criminal até o julgamento, estão aqueles princípios meticulosamente preceituados."[10]

A Constituição de 1988, de origem indiscutivelmente democrática, terminou por inovar para pior com o Artigo 124: "À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e competência da Justiça Militar".

Em vez de caber à Justiça Militar o papel de julgar, primordialmente, militares que tenham cometido crimes estritamente militares, restringindo, ao máximo, o julgamento de civis, o referido artigo estipulou caber à Justiça Militar julgar os crimes militares definidos em lei ordinária. Como a lei ainda não foi regulamentada, embora haja ocorrido, em 1993, revisão constitucional[11] o diploma legal que define o que é crime militar continua sendo Código Penal Militar de 1969.

A inovação só seria proveitosa caso tivesse vindo acompanhada de uma lei ordinária que restringisse, ao máximo, a definição de crime militar, e aceitasse, em condições muito especiais, ou, até mesmo, impedisse o julgamento de civis por corte militar além de estipular que militares da ativa pudessem ser julgados por tribunais comuns. Portanto, a Constituição Federal de 1988, saudada como um marco jurídico de uma nova era política, não alterou democraticamente os princípios que nortearam a justiça militar durante o regime autoritário.

Mas, o que vem a ser um crime militar? Existe uma tendência nos países democráticos a considerar crime militar em tempo de paz aquele no qual somente o militar, dada a sua investidura de militar, pode cometer. Por exemplo: inobservância do dever militar (espécie em que se compreende o sono em sentinela ou vedeta), deserção, abandono de posto, covardia, motim, insubordinação contra autoridade militar, espionagem, além dos já previstos em tempo de guerra. Há o caso dos EUA onde crimes comuns como roubo, estupro, assassinato, etc., cometidos dentro de instalação militar são julgados por corte militar. Se o militar comete, todavia, este mesmo tipo de crime fora de área militar ele é passível de ser julgado por corte comum por tais crimes e por corte militar por má-conduta

(10) Luiz Cláudio Alves. *Manual de Legislação Penal Militar.* Rio de Janeiro : Destaque, 1994:147-148.

(11) A Constituição de 1988 foi concebida como sendo mais uma lei normativa do que um projeto político de longo prazo. A prova disso é que ficou estabelecido no Art. 3.º das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão da Constituição após cinco anos de sua promulgação.

militar. Ou seja, há uma preocupação em se delimitar a esfera de competência da justiça militar.

No Brasil, todavia, a definição de crime militar é incomensurável, haja vista que tal artigo foi feito para proteger os militares que participavam da repressão política e, simultaneamente, intimidar civis. Vejamos a redação do artigo 9.º do CPM:

"Consideram-se militares, em tempo de paz: I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito a administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal; III- os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil contra instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar, contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício. acampamento, acantonamento ou ; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função da natureza militar, ou do desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a legal superior."

Em outras palavras, praticamente qualquer tipo de crime cometido por militar é considerado militar. Crime militar e crime cometido por militar tornaram-se expressões idênticas. Não importa se o agente é militar da ativa em serviço ou fora de serviço. Basta cometer um ilícito usando uma arma militar que se enquadra na definição de crime militar. Isto contribui para tornar a competência jurisdicional da Justiça Militar Brasileira deveras ampla.

3. A legislação penal e processual penal militar no Estado de Pernambuco

O sistema policial brasileiro apresenta uma ordenação bem diferente da encontrada em outros países. O Estado Brasileiro possui quatro polícias de investidura

civil: duas fardadas – Rodoviária e Ferroviária, duas à paisana – Federal e Civil. Existe uma polícia civil em cada Estado e sua função é investigativa, ou seja, atua após o crime ter sido cometido. Há ainda uma polícia de natureza militar: as Polícias Militares estaduais.

Ao contrário, por exemplo, da Gendarmerie francesa ou dos Carabinieri italianos, as PMs não têm a função de policiar os militares federais. Esta é uma atribuição das polícias de cada força federal (polícia do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, o equivalente a Military Police nos EUA), embora tais polícias, incluindo as PMs estaduais, sejam regidas pelos mesmos códigos penais militares e por códigos disciplinares semelhantes. A tarefa das PMs é fazer o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. As PMs antes do golpe militar de 1964, viviam aquarteladas nos grandes centros urbanos e não faziam o patrulhamento das ruas. Com o advento do regime militar, saíram dos quartéis e passaram a fazer atividades anteriormente confiadas à polícia civil, inclusive controlando o tráfego de veículos.

A Constituição de 1988, em vez de tentar fazer com que as polícias civis recobrassem seu status anterior ao golpe, concedeu às polícias civis apenas as funções de polícia judiciária e a responsabilidade pela apuração de infrações penais, exceto as militares. O poder adquirido pelas PMs, por conta do regime autoritário, de policiamento ostensivo e manutenção da ordem pública foi inclusive ampliado. Enquanto no regime militar a PM tinha o papel de executar o policiamento ostensivo, a partir de 1988, a PM passou a ser a própria polícia ostensiva, gênero do qual a o policiamento ostensivo é espécie.[12]

No Brasil, existem militares federais – os membros das Forças Armadas – e militares estaduais – os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros militares estaduais. Em termos mundiais, quando ocorre golpe de estado é comum que as Forças Armadas passem a controlar as polícias. Por isso mesmo, quando ocorre a transição do autoritarismo para a democracia faz-se a separação entre forças da ordem externa e interna. Em geral, as Forças Armadas ficam vinculadas ao Ministério da Defesa e as polícias ao Ministério do Interior ou da Justiça.

A Constituição de 1988 tomou um rumo distinto de outros países. Pela primeira vez na história republicana brasileira, os militares estaduais passaram a ser oficialmente considerados servidores militares (Art. 42). Isto garantiu que os militares estaduais continuassem a ser submetidos aos mesmos códigos penais militares e códigos disciplinares similares que regem os militares federais. O Exército, por sua vez, continuou controlando as PMs e Bombeiros Militares, garantindo sua ingerência em assuntos domésticos. De acordo com o Art. 22, XXI, cabe à União, leia-se Exército, a responsabilidade pelas normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das Polícias Militares. A única diferença em relação ao regime militar é que o Exército perdeu o controle sobre a instrução das PMs.

(12) Jorge César de Assis. *Justiça Militar Estadual*. Curitiba : Juruá, 1992:24.

Os governadores de Estado passaram a ter o direito de nomear os comandantes-gerais das PMs. Contudo, segundo o Decreto 88.777, de 30.09.1993, Art. 7.°, ainda em vigor, os governadores precisam de autorização do Estado Maior do Exército para construir novos quartéis. É que as PMs estão atreladas aos planos de Defesa Interna e Territorial do Exército. Inclusive, em casos de subversão da ordem ou de sua irrupção, as PMs passam ao controle das Regiões Militares do Estado, pouco importando a opinião do governador que, não obstante, continuará pagando os salários dos policiais militares.

Como há no Brasil militares federais e estaduais, também existe justiça militar federal e estadual. Nos Estados cujos efetivos da Polícia Militar (PM) é superior a vinte mil homens, existem Auditorias e Tribunais de Justiça Militar (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul). Estes tribunais representam a segunda instância da Justiça Militar. Como a PM de Pernambuco é formada por menos de vinte mil homens, há apenas a Auditoria Militar. São os Tribunais de Justiça Comum que analisam os recursos em segunda instância.

Um detalhe significante: nem as auditorias militares estaduais nem os tribunais militares estaduais são órgãos das Polícias Militares, e sim do poder judiciário. Isto confere um inusitado caráter híbrido ao sistema judiciário brasileiro e uma situação bastante cômoda para os militares. A maioria dos juízes são militares quer nas Auditorias Militares Estaduais (quatro militares para um civil) quanto nos Tribunais Militares Estaduais (quatro militares para três civis). Contudo, são civis os Juízes Auditores togados; os promotores públicos que atuam na Auditoria com poderes para processar e recorrer; os advogados – desde que inscritos na OAB e os desembargadores componentes dos Tribunais de Justiça comum. Portanto, por exemplo, se a denúncia contra um torturador é rejeitada pelo Juiz Auditor Militar estadual, o ônus é do judiciário e não da Polícia Militar, embora saiba-se da possibilidade da PM influenciar o juiz. Em suma, todas as decisões tomadas pela Justiça Militar são de responsabilidade do judiciário.

Embora militares federais e estaduais sejam considerados servidores militares, a Constituição de 1988 concedeu competências distintas para as justiças federal e estadual no julgamento de civis. Enquanto civis continuam a ser julgados por cortes militares federais por crimes comuns ou políticos, o mesmo não ocorre nos tribunais estaduais (Art. 125, parágrafo 4.°). Embora, em Pernambuco até 24.04.1993,[13] civis vinham sendo julgados pela Auditoria Militar Estadual sediada em Recife, numa clara violação à Carta Magna. Se não vejamos alguns exemplos coletados na Auditoria Militar:

"a) No dia 29.06.1989, Carlos Braga de Souza em um bar no município de Palmeirinha, foi advertido pelos Soldados PM José Henrique da Silva e Antonio Tenório Cavalcanti para que parasse de jogar bebida nos presentes. O acusado

(13) Data do Diário do Poder Judiciário de Pernambuco (p. 8-11), onde o Juiz Auditor da Justiça Militar do Estado de Pernambuco, pela primeira vez desde 1988, julgou-se incompetente e enviou para a justiça comum processos onde civis são denunciados por terem praticado crimes contra policiais militares.

desacatou os militares e foi enquadrado no art. 299, CPM; b) No dia 07.10.1989, no cruzamento da Av. Cons. Aguiar com a rua Ribeiro de Brito, Brivaldo Markman não se conduzia condignamente no trânsito acionando sistematicamente a buzine do seu carro. A soldada PM Grécia Maria Tobiares pediu calma pois o semáforo estava quebrado. Foi então ameaçada e insultada com palavrões. Por isso, o acusado foi enquadrado nos artigos do CPM, 223 (ameaça) e 299 (lesão leve); c) No dia 10.02.1990, Antonio Carlos Pimentel da Paz Portela e Neidson Lima Ramalho se envolveram numa briga. O soldado PM Ricardo José de Freitas e o 3.º Sargento PM Paulo Roberto Pires da Silva procuraram acalmar os ânimos. Os civis reagiram jogando um paralelepípedo contra o veículo Agrale da PMPE. Os réus foram enquadrados nos seguintes artigos do CPM: 209 (lesão leve); 301 (desobediência) e 259 (dano simples); d) No dia 14.03.1990, trafegava o carro do Corpo de Bombeiros (CB) com as sirenes abertas e faróis acesos, pois iria apagar um incêndio. Todos os veículos que iam a sua frente pararam na forma estabelecida pelo Código Nacional de Trânsito. Ao atingir a estrada do Bongi, o carro foi violentamente abalroado pela caminhonete de placa BW-2615 da Cia. de Eletricidade de Pernambuco (Celpe), dirigida por Sebastião Viriato de Lima. Do choque resultou a morte de duas pessoas que viajavam na caminhonete da Celpe e sérios danos na viatura do CB. O motorista da Celpe foi acusado de ter cometido crime militar por ter danificado uma viatura militar; e) No dia 15.12.1992, Severino Bezerra da Silva não obedeceu a ordem de prisão de autoridade militar. Foi enquadrado no artigo 301 (desobediência) do CPM."

Os bens militares juridicamente protegidos e os interesses da Instituição Militar, tanto federal como estadual, não recebem tratamento diferenciado nos Códigos Penal Militar. Portanto, dado que os procedimentos processuais são os mesmos no Código de Processo Penal Militar, fica juridicamente difícil entender porque somente o foro militar estadual esteja proibido de julgar civis. A explicação é política: as Forças Armadas concordaram com a proibição de civis serem julgados em tribunal militar estadual desde que permanecesse o direito da Justiça Militar Federal de julgar civis.

Portanto, houve um avanço democrático no sentido de impedir que civis sejam julgados por tribunais militares estaduais. Mas, como os constituintes aprovaram, como mencionado anteriormente, que civis continuariam a ser julgados por tribunais militares federais começaram a ocorrer situações juridicamente incompatíveis com a legalidade de um regime democrático. Por exemplo, numa greve onde um manifestante tenha sido espancado por policial civil ou federal, ter-se-ia a competência da Justiça Comum para conhecer o ilícito. Em sendo policial militar ou do exército os espancadores, competiria à Justiça Militar Estadual e Federal julgar os policiais. Caso fosse o manifestante civil quem tivesse simultaneamente apedrejado os quatro policiais, caberia à Justiça Comum julgar o agressor do policial civil e do policial federal e do policial militar, e à Justiça Militar Federal julgar o agressor do policial do exército. Teríamos, para uma mesma conduta ilícita, penas distintas proferidas por tribunais diferentes, ferindo um dos cernes do Estado de Direito que prevê o tratamento equânime dos indivíduos sob o império da lei.

Dada a ampla definição do que vem a ser crime militar em tempo de paz, a competência da justiça militar atinge proporções tais que, embora, de direito a Justiça Militar seja uma Justiça Especializada, em certas circunstâncias, atua como um Tribunal de Exceção. Daí sua legitimidade ser constantemente questionada pois estabeleceu-se uma sinonímia entre foro privilegiado e justiça especializada. Se um policial militar praticar o assalto usando arma da corporação,[14] se um policial mesmo fora de serviço assassina sua esposa usando arma e/ou munição militar,[15] se um policial militar comete um estupro de maior ou de menor,[16] se um bombeiro militar danifica viatura militar,[17] se um policial militar atropela e mata transeunte conduzindo viatura militar,[18] se um policial militar se embriaga e mata com arma da corporação,[19] se um policial ofende a integridade,

(14) No dia 05.05.1990, o soldado PM Edgeldo Soares de Albuquerque, fora de serviço, foi preso e autuado em flagrante por ter usado arma da corporação na prática de um asssalto. O crime foi considerado militar devido ao mesmo usar arma da corporação.

(15) No dia 25.08.1990, o soldado PM Severino Manoel de Lira assassinou sua mulher com um disparo. Mesmo estando fora de serviço, o crime foi considerado militar por ter sido praticado com revólver da corporação.

(16) No dia 18.07.1990, o soldado PM Enaldo Gomes da Mota estuprou a menor de 14 anos de idade, Andreia Pereira de Andrade. Mesmo estando fora de serviço, o estupro foi considerado crime militar. Basta que o policial use o revólver da corporação ou até mesmo o cinto de sua farda para constranger a mulher a conjunção carnal, que o crime será considerado militar.

(17) No dia 09.041989, o soldado do Corpo de Bombeiros (CB), Ednelso Rogério Mendonça, ao dirigir embriagado uma lancha do CB abalroou-a no cais lançando o cabo do CB Aristóbulo de Souza Palmeira, que se encontrava na proa, contra as pedras, matando-o. Além do intrigante fato do bombeiro ser considerado servidor público militar, caso único no mundo, o inusitado é que o crime foi considerado militar pelo fato daquela lancha ser tida como um "veículo militar".

(18) No dia 22.12.1987, o soldado PM Carlos Ubiraci Barbosa de Gusmão se encontrava de serviço quando entrou na curva da rua do Entroncamento com a Av. Rosa e Silva em alta velocidade. Perdeu o controle do veículo militar e foi de encontro a um automóvel, esmagando a vítima que entrava no mesmo. Uma morte devida a acidente de trânsito foi considerada crime militar, no caso, homicídio culposo.

(19) No dia 17.02.1987 o soldado PM João Batista Barbosa de Farias chegou embriagado em um bar e começou a provocar pessoas que ali se encontravam. Foi convidado a beber em sua mesa por Raimundo Lacerda da Silva, que replicou "não beber com fresco". Mesmo assim, sentou-se na mesa dele e bebeu. Depois resolveu levá-lo preso para o pelotão da PM de Araripina. Ao solicitar que Raimundo pegasse sua bicicleta, o denunciado o advertiu apontando o revólver: "pegue, mas não corra, senão eu atiro nas suas costas". Nas proximidades do pelotão, inopinadamente fez um disparo contra o pescoço da vítima ocasionando-lhe a morte. Mesmo estando fora de serviço, o crime foi considerado militar devido a arma ser da corporação. Já no dia 07.05.1984, o sargento PM Severino Nascimento Cruz estava bebendo num bar em Olinda quando chamou a garçonete de prostituta por

corporal de alguém[20] ou pratica a tortura[21] etc., todos estes casos serão de competência da justiça militar.[22]

Do mesmo modo, se um policial militar em serviço juntamente com um policial civil estupram uma jovem, ambos serão punidos diferentemente. O policial civil, ao contrário do policial militar, está sujeito à Legislação Penal de Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 06.09.1994). Por isso mesmo, poderá ser condenado de nove a quinze anos de prisão, enquanto o policial militar receberá uma pena de três a oito anos de reclusão, de acordo com o CPM. Caso um policial civil e um

duas vezes, no que foi advertido pelo soldado PM Nelson Manoel Siqueira, que o concitou a pedir desculpas pela grosseria praticada. Logo a seguir, chegou o dono da lanchonete que procurou saber o que estava acontecendo, sendo colocado a par dos fatos pelo soldado. Isto desagradou o sargento, surgindo daí uma discussão. O sargento aplicou um soco no soldado e este reagiu com dois disparos. Mesmo estando ambos fora de serviço, o crime foi considerado militar por ter sido usado o revólver da corporação.

(20) No dia 17.09.1981, o Tenente-Coronel PM Gerson de Azevedo Viana penetrou nas dependências da Clínica Traumatológica do Centro Hospitalar da PM, onde se realizava uma reunião entre médicos que ali trabalhavam. Após proferir palavras ofensivas contra os presentes o coronel terminou por agredir fisicamente o médico da clínica, Romeu Krause Gonçalves, alegando demora no atendimento de sua filha. Mesmo fora de serviço, o crime foi considerado militar (lesão leve).

(21) Na madrugada do dia 05.03.1995, Cícero Roberto Henrique de Vasconcelos e Juarez Freire de Andrade foram presos sob a acusação de matar um soldado da PM. Foram levados para um matagal nas proximidades de Santa Maria da Boa Vista e torturados pelo primeiro-tenente da PM Gílson Barbosa Cantidiano de Andrade, pelo soldado Deoclécio Cariri Lopes e por outro soldado conhecido por Bartolomeu. De acordo com o documento do promotor da referida cidade, Geraldo Diniz de Melo, a tortura consistiu em espancamento, inclusive nos testículos, colocação de pedras nas bocas das vítimas, furadas de espinhos de xique-xique, entubação de mangueira de pressão em suas bocas, introdução de ponta de faca em baixo das unhas e, para completar, Cícero e Juarez tiveram seus bigodes arrancados por uma pinça. Em seu despacho o promotor alegou que a apuração do crime é da competência da Justiça Militar e solicitou à juíza de Santa Maria da Boa Vista que o processo fosse encaminhado à Auditoria Militar. Promotor desiste de denunciar policiais, *Jornal do Commercio*, 28.07.1995.

(22) A bem da verdade, pode acontecer a duplicidade de inquéritos, como no caso envolvendo os soldados PM João Pereira Florêncio da Silva e Raimundo João de Andrade Neto. Em 23.03.1991, os acusados espancaram Waldemar Gregório de Souza, na cidade de Granito. O Inquérito Policial foi instalado em 26.03.1991 e o IPM em 25.07.1991. Os dois processos correram paralelamente na Justiça Comum e Militar. Somente quando o réu começou a ser julgado pela Auditoria Militar é que esta, através do advogado dos réus, ficou ciente da duplicidade de julgamento. Como o julgamento encerrou-se primeiro na Justiça Comum a Auditoria Militar resolveu arquivar o processo. Devo esta informação a Nilton Cunha Jr.

militar tenham cometido homicídio culposo e ocultado o cadáver da vítima, o PM se verá na contingência de ter que responder pelo ilícito em dois tribunais: civil e militar.

Como o Código Penal Militar não prevê o crime de ocultação de cadáver, o PM será indiciado pelo Art. 211 da legislação penal comum, mas responderá pelo crime de homicídio perante autoridade militar judiciária. O policial civil, por sua vez, responderá pelos dois crimes em um mesmo tribunal. Não se justifica, dentro dos parâmetros da legalidade democrática, que para uma mesma conduta ilícita (homicídio), existam duas penas distintas. Caso o homicídio seja culposo o Art. 206 do CPM estipula uma pena de detenção, de um a quatro anos. Já o Art. 121, parágrafo 3.º do Código Penal comum (CP) determina a detenção, de um a três anos. Em sendo o homicídio simples tanto o policial civil quanto o militar receberão a mesma pena: reclusão de seis a vinte anos (Art. 121, CP e Art. 205, CPM). Também não se justifica que o crime de homicídio cometido pelo PM seja considerado militar mas, ocultamento de cadáver, decorrente ou não de homicídio praticado pelo PM, seja tido como crime comum.

Outra parcialidade considerável na legislação penal militar é a impossibilidade do Assistente do Ministério Público de praticar certos atos que lhes são assegurados na legislação comum. Ou seja, a impossibilidade de recorrer, em qualquer circunstância, sem a concorrência do Ministério Público.[23] De acordo com o Código de Processo Penal Militar (CPPM), Artigo 65, parágrafo 1.º, o Assistente não pode "arrolar testemunhas, exceto requerer o depoimento das que forem referidas, nem requerer expedição de precatória ou rogatória, ou diligência que retarde o curso do processo, salvo, a critério do juiz e com audiência do Ministério Público, em se tratando de apuração de fato do qual dependa o esclarecimento do crime. Não poderá, igualmente, impetrar recursos, salvo de despacho que indeferir o pedido de assistência". Portanto, se um PM acusado de ter assassinado um civil for inocentado, o Assistente do Ministério Público não poderá recorrer da sentença, por mais absurda que lhe pareça. Todavia, se o crime tivesse sido praticado por um policial civil, e julgado em tribunal ordinário, o referido Assistente poderia recorrer da sentença absolutória.[24] Afora isto, o Artigo 25 do CPPM veda o desarquivamento do inquérito policial militar, o que significa que ante o surgimento de novas provas um novo inquérito policial militar deve ser instaurado. O fator tempo conta a favor do acusado, pois o tempo embaça as provas e favorece a prescrição.

O Artigo 65 do CPPM favorecia duplamente o regime militar. Primeiro, porque o Ministério Público na época praticamente não tinha autonomia, i.e., se curvava muito mais à coerção do regime militar do que o desafiava. Assim sendo, se um tribunal militar de primeira instância resolvesse inocentar um militar por razões políticas, era suficiente que o Ministério Público não recorresse da sentença para

(23) Tal qual no processo penal comum, no processo penal militar, o Ministério Público promove, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (Artigo 129, I, da CF de 1988).

(24) Devo esta observação a Gilberto Marques.

que o acusado ficasse livre, pois como se viu acima, as mãos do Assistente do Ministério Público estavam atadas. Segundo, caso um réu civil fosse inocentado, mas o Ministério Público por motivação política desejasse prejudicar o réu, poderia apelar ao Superior Tribunal Militar fazendo com que o civil ficasse alguns anos a mais na prisão até que houvesse novo julgamento.

Outro exemplo de parcialidade surge com o artigo 16 do Código de Processo Penal Militar. Este artigo requer que o inquérito militar seja obrigatoriamente sigiloso, *podendo* (grifei) permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado. Já no inquérito comum a imposição do sigilo é bem menos restritiva: "a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade" (art. 20, Código de Processo Penal, CPP). Portanto, é perfeitamente possível romper-se o sigilo do inquérito policial comum, mas nunca o do IPM.

Exemplo do que este artigo pode acarretar aconteceu após o massacre que resultou na morte de 111 detentos e ferimentos em outros 110 da penitenciária do Carandiru em São Paulo. Do lado da Polícia Militar houve 18 feridos e nenhuma morte, caracterizando a inexistência de resistência de um grupo frente ao outro.[25] Enquanto o inquérito comum foi acompanhado pela imprensa, o inquérito militar foi vedado ao conhecimento do público em geral, ficando a sociedade sem poder conhecer de imediato os detalhes do acontecimento e, conseqüentemente, sem poder fiscalizar o rumo do andamento do inquérito militar. Com este artifício institucional, a pressão social para conhecer os fatos foi esmaecida. A ponto de um dos policiais envolvidos no referido massacre já ter sido nomeado, sem maiores protestos, comandante do Regimento de Cavalaria 9 de Julho da Polícia Militar de São Paulo.[26]

A disparidade de pena quanto ao crime de furto é notória. Se policial civil e militar juntos são pegos em flagrante furtando, o Código Penal permite ao policial civil que seu crime seja afiançável. Já o PM será imediatamente enviado ao presídio militar pois no Art. 240 do Código Penal Militar o furto é crime praticamente inafiançável. O juiz militar poderá considerar a infração como disciplinar se o agente for primário e o valor do furto não exceder a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país (Art. 240, parágrafo 1.°, do CPM). Mais um caso de uma mesma conduta ilícita com previsão para dois crimes diferentes e suas respectivas penas. Neste caso a penalidade militar é mais severa do que a civil, mas o que estou a enfatizar é a falta de isonomia no trato de um mesmo ilícito.

Além disso, o condenado à pena de reclusão ou detenção militar por tempo que não exceda a dois anos, poderá ter suspensa a execução da pena privativa da liberdade, por tempo não inferior a dois anos nem superior a seis anos (Art. 606, CPPM). Ou seja, a condição para a suspensão condicional da pena no meio militar é mais rigorosa que no mundo civil, pois o Art. 77 do CP estipula um prazo menor:

(25) Marcello Lavenère Machado e João Benedito de Azevedo Marques, *História de um Massacre na Casa de Detenção de São Paulo*. São Paulo : Cortez, 1993:54-57.

(26) Antonio Jurandir Pinotti, Criminosos comuns versus policiais criminosos, *Folha de S. Paulo*, 02.07.1995.

de dois a quatro anos. Algo similar ocorre quando se enfoca as condições para a obtenção do livramento condicional. Enquanto o Art. 618 do CPPM estipula a necessidade do réu primário ter cumprido metade da pena e dois terços da mesma se for reincidente, o Art. 83 do CP prevê a necessidade de cumprimento de um terço da pena se primário e da metade se for reincidente.

Há ainda o caso em que o ilícito é definido diferentemente na lei penal comum e na lei penal militar: omissão de socorro. Digamos, que numa ação conjunta da polícia civil e militar, numa das favelas recifenses, surjam pessoas gravemente feridas. Elas, todavia, não receberam o amparo da autoridade pública. No caso do policial civil, o mesmo será enquadrado por omissão de socorro de acordo com o Art. 135 do CP.[27] Mas, e o policial militar? Como o Código Penal Militar foi redigido para militares federais adestrados para a guerra, a definição de crime de omissão encontrada no Art. 210 do CPM[28] não se aplica à situação de segurança pública descrita acima. Por conseguinte, o policial militar terá que ser enquadrado em algum outro artigo que não o de omissão de socorro.

Note-se que minha preocupação ao citar as disparidades de penas para similares condutas ilícitas de policiais civis e militares não é de, simplesmente, dar ou não guarida aos que acusam a Justiça Militar de ser uma "justiça de privilégios" ou "corporativista".[29] Pelo visto, a legislação penal militar pode ser ora mais rígida que a legislação penal comum ora mais amena e sua aplicação é, muitas vezes, contingente com a atmosfera política reinante em cada Estado. Por exemplo, a Polícia Militar do Rio de Janeiro, durante o governo Brizola, financiou para seus membros a compra de revólveres particulares. O objetivo era descaracterizar a existência de crime militar fora de serviço. Com isso, caso o PM, ao retornar para seu lar, se defrontasse com um marginal dentro de um ônibus e o ferisse ou matasse passaria a ser julgado por tribunal comum. Tivesse atirado com revólver da corporação seria julgado por corte castrense e a punição seria maior que a praticada na justiça ordinária.[30]

(27) "Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa."

(28) "Deixar o comandante de socorrer, sem justa causa, navio de guerra ou mercante, nacional ou estrangeiro, ou aeronave, em perigo, ou náufragos que hajam pedido socorro: Pena – suspensão do exercício do posto, de um a três anos ou reforma."

(29) Hélio Bicudo, Crimes militares e crimes de militares, *Folha de S. Paulo*, 08.04.1993; Hélio Bicudo, A violência policial e a Justiça, *Folha de S. Paulo*, 18.05.1993; Hélio Bicudo, Fim à impunidade, *Folha de S. Paulo*, 04.09.1993; Hélio Bicudo, Justiça Militar e impunidade, *Folha de S. Paulo*, 03.03.1995; Getúlio Corrêa, A Justiça Militar no banco dos réus, *Folha de S. Paulo*, 02.04.1995; Antonio Augusto Neves, Por favor mudem o disco, *Folha de S. Paulo*, 01.05.1995; Hélio Bicudo, Justiça Militar e corporativismo, *Folha de S. Paulo*, 23.05.1995.

(30) Devo esta informação ao meu ex-aluno Ten.-Cel. PMRJ Geraldo José de França. Esta medida da PMRJ não é aplicada em Pernambuco. O perigo dela, é que alguns PMs passam a utilizar desta segunda arma para cometer crimes pois não há o devido controle institucional sobre a mesma.

Discussão acessória à parte, mas nem por isso trivial, o que pretendo realmente realçar é que um Estado de Direito nunca poderá se consolidar se indivíduos ao cometerem a mesma conduta ilícita continuarem a receber, tal qual no regime militar, penas distintas pela conduta praticada. Pouco importa se o fardo da pena cairá mais pesadamente sobre os ombros do policial civil ou do militar. A democracia, todavia, sairá chamuscada de um modo ou de outro.

4. A Auditoria Militar Estadual em Pernambuco

A Justiça Militar é um órgão regular do Poder Judiciário e não das Polícias Militares, conforme reza o Art. 125, parágrafo 4.°, da Constituição Federal. De acordo com o Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco, a Justiça Militar do Estado é mais uma das Varas Especializadas da capital. Ela é exercida em primeira instância pelo juiz togado, com a designação de Auditor, um promotor, um escrivão, um escrevente, dois oficiais de justiça, um contínuo e Conselhos de Justiça. De acordo com o Decreto-lei 1.003, de 21.10.1969, há ainda um suplente de Auditor e um adjunto de Promotor na qualidade de substitutos eventuais. A Constituição de 1988 autorizou a criação de Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da Polícia Militar seja superior a vinte mil homens. Como a PMPE dispõe de 17 mil policiais militares,[31] conseqüentemente, os membros da PMPE continuam a ser julgados em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Para exercer as atividades próprias da organização judiciária a Auditoria Militar conta com um corpo de funcionários formado por escrivão, escrevente judiciário e oficial de justiça. Estes cargos são de função civil, no entanto, são ocupados por policiais militares. A impressão que se tem quando se adentra nas dependências da Auditoria Militar é que se está entrando em uma caserna, e nunca, em um órgão do Poder Judiciário. Os oficiais de justiça, por exemplo, são na sua maioria sargentos. Imagine-se a situação constrangedora de um sargento encarregado de levar uma intimação a um coronel. Sabedor da importância do princípio da hierarquia na corporação militar, o referido sargento teria bons motivos para não conseguir localizar o coronel, alimentando assim, a idéia do corporativismo militar. Afora isto, este segundo escalão militar traz para o judiciário a visão castrense do mundo.[32]

Tal como nas Varas Comuns, acumulam-se processos na Auditoria Militar e muitas audiências deixam de ser realizadas. Afora a tradicional morosidade do Judiciário brasileiro, um defeito estrutural agrava o problema. Tendo apenas uma

(31) Major PMPE Antônio Neto, A missão da PMPE, *Jornal do Commercio*, 30.06.1995. O major é o porta-voz oficial de sua instituição.

(32) Encontrei óbices para coletar dados na Auditoria Militar, pois o tenente que cuidava dos processos já julgados tinha receio em permitir que eu os estudasse. Temia que meu estudo denegrisse a imagem da Polícia Militar e, por conta disso, afetasse sua carreira militar.

Auditoria Militar para todo o Estado de Pernambuco, está a justiça militar impossibilitada de ouvir testemunhas por precatória no próprio Estado. Existe a precatória de uma Vara de um Estado para outra Vara de outro Estado, mas existindo em Pernambuco uma única instância militar estadual, a Auditoria Militar não poderia jamais deprecar a um outro juízo, pois este seria incompetente. Conseqüentemente, muitas testemunhas de denunciados, por morarem no interior e não disporem de condições materiais para arcar com o deslocamento para Recife, deixam de viajar. Resta à Auditoria arcar com tais despesas, e como nem sempre há verba disponível, várias audiências são suspensas.[33]

Antes do processo chegar à Auditoria Militar, o comandante da unidade, onde porventura ocorreu o crime, instaura uma sindicância para saber a verdade do fato notificado. Constatado que há suficientes indícios que caracterizam a existência de crime militar, o Comandante instaura o Inquérito Policial Militar (IPM). Segundo o Art. 9.º do CPPM, o IPM "tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal." Constitui-se, portanto, num acessório da fase judicial da ação penal. Por isso mesmo, o IPM reúne peças versando em tomo de um fato criminoso e sobre o qual se procura investigar a verdade quanto a sua autoria e ao valor que possa ter o dano. Tais peças servirão para fornecer ao Ministério Público elementos para propor a ação penal. Diante disto, conclui-se que o réu só pode ser sentenciado depois que a ação penal tiver sido proposta.

Contudo, isto nem sempre ocorre. Por exemplo, no IPM, que apura o dano ou extravio de material da corporação, a autoridade que instaurou o referido inquério,[34] se arvora em juiz ao permitir que a função investigatória da apuração do ilícito transforme-se na formação de culpa. Ou seja, uma instituição do executivo militar atua como se fosse uma instância judicial. A preocupação do comando da Polícia Militar com a disciplina da tropa se sobrepõe às exigência de um sistema de julgamento imparcial. A referida autoridade determina a indenização do dano ou extravio caso haja indícios da culpabilidade do Policial Militar, sem permitir ao indiciado a defesa técnica.

Na verdade, não se pode falar em defesa técnica no procedimento inquisitorial, pois não há culpa formada, processo ou relação processual instalada. Portanto, entenda-se por "defesa" a capacidade do acusado de enfrentar o IPM sem fornecer dados que possam vir a comprometê-lo posteriormente, ou seja, quando o IPM for enviado à Auditoria Militar. Durante o IPM, o policial militar não tem direito a advogado de defesa. O princípio do contraditório, leia-se, a capacidade de duas partes com iguais oportunidades de exercer poderes, faculdades ou direitos subjetivos só é acatado quando o IPM chega à Auditoria.

A situação piora nos casos de extravio de arma da corporação, pois a punição administrativa é, em geral, maior que a punição penal. Diante disso, tais réus

(33) Elias Higino, Justiça Militar precisa de juízes, *Diário de Pernambuco*, 13.09.1992.

(34) Art. 15, CPPM: "Será encarregado do inquérito, sempre que possível, oficial de posto não inferior ao de capitão ou capitão-tenente; e, em se tratando de infração penal contra a segurança nacional, sê-lo-á, sempre que possível, oficial superior, atendida, em cada caso, a sua hierarquia, se oficial o indiciado."

terminam, freqüentemente, sendo absolvidos na Auditoria Mlitar. Tais absolvições são erroneamente vistas como sinal de corporativismo praticado pela Auditoria, quando deveriam ser tratadas como fruto do arbítrio de quem dirigiu o IPM. Caso a arma extraviada pertencesse à Polícia Civil, seria aberto um processo administrativo disciplinar onde estaria contemplado o princípio do contraditório, ou seja, o policial teria direito a se defender.

O IPM é um instrumento inquisitório tal qual o inquérito policial comum, no entanto, a inquisitoriedade do IPM é substancialmente reforçada pela posição hierárquica superior do responsável pela condução do mesmo em relação ao indiciado.[35] É comum, inclusive, que as testemunhas sejam colegas de farda do acusado. O constrangimento aumenta se tais testemunhas forem hierarquicamente subordinadas ao indiciado. Constata-se assim, quão dificil é conciliar o ideal de uma justiça democrática baseada na igualdade e a hierarquia militar, que por definição faz acentuada diferenciação entre quem manda e quem obedece.[36]

Afora isto a notória desigualdade econômica existente na sociedade brasileira aflora durante a realização do IPM. O Art. 306 do CPPM estipula quais as oito perguntas que deverão ser feitas ao indiciado, cuja resposta poderão ser usadas contra ou a favor do réu. Acontece que o praça da PM não possui os conhecimentos jurídicos à altura do oficialato. Conseqüentemente, está mais indefeso do que o oficial ao responder um IPM. Esta desigualdade acentua-se quando o processo chega à Auditoria para julgamento. O oficial, em geral, tem condições de ir ao mercado e contratar um bom advogado. O praça, dada sua precária condição econômica, tem de valer-se do apoio jurídico oferecido pela Polícia Militar. A PMPE tem muitos soldados morando em favelas, sendo que 553 deles residem em barracos de madeira cobertos com lonas de plástico e, em alguns casos, a latrina fica próxima a sala de jantar.[37]

Teoricamente há a figura do Defensor Público que é indicado pelo Procurador Geral do Estado. Mas, devido ao número de defensores ser tão pequeno, a Polícia Militar prefere contratar advogados particulares. Mesmo assim, o número de advogados à disposição da corporação é ínfimo, principalmente no caso de praças que compõem a maioria dos efetivos da Polícia Militar. Isto faz com que muitos praças cheguem a julgamento sem a devida orientação jurídica. Repete-se no fórum militar o fato do poder econômico influenciar na obtenção do passaporte da absolvição, tal como, por sinal, acontece nos tribunais ordinários. Esta situação é mais grave para uma instituição militar que costuma enaltecer o companheirismo e a solidariedade militar, mas que na hora de julgar seus membros, os trata diferenciadamente.

(35) José do Espírito Santo. *O Direito Penal Militar Aplicável aos Policiais e Bombeiros Militares*. Minas Gerais : Polícia Militar de Minas Gerais, 1989:22; Arquidiocese de São Paulo. *Brasil: Nunca Mais*. Rio de Janeiro : Vozes, 1985:193.

(36) Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior. Judiciário e reforma, *O Estado de S. Paulo*, 12.11.1994.

(37) Polícia Militar tem três mil soldados morando em barracos, *Diário de Pernambuco*, 27.07.1995.

Ressalve-se ainda, que o presidente do IPM, segundo o Art. 18 do CPPM, pode decretar a prisão provisória tanto de militar quanto de civil por trinta dias,[38] renovável por mais vinte dias, independente do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Tal arbítrio foi mantido pela Constituição de 1988 que no artigo 5.°, inciso LXI diz: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita *salvo* (grifei) nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei." O presidente do IPM precisa apenas comunicar a detenção à referida autoridade judiciária. A prisão preventiva, todavia, necessita de autorização do juiz.[39]

Curiosamente, um civil não pode ser detido provisoriamente pela mais alta autoridade da polícia judiciária civil, a não ser com o consentimento do juiz. Houve um lobby da Polícia Civil durante a Constituição de 1988 para conseguir a aprovação do direito à prisão provisória por cinco dias, em vez de trinta dias, e submissão do ato à Justiça, em vez de mera comunicação. Os constituintes vetaram o pedido da polícia civil mas mantiveram intacta tal prerrogativa não democrática do presidente do IPM.[40]

Outras prerrogativas autoritárias do presidente do IPM continuam em vigor. Ele poderá manter incomunicável, sem necessitar de autorização judicial, o indiciado que estiver legalmente preso, por três dias no máximo (Art. 17, CPPM). Já no inquérito policial civil, o indiciado, também poderá ficar incomunicável por até três dias. No entanto, a incomunicabilidade será decretada por despacho fundamentado do juiz, a requerimento da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público.

Concluído o IPM, ele é encaminhado à Auditoria Militar que manda abrir vista ao MP. Este examina o IPM e oferece ou não a denúncia. Caso oferecida a denúncia, o processo é encaminhado novamente ao juiz auditor que recebe ou rejeita a mesma. Caso receba a denúncia, é instalado um dos tipos de Conselho Militar: Conselho Especial de Justiça, se o indiciado for oficial, ou o Conselho Permanente de Justiça se for praça. Em ambos os Conselhos, existem quatro juízes militares e o Juiz Auditor que é civil. Tal composição contribui para que os referidos juízes militares julguem o ilícito militar muito mais como policiais militares do que como juristas.

(38) Tal preceito é tão esdrúxulo que até mesmo a Lei 7.170, de 14.12.1993, que reviu a apuração do ilícito contra a segurança nacional baixou a duração da prisão provisória para quinze dias. José do Espírito Santo. *O Direito Penal Aplicável aos Policiais e Bombeiros Militares*. Minas Gerais : Polícia Militar de Minas Gerais, 1989:242.

(39) O Art. 254 do CPPM deixa claro a distinção entre prisão provisória e preventiva. Enquanto aquela somente pode ser decretada pelo encarregado do IPM, esta só "pode ser decretada pelo auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial-militar, em qualquer fase deste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes: a) prova do fato delituoso; b) indícios suficientes de autoria."

(40) Entrevista do autor com o Delegado José Edson Barbosa, 20.06.1995.

Os Conselhos são formados por um Juiz Auditor e quatro oficiais, sendo o oficial de maior patente o Presidente do Conselho e os demais funcionando como membros do Conselho. O Juiz Auditor inexplicavelmente não julga, nem mesmo os crimes contra a própria Auditoria, cabendo aos Conselhos Militares tal tarefa. O Juiz Auditor conduz os trabalhos, tem direito a voto, ajuda a dúvidas técnicas e é, inclusive, encarregado de formular, ao réu ofendido ou testemunha(s), suas perguntas e as requeridas pelos demais juízes militares. É de sua competência a execução da sentença penal militar. Contudo, o julgamento é feito, na verdade, pelos órgãos colegiados militares. Portanto, pode-se dizer que o presidente do Conselho Militar de Justiça tem mais poderes que o Juiz Auditor já que este sempre sentencia mas nunca julga inclusive, os crimes cometidos contra a própria Auditoria Militar e os crimes culposos.

O Conselho Permanente de Justiça embora tenha contínua atividade, pouco tem de permanente na sua composição. De fato, a investidura de seus membros é de três meses. Este curto período prejudica a performance deste Conselho, formado exclusivamente por oficiais. Um processo passa para o conhecimento do Conselho seguinte, independente da fase em que se encontre, e dos membros deste Conselho. Ficam, portanto, seus componentes sem a acuidade necessária para analisar os processos postos em pauta, e, inclusive, na maioria das vezes, um processo dura mais de um ano. Neste caso, um mesmo processo passará nas mãos de pelo menos quatro grupos de oficiais. É de se esperar que informações sejam perdidas, podendo influenciar na impunidade do infrator ou na condenação de um inocente.

Já o Conselho Especial de Justiça, também formado exclusivamente por oficiais desde que mais antigos do que o oficial julgado, não é de investidura provisória. Ele é formado em específico para cada processo, por conseguinte, todos os seus componentes acompanham o processo do início até o julgamento final.[41] Ou seja, os oficiais são institucionalmente levados a manterem um relacionamento com o réu oficial diferente do mantido vis-à-vis o réu praça. Além do mais, cada oficial sabe que um dia poderá vir ser julgado, por um colega oficial, por algo que hoje está julgando hoje. Afora o fato de que, por exemplo, um coronel – a maior patente nas PMs – que está sendo processado, poderá, no futuro, vir a ser o comandante da Polícia Militar. Por conseguinte, é mais fácil ocorrer o corporativismo intra-institucional em favor do oficialato. O Conselho Especial dissolve-se depois de concluídos os trabalhos.

Os Conselhos Militares possuem total poder de absolver, condenar, deliberar sobre a prisão preventiva ou relaxamento de flagrante etc. Poderes totais, todavia, são entregues aos membros da corporação de um modo aleatório, i.e., os Conselhos são formados através de sorteio público dentre os oficiais da ativa. Ocorre que, em alguns casos, oficiais processados e condenados na própria Audi-

(41) Ressalte-se que oficiais julgam praças nos Conselhos Permanentes enquanto oficiais julgam oficiais nos Conselhos Especiais. Caso tenham o mesmo posto, prevalece o critério de antiguidade.

toria Militar são convidados a participar de julgamento de crimes idênticos aos por eles cometidos no passado.[42] O critério de sorteio,[43] portanto, pode apontar oficiais que não estejam moralmente habilitados para participar de um Conselho de julgamento militar.[44] Afora isto, a maior parte dos sorteados não são formados em direito, destituídos, portanto, dos conhecimentos técnicos necessários para aplicação da lei,[45] daí propiciando contestações jurídicas.

Instaurado um dos Conselhos de Justiça, o policial militar é acusado pelo Ministério Público e a condução do julgamento é feita pelo Juiz Auditor Togado. O cargo de juiz Auditor é vitalício e de carreira única, não podendo ser promovido a Desembargador. O Auditor é nomeado após concurso de provas e títulos por ato do Presidente do Tribunal de Justiça. A comissão de concurso é integrada por membros da Justiça Comum e da Ordem de Advogados do Brasil.

Das decisões tomadas pela Auditoria Militar Estadual cabem recursos, bastando o Promotor de Justiça, que é escolhido pelo Procurador-Geral de Justiça, acionar em segunda instância o Tribunal de Justiça. A terceira instância seria o Superior Tribunal de Justiça, cabendo até mesmo recurso ao Supremo Tribunal Federal (STF), que é a Corte Constitucional do Brasil.

5. Tímidas mudanças: vinho velho em frasco novo

Durante o regime militar, o policial militar não tinha constitucionalmente status de servidor público militar. Isto só veio a ocorrer a partir da Constituição de 1988. Mesmo não sendo oficialmente militares, mas por participarem ativamente na repressão política, os policiais militares julgavam-se de fato militares e, por isso mesmo, desejavam ser julgado por tribunais militares.

Para dirimir várias exceções de incompetência opostas, o STF editou, em 06.07.1969, a Súmula 297. Uma Súmula destina-se apenas a traduzir, num determinado instante, a jurisprudência predominante no tribunal. Nada impede que

(42) No Tribunal do Júri, todavia, é vedado a participação de pessoas, com antecedentes criminais, membros da Polícia, amigo ou inimigo do acusado ou de qualquer outro envolvido no julgamento.

(43) No Tribunal do Júri também há o sorteio, só que dos 21 sorteados, o juiz escolhe sete. Feito isto, tanto a acusação como a defesa têm direito a recusar até três jurados.

(44) Não pode fazer parte dos Conselhos, oficial que seja de patente inferior à do acusado ou ainda de patente, porém, inferior em antiguidade. Só poderá fazer parte do Conselho Especial, o oficial da mesma patente que for mais antigo que o acusado ou superior. Se não houver oficial na ativa que preencha tais requisitos, pode-se chamar oficial da reserva remunerada.

(45) Roberto Romano, Juízes, democracia, imprensa, *Folha de S. Paulo*, 18.05.1995. Ressalte-se ser este não apenas um problema da Justiça Militar Estadual. Aos juízes classistas da Justiça do Trabalho, indicados por seus sindicatos, não se exige, nem sequer, a formação em curso superior. O mesmo acontece com os jurados do Tribunal do Júri.

seja mudada se as circunstâncias políticas forem alteradas. Tal Súmula estabeleceu que oficiais e praças das PMs deveriam ser processados e julgados pela justiça comum, caso cometessem crimes na atividade de policiamento. Para o STF, o policiamento é função civil, conseqüentemente, a Justiça Comum deveria ser competente para julgar os crimes cometidos por policiais militares ou contra eles. No dia 13.04.1977, o Presidente-General Ernesto Geisel editou a Emenda Constitucional 7 e passou por cima do STF. A partir daquela data, crimes cometidos por policiais e bombeiros militares em atividades de policiamento ou não, passaram a ser julgados pela Justiça Militar.

Que um presidente autoritário viole a decisão da mais alta corte institucional do país, não constitui surpresa. Que o regime autoritário tenha procurado julgar os membros das forças de repressão, aí incluídos os policiais militares, em tribunais militares é compreensível, por se tratar de uma hábil manobra institucional com o intuito de regulamentar e legitimar a repressão política. Surpreendente, é que decorridos mais de dez anos do fim do regime militar, tenhamos hoje em dia uma justiça militar estadual que funcione quase que nos moldes preconizados pelo General Geisel.

Em novembro de 1992, o Deputado Federal Hélio Bicudo (PT) apresentou o Projeto de Lei (PL) 3.321. O Artigo 2.º do referido projeto estipulava que "oficiais e praças das polícias militares dos Estados no exercício de funções de policiamento, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para processar e julgar os crimes cometidos por ou contra eles". O PL foi aprovado na Câmara com substitutivo do então deputado Ibsen Pinheiro (PMDB), que descaracterizou-o bastante ao não acabar com o foro militar para crimes cometidos por policiais militares contra civis, salvo nos casos de crimes dolosos. Encontra-se no Senado, parado.

O Deputado então decidiu apresentar, em agosto de 1995, o PL 899, similar ao PL 3.321. Este, todavia, explicita não constituir crimes militares aquelas infrações penais, ainda que cometidas por policiais militares ou por bombeiros militares, "em atividades que não guardem relação com o serviço policial militar ou com o cumprimento de missão de igual natureza" e estipula que "os inquéritos instaurados para apuração dos crimes mencionados nesta lei poderão ser avocados a critério do Procurador-Geral de Justiça, que designará membro do Ministério Público para prosseguir nas investigações".

Ante a ameaça da Organização dos Estados Americanos (OEA) de levar a julgamento pelo seu tribunal atos de negligência das Justiças Militares Estaduais na apuração e punição de crimes cometidos por policiais militares, o Executivo empenhou-se na aprovação do PL 899. De fato, por ordens do Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), o Ministro da Justiça, Nélson Jobim, ficou em plenário tentando convencer os deputados a aprovar o referido PL.

Em 14 de janeiro, a Câmara de Deputados aprovou o PL 13/96, eliminando o foro militar para crimes cometidos por policiais militares contra civis no exercício de funções de policiamento. Contudo, a Câmara de Deputados decidiu que tais crimes continuariam a ser investigados pelos militares. Acontece que pelo

Art. 144, IV, parágrafo 4.°, da Constituição de 1988, cabe à polícia civil apurar as infrações com exceção dos crimes militares. Ora, como a Câmara aprovou que os crimes cometidos por policiais militares no exercício de funções de policiamento, não são considerados militares para efeitos penais, era de se esperar que a investigação de tais crimes passasse para a alçada civil. No entanto, a Câmara decidiu inovar: o crime é civil, mas, a investigação é militar.[46]

No dia 09.05.1996, o Senado desfigurou o Projeto de Lei do Deputado Hélio Bicudo, mesmo depois da comoção causada pelas mortes de sem-terra por policiais militares em Eldorado dos Carajás.[47] O Executivo, desta vez, omitiu-se. O Ministro Nélson Jobim, que estava numa reunião em Maputo, não foi chamado para cabalar votos pela aprovação do PL, como havia feito na Câmara. O resultado da omissão presidencial redundou na votação maciça, da própria bancada governamental, contra a idéia de que crimes cometidos por policiais militares em atividade de policiamento fossem julgados por tribunais civis. O líder do governo no Senado, Élcio Álvares (PFL), trabalhou com empenho contra o que fora aprovado na Câmara. Álvares explicou não ter recebido orientação de Cardoso para aprovar o Projeto Bicudo.[48] No mesmo tom, o líder do PSDB, partido do Presidente, no Senado, Sérgio Machado, declarou que "o presidente não me pediu para votar este projeto".[49]

Na verdade os senadores não votaram o PL de Bicudo e sim desengavetaram o Projeto de Lei 102 de 1993 do ex-deputado Genebaldo Corrêa (PMDB). Ele criara um projeto para combater o Projeto Lei 3.321 apresentado por Bicudo em 1992. Os senadores, vários deles ex-governadores de Estado,[50] fizeram isto porque o projeto de Corrêa era muito mais brando para com os policiais militares. Tais senadores, contaram com o apoio da bancada de proprietários de terras no Congresso.

De fato, através de um substitutivo do senador Geraldo Melo (PMDB), o projeto aprovado pelo Senado encaminha à Justiça comum apenas os crimes dolosos

(46) Recentemente na Colômbia, alterou-se a legislação que permitia que crimes cometidos por militares, em função de policiamento, fossem investigados por militares e julgados em tribunais civis. A partir de agora, tais crimes são investigados e julgados por autoridades civis. A Câmara de Deputados está, portanto. sugerindo uma legislação que acaba de ser anulada na Colômbia.

(47) Em 17.04.1996, dezenove sem-terra foram mortos durante a ação de 155 policiais militares paraenses ao reprimirem manifestação na rodovia PA-150. Colheita Macabra, *IstoÉ*. 24.04.1996.

(48) Raquel Ulhôa, Aperfeiçoamos o projeto, diz Elcio, *Folha de S. Paulo*, 16.05.1996.

(49) Poder da Justiça Militar ameaça plano, *Folha de S. Paulo*, 12.05.1996; Senadores derrubam projeto Hélio Bicudo, *Jornal do Brasil*, 10.05.1996.

(50) Governadores de Estado apontam os respectivos comandantes das Policias Militares além de serem os responsáveis pelas promoções de coronéis, o mais alto posto da corporação.

contra a vida de civis,[51] ou seja, quando há a intenção de se cometer o crime.[52] Como a investigação do crime continua nas mãos dos militares, o Inquérito Policial Militar (IPM) será enviado à Justiça Militar, cabendo a mesma a decisão final da existência ou não do dolo.[53] Caso decida pelo dolo, os autos do IPM serão encaminhados à justiça comum.[54] Em casos de tortura seguida de morte, a Justiça Militar, se assim desejar, pode proteger o Policial Militar ao decidir que houve lesão corporal seguida de morte. Ou seja, seria crime culposo em vez de crime doloso contra a vida. O Projeto do Senado, portanto, exclui da alçada da Justiça comum os crimes mais corriqueiramente cometidos por policiais militares: crimes contra o patrimônio, abuso de autoridade, espancamento, prisão ilegal, extorsão, sequestro, abalroamento de veículo militar, etc.

Os senadores, no entanto, mantiveram duas novidades introduzidas pelo Projeto Corrêa. Em primeiro lugar, aboliram a letra "f" do artigo 9.°, do Código Penal Militar (CPM), restringido a definição de crime militar. Deste modo, não são mais considerados crimes militares os ilícitos cometidos por militares fora de serviço usando arma militar. Portanto, se um militar, após uma discussão doméstica, assassinar sua esposa com o revólver da corporação, o crime passa a ser considerado civil. Simultaneamente, o Projeto do Senado ampliou a definição de crime militar ao modificar os dizeres da letra "c" do artigo 9.°. Isto significa que passa, também, a ser considerado crime militar aquele cometido por militar quando estiver "atuando em razão da função militar."

A decisão de restringir a definição de crime militar, por um lado, e ampliar, por outro, certamente, provocará conflitos de competência. Imagine-se a situação em que um policial militar após o término de seu trabalho toma um ônibus e ocorre uma tentativa de assalto. O PM reage e mata o assaltante com arma da corporação. Teria ele cometido um crime militar por ter agido "em razão da função militar" ou teria sido crime comum pelo fato de estar fora de serviço?

Em segundo lugar, o Projeto do Senado estipula que as alterações feitas abarcam não só os policiais militares mas, também, os militares federais. Inclusive nos casos dos crimes dolosos contra a vida de civis. Isto significa que membros do Exército, Marinha e Aeronáutica passariam a ter o mesmo tratamento legal conferido aos policiais militares, e passariam a ser julgados por tribunais comuns. Pela primeira vez, desde a assunção de um presidente civil em 1985, o

(51) Homicídio, infanticídio, aborto e induzimento ao suicídio. Os três últimos não são contemplados pelo Código Penal Militar, aplicando-se, subsidiariamente, o Código Penal. Se um militar comete um crime doloso contra a vida de outro militar, o crime continuará sendo julgado pela Justiça Militar.

(52) Se um militar falsifica a assinatura de um cheque, o crime, embora seja doloso, será julgado por tribunal militar, por não ser contra a vida.

(53) O responsável pelo IPM pode, por exemplo, concluir que houve crime culposo, mas a Promotoria da Justiça Militar pode decidir que o crime foi doloso, ou vice-versa.

(54) Pelo projeto de Genebaldo Corrêa, as conclusões do inquérito policial militar seriam enviadas diretamente à justiça comum.

Congresso mostrou-se disposto a limitar, minimamente, a competência da justiça militar federal.[55] Tal esforço, todavia, sucumbiria rapidamente.

Em 16.07.1996, o plenário da Câmara de Deputados rejeitou o substitutivo aprovado pelo Senado ao Projeto de Lei 13/96 da Câmara de Deputados. O substitutivo do Senado foi enviado no dia seguinte ao Presidente da República. Os ministros militares resolveram entrar em ação. Pressionam FHC para que o mesmo retirasse os militares federais do referido projeto mantendo apenas os militares estaduais. Os ministros militares alegam que se o Presidente sancionasse o projeto, inibiria a participação de tropas federais em operações de combate à violência como a Operação Rio (1994-1995) nos morros do Rio de Janeiro, a repressão de grevistas como no caso de tomada das refinarias de petróleo em maio de 1995, ou possíveis ações contra os sem-terra. Os comandantes das Polícias Militares também alegam que o julgamento de policiais militares por tribunais comuns inibe a ação dos PMs no combate à violência. A argumentação de militares federais e estaduais não procede pois nenhuma democracia permite que crimes comuns, dolosos ou não, cometidos por militares fora de quartel sejam julgados apenas por tribunais militares. Há a preocupação em se evitar que os militares formem uma sociedade à parte da vida civil.

Logo a seguir, o Deputado Bicudo reapresentou, no dia 17 de julho, seu projeto prevendo que todos os crimes, e não apenas os dolosos, cometidos apenas por policiais militares em atividade de policiamento, sejam julgados pela justiça comum. Bicudo alega que o Senado não julgou o seu projeto e sim o do ex-deputado Genebaldo Corrêa. O Projeto Bicudo contempla apenas os policiais militares, o que agrada ao Executivo federal. O Deputado Hélio Bicudo apregoa que todos os cidadãos são iguais perante a lei e, por isso mesmo, devem ser julgados pela mesma justiça. No entanto, seu projeto procura separar delitos cometidos por PMs dos praticados por militares federais.[56] Aceita-se a existência de duas categorias de militares. Suponha-se que dois soldados, um da PM e outro do Exército, cometam um crime doloso contra a vida de civil. Embora ambos sejam militares, o primeiro seria julgado pela Justiça comum e o segundo, todavia, pela Justiça Militar Federal. A diferenciação feita entre ser militar federal e estadual ficará ainda mais evidente nos Estados cujas polícias militares são comandadas por oficiais do Exército. Comandantes e comandados, embora constitucionalmente ambos sejam servi-

(55) Crime político continuaria a ser julgado por tribunal militar, mas o Congresso não toma qualquer providência. No Paraná, de posse de mandado de busca expedido pelo Juiz Auditor da 5.ª Circunscrição Militar, policiais federais detiveram Franklin Augusto B. Sterheim, Oscar Pacheco dos Santos, Jorge Luiz Cirino e Osvaldo Pereira Filho, acusados de pertencerem ao grupo separatista 'O Sul é o meu País.' Os acusados foram indiciados pela Lei de Segurança Nacional e serão julgados por tribunal militar federal. A ação foi determinada pelo então Ministro da Justiça, Mauricio Corrêa. Polícia Federal detém 4 separatistas, *Jornal do Brasil*, 07.05.1993; Separatistas são indiciados na LSN no Paraná, *Folha de S. Paulo*, 07.05.1993.

(56) Hélio Bicudo, Problema ainda não resolvido, *Folha de S. Paulo*, 13.08.1996.

dores públicos militares, passam a ser regidos por diferentes leis, julgados em distintos tribunais e sujeitos a diferentes penalidades.

Ante o veto dos ministros militares à possibilidade dos militares federais virem a ser julgados pela Justiça comum, o porta-voz da Presidência da República, Sérgio Amaral, declarou que a "extensão da possibilidade de julgar militares por civis às Forças Armadas é inoportuna,"[57] e passou o assunto para o ministério da Justiça, sem, no entanto, explicar quando seria oportuno fazer-se mudança na justiça militar federal. Afinal, já decorreram onze anos do fim do regime militar. O Ministro da Justiça, Nélson Jobim, ficou incumbido de elaborar um novo projeto que retirasse os crimes dolosos cometidos por militares federais da competência da justiça comum. Tendo que explicar o motivo deste comportamento, mas não podendo revelar que foi o veto dos ministros militares o real motivo da confecção de um novo projeto, Jobim deu uma explicação técnica: "crimes militares têm que ser julgado pela Justiça Militar. Crimes de policiamento, pela justiça comum."[58]

Corroborando o pensamento de seu superior, o chefe do Gabinete do Ministério da Justiça, José Gregori, disse que "são os policiais militares os responsáveis pelo policiamento, não as Forças Armadas... Não queremos perseguir as PMs, mas diminuir a violência praticada contra os civis."[59] Portanto, ficaria sem sentido julgar militares federais em tribunais civis. No entanto, quatro meses antes, FHC anunciou pretender que as Forças Armadas fossem cada vez mais usadas como polícia para ajudar no combate ao narcotráfico, contrabando e outras atividades do crime organizado.[60]

Após três semanas de deliberações, o Presidente da República optou, no dia 07.08.1996, por sancionar o projeto na sua totalidade[61] ao editar a Lei 9.299. No entanto, encaminhou, no dia 20 de agosto, à Câmara de Deputados o Projeto de Lei 2.314. De acordo com o prometido aos ministros militares, o novo projeto de lei exclui os militares federais da Lei 9.299, ou seja, militares federais não serão julgados por tribunal comum mesmo que cometam crimes dolosos contra a vida de civil.[62] O novo projeto de lei presidencial é generoso para com os militares federais, contudo, é mais rigoroso com os policiais militares que o anterior. Es-

(57) Presidente deve sancionar projeto, *Folha de S. Paulo*, 01.08.1996.

(58) Governo estuda projeto para crimes militares, *Folha de S. Paulo (últimas notícias)*, 01.08.1996.

(59) Justiça comum vai julgar militares, *Diário de Pernambuco*, 07.08.1996.

(60) FHC quer militares no combate ao crime, *Folha de S. Paulo*, 16.04.1996.

(61) Pela legislação brasileira não existe veto presidencial parcial.

(62) Em junho 1996, o presidente da Guatemala, Álvaro Arzú Irigoyen, aprovou a legislação enviando militares que cometeram crimes comuns para serem julgados em tribunais ordinários. Por conta disso, 350 casos envolvendo militares acusados de conduta ilícita foram transferidos para cortes civis. Larry Roether. Guatemala's Uneasy Time: No War but No Peace Pact. *New York Times*, 18.08.1996.

tipula que homicídio, seja doloso ou culposo, e lesão corporal deixam de ser crimes militares desde que cometidos por policiais militares, e, conseqüentemente, passíveis de serem julgados em tribunal comum.

Como o Presidente necessita dar uma satisfação à comunidade (inter)nacional sobre os massacres de camponeses em Eldorado dos Carajás (Pará) e Corumbiara (Rondônia) e dada a dificuldade de provar que os policiais saíram dos quartéis com a intenção deliberada de matar, altera-se a Lei 9.299. Mas, e se houver um novo massacre e o comandante da Polícia Militar for um oficial do Exército como acontece com as Polícias Militares de Sergipe e do Acre? O comandante da PM seria julgado em tribunal militar e seus comandados em tribunal comum.

Os ministros militares conseguiram, usando o argumento da força em vez da força do argumento, que FHC recuasse. Resta observar se o Congresso também se dobrará às pressões castrenses. Tudo indica que sim, pois o Projeto de Lei 2.314 foi previamente negociado com o Congresso e, até o momento, não se ouviu qualquer parlamentar protestar contra o mesmo.

Na prática, a Lei 9.299 não vigora para os militares federais. No dia 12.11.1996, o Superior Tribunal Militar julgou tal lei inconstitucional e, em 26.01.1997, três soldados do 14.º Batalhão Logístico do Exército, em Recife, foram denunciados pelo Ministério Público Militar. Os acusados foram julgados na Auditoria Militar Federal por prática de crime doloso contra a vida do estudante Fábio de Melo Castelo Branco, fato ocorrido em 15.11.1995, e foram absolvidos. Enquanto isto, o Superior Tribunal de Justiça considerou constitucional a Lei 9.299 e os policiais militares envolvidos na chacina de Eldorado dos Carajás serão julgados em tribunal comum. Portanto, já está configurada juridicamente a existência de dois tipos de militares: o de primeira categoria – os militares federais – os de segunda categoria – os militares estaduais. Embora ambos sejam servidores públicos militares, mesmo que cometam crime idêntico serão julgados, todavia, em tribunais e por códigos penais distintos.

6. Conclusão

Em um processo de transição de um regime autoritário para a democracia não basta a substituição de governantes arbitrários. Faz-se necessária a criação de novas instituições que ensejem à sociedade civil a oportunidade de recapturar espaços políticos pertencentes ao aparato de Estado autoritário. Novas instituições legais – entendidas aqui como artifícios sociais que, entre outras coisas, podem ser usados para mediar conflitos – tenderiam a mudar o padrão das relações civil-militares, democratizando-as. Isto ocorreu na Espanha, Grécia e Portugal como vem ocorrendo no Chile. No Brasil, todavia, a liderança política da transição pouco se preocupou em alterar institucionalmente a natureza jurídica das relações civil-militares. O quadro institucional remanescente – tal como a Justiça Militar Estadual e Federal, os Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar – passou a proteger os interesses tanto dos atores políticos pré-transição como pós-transição. Conseqüentemente, tais instituições não servem para maiores transformações democráticas pois protegem os interesses tanto dos antigos como dos novos atores políticos.

De fato, a Constituição Federal de 1988 manteve praticamente inalterados vis-à-vis a Constituição Militar de 1967-1969 os princípios que norteiam a justiça militar. Isto significa dizer que o atual quadro jurídico-militar se assemelha ao existente no final da década de 1960, auge do período repressivo. Deste modo, repetimos, os Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar e a Justiça Militar Estadual e Federal, tal qual no regime militar, continuam mantendo a definição do que seja crime militar, suas formas e procedimentos de julgamento, bem como a organização militar. Em outros termos, a justiça militar, com a devida permissão do Congresso, constitui-se em um enclave autoritário dentro do aparelho de Estado seja porque os militares acreditam que estão melhores protegidos nos tribunais militares, seja por não terem confiança na justiça civil.

Custa acreditar que durante a maior parte do regime militar (1964-1977), policiais militares foram julgados, em tribunais comuns, por crimes cometidos durante a atividade de policiamento e, no Brasil de hoje, isto não ocorra. Sem reformar os códigos penais militares e as justiças militares, que tão bem funcionaram no regime militar, é simplesmente impossível consolidar a democracia brasileira. Além de perpetuar uma forma de controle social autoritário, a manutenção deste ordenamento jurídico retarda a disposição dos militares em se submeterem ao domínio civil democrático.

Os processos criminais coletados na Auditoria Militar e mencionados no texto, mostram a incompatibilidade entre o fato de crimes comuns serem considerados militares, e a existência de um sólido estado de direito democrático. Tais crimes são exemplos concretos a provar que a Auditoria Militar do Estado de Pernambuco vem levando em conta a condição militar do agente para a fixação da competência criminal.[63] O foro militar estadual vem regularmente julgando não só delitos militares mas, também, delitos comuns cometidos por militares. Deste modo, os militares são juízes e parte em uma mesma causa.

Como os relevantes atores políticos sentem que seus interesses não são ameaçados pela permanência deste enclave autoritário dentro do aparelho de Estado, e o Brasil mantém as instituições necessárias para ser considerado uma poliarquia,[64] não causa surpresa, que a ingerência dos valores militares no mundo civil seja tão pouco questionada pela elite política e pelos meios de comunicação de massa. O veto dos ministros militares ao projeto do Senado não foi motivo de editoriais ou de protesto dos setores organizados da sociedade, incluindo os da oposição. Limitaram-se a denunciar que o referido projeto enviava para a Justiça comum apenas os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por policiais militares.

(63) Como bem frisou o Coronel PMSP Ubirajara Gaspar, presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo: A Justiça Militar não existe porque ela julga policiais, existe porque julga militares. *Folha de S. Paulo*, 04.07.1993.

(64) Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven : Yale University Press, 1989:233. Das instituições necessárias para haver uma poliarquia, frise-se que Dahl não menciona a necessidade de existir um controle civil democrático sobre os militares. Talvez achasse isto muito óbvio para a realidade norte-americana.

Em um momento onde a tensão social no campo se avoluma com a invasão de terras, caberá aos militares, em especial às Polícias Militares, a tarefa de remover os invasores. A mensagem do lobby das PMs no Congresso foi de que seus homens não poderiam exercer eficazmente sua missão caso soubessem que ilícitos, porventura cometidos pelos policiais militares durante atividade de policiamento, viessem a ser julgados em tribunal comum. Do mesmo modo, os ministros militares lembraram ao Presidente da República as intervenções internas, em nome da lei e da ordem, feitas pelas Forças Armadas e provável necessidade deste tipo de intervenção no futuro.

Conseguiram que FHC ficasse de enviar ao Congresso novo projeto, o que já foi feito. Os senadores, é bom lembrar, aceitaram a idéia de um novo projeto de lei presidencial eximindo os militares federais, que cometerem crime doloso contra a vida de civil, de serem julgados por tribunal comum, sem emitir qualquer protesto. Embora o novo projeto de lei ainda não tenha sido votado, o primeiro caso de militares acusados de cometerem crime doloso contra a vida de civil terminou sendo julgado pela Auditoria Militar Federal, e não pela Justiça Comum. O que *parece estar se consolidando*, é a *não democratização do judiciário militar brasileiro*.

16

PELO ROMPIMENTO COM AS FANTASIAS EM TORNO DE DELITOS E DE PENAS

MARIA LÚCIA KARAM

SUMÁRIO: 1. O delito: relatividade de seu conceito substancial – 2. Os fins e fundamentos da pena: teorias e realidade – 3. A lógica irracional e perversa que preside o funcionamento do sistema penal – 4. Conclusão.

Resumo: A partir da compreensão da relatividade do conceito substancial de delito e de sua funcionalidade para a manutenção e reprodução de estruturas de dominação, a partir da compreensão da irracionalidade da pena e de sua instrumentalização para o exercício do poder, surge a crítica ao sistema penal, às suas seletividade e injustiça, às perversas ilusões e fantasias que o alimentam, à sua perigosa expansão nas formações sociais do capitalismo pós-industrial. Esta crítica, fazendo compreender o caráter negativo da reação punitiva, conduz à afirmação da necessidade de uma urgente e imediata contenção do poder do Estado de punir, de um efetivo resgate, de um ordenamento penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, como passos primeiros e indispensáveis em um caminho que conduza ao rompimento com os sentimentos de vingança e de culpa, com o maniqueísmo divisor das pessoas entre boas e más, com o desejo do castigo e a busca de bodes expiatórios, assim podendo conduzir a uma futura abolição do sistema penal.

Palavras-chave: Pena – Delito – Sistema penal – Abolicionismo penal – Punição – Criminologia.

1. O delito: relatividade de seu conceito substancial

Fatos negativos ou indesejáveis, situações conflituosas, que se produzem no desenrolar das relações sociais e afetam a realização de interesses ou direitos individuais, coletivos ou institucionais, reconhecidos em uma dada formação social, são, por isso, objeto de proibições ou mandatos na ordem normativa, as infrações a estes mandatos ou proibições definindo-se em múltiplos preceitos, nas órbitas civil, administrativa ou penal.

A definição a respeito de quais dentre estes fatos socialmente negativos ou situações conflituosas serão objeto de proibições ou mandatos na órbita penal dar-se-á através de intervenção legislativa, na primeira etapa do processo de criminalização, traduzindo não mais do que uma decisão política do Estado, o delito enquanto fato socialmente negativo ou expressão de uma situação

conflituosa ontologicamente não se diferenciando de outros fatos ou situações desta natureza assim não qualificados.

Fazendo-se por decisão política do Estado, a seleção dos interesses ou direitos, individuais, coletivos ou institucionais – identificáveis como bens jurídicos – a serem objeto da tutela penal e a definição das condutas deles afetadoras a serem qualificadas como delitos, naturalmente, atendem aos interesses e valores dominantes em um dado momento histórico e em uma dada formação social, instrumentalizando o exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social.

Esta seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras a que se dará um tratamento penal estão vinculadas e são determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve tal manifestação do poder do Estado – fator da organização e do equilíbrio global daquela formação social –, inexistindo, portanto, uma conceituação ontológica do delito – um "delito natural" –, presente em todo tempo ou em todo lugar, o delito sim se definindo, substancialmente, por seu tratamento normativo historicamente determinado. Neste ponto, basta lembrar que há fatos puníveis em uns países e não em outros, ou puníveis em umas épocas e não em outras, o único denominador comum identificável entre as diversas condutas definidas como delitos sendo, exatamente, sua definição normativamente dada.

Veja-se, a propósito, o belo texto de Hulsman:

"Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é.

Não há nada na *natureza* do fato, na sua natureza *intrínseca*, que permita reconhecer se se trata ou não de um crime – ou de um delito. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá *qualquer* denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência *formal* do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como 'crimes' resulta de uma decisão humana modificável; *o conceito de crime não é operacional*. Um belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. Até 1975, na França, o marido podia fazer encarcerar sua mulher por adultério. Depois desse ano, uma lei que reformou o divórcio *descriminalizou* tal conduta e, daí em diante, a mulher adúltera não pôde mais ser processada perante um juiz criminal.

De um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime; *é a lei que cria o 'criminoso'*"[1] [grifos no original].

Vinculadas e determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve o poder do Estado de punir, a seleção e a definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras objeto do tratamento penal não necessariamente se pautam pela consideração prioritária dos bens jurídicos de maior relevância para a sobrevivência digna dos componentes humanos daquela dada formação social ou das condutas que mais intensamente os afetam, a prioridade determinando-se sim pelo atendimento aos valores e interesses dominantes no exercício do poder do Estado, diante da funcionalidade do processo de criminalização para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social.

Tome-se, em nossa ordem normativa, a seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela penal e não serão, como à primeira vista pareceria razoável esperar, a vida ou a integridade pessoal que surgirão como os bens jurídicos de maior relevância. O mais relevante dos bens jurídicos, em nossa ordem normativa, é sim o patrimônio. Esta predominância, a concretizar a máxima proteção da propriedade privada como tônica do ordenamento jurídico-penal, facilmente se verifica através de um rápido olhar pelas leis penais brasileiras.

Trabalhando com a medida da pena como referencial do valor atribuído aos bens jurídicos penalmente tutelados, logo vem à tona o exemplo surgido da comparação entre o tratamento dado aos delitos de lesões corporais e o tratamento dado aos delitos de furto e de roubo, cuja sobrevaloração, já nesta primeira etapa do processo de criminalização – a da seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras a que se dará um tratamento penal –, abre caminho para que, a cada etapa posterior daquele processo, a atuação do sistema penal se despeje, de forma sempre prioritária e mais e mais intensa, sobre os marginalizados e subalternizados autores de atentados ao patrimônio, maioria indiscutível da população carcerária adulta, como dos igualmente encarcerados adolescentes, internados em estabelecimentos ditos "educacionais".[2]

(1) Louk Hulsman, *Penas perdidas* (edição em português). Niterói : Luam, 1993, p. 63-64. Tradução de Maria Lúcia Karam.

(2) Aos conhecidos e reiterados dados fornecidos pelos Censos Penitenciários periodicamente realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, que apontam uma tendência crescente de presos condenados por roubo (em 1995 eram aproximadamente 30% e em 1997 já eram, também aproximadamente, 35%), somem-se os dados publicados na edição da *Folha de S. Paulo* 27.07.1999, a revelar que, do total de internos nas unidades da Febem, em São Paulo, pouco antes das rebeliões daquele mês, 60% sofriam a internação como resposta à prática de ato infracional identificável ao roubo, vindo, imediatamente após, ato identificável ao furto, correspondendo a 6,8% das internações.

Um furto simples tem pena de reclusão de um a quatro anos, enquanto uma lesão corporal leve dolosa tem pena de detenção de três meses a um ano, esta, ao contrário daquele, assim classificável entre as chamadas infrações de menor potencial ofensivo. Uma lesão corporal com resultado gravíssimo doloso tem pena mínima igual à do furto qualificado – reclusão de dois anos –, isto é, metade da pena mínima cominada a um roubo simples, o que conduzirá, por exemplo, a que quem, fingindo-se armado, ameace a outrem, subtraindo-lhe o relógio, possa receber o dobro da pena de quem, com um estilete, fure os olhos de outrem, causando-lhe a cegueira.[3]

O tratamento dos tipos da extorsão mediante seqüestro também não deixa dúvida quanto à orientação da legislação penal brasileira. A ação de seqüestrar alguém, isto é, de privar alguém de sua liberdade, é, no seu tipo básico, punida com penas que variam de um mínimo de um a um máximo de três anos de reclusão, penas que se elevam para um mínimo de dois a um máximo de cinco anos de reclusão, se o ofendido é ascendente, descendente ou cônjuge do agente, se o crime é praticado mediante internação do ofendido em casa de saúde ou hospital, ou se a privação da liberdade dura mais de quinze dias, elevando-se para um mínimo de dois a um máximo de oito anos de reclusão, se, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, resulta grave sofrimento físico ou moral para o ofendido (artigo 148 e seus §§ do Código Penal).

No entanto, se esta mesma privação da liberdade tem por fim especial o de obter, para si ou para outrem, vantagem de ordem econômica ou patrimonial, como condição ou preço do resgate, estar-se-á diante de figura típica diversa – a extorsão mediante seqüestro, prevista no artigo 159 –, a pena privativa de liberdade, na feição originária do Código Penal, já atingindo um mínimo de seis anos e um máximo de quinze anos de reclusão, encontrando-se, dentre as circunstâncias que elevavam o mínimo da pena privativa de liberdade para oito anos de reclusão, a da duração do seqüestro ser superior a não mais aqueles quinze dias da privação da liberdade para fins não econômicos, mas já quando esta duração fosse superior a vinte quatro horas (§ 1.º do artigo 159).

Não bastasse tal desproporção, suficientemente reveladora da sobrevaloração do patrimônio, veio, em 1990, a chamada lei dos crimes hediondos – a hedionda Lei 8.072 –, que, gerada como reação a um ocasional aumento do número de extorsões mediante seqüestro, notadamente no Rio de Janeiro, ou, no dizer de Luiz Flávio Gomes, tendo por objeto a proteção do dinheiro envolvido naquelas condutas,[4] elevou os patamares mínimos das penas privativas de liberdade pre-

(3) Em trabalho, escrito em 1988, sobre projeto de Parte Especial do Código Penal brasileiro, que havia sido enviado ao Congresso Nacional, fiz comparações semelhantes às que vêm aqui expostas. As tendências presentes no projeto, que não vingou, e nos textos então vigentes do Código Penal, naturalmente, já apresentavam a mesma linha ideológica ora apontada. O referido trabalho encontra-se em *De crimes, penas e fantasias* 2. ed., Niterói : Luam, 1993, p. 71-90.

(4) Veja-se seu artigo O direito penal a serviço da cultura da satisfação. In *Boletim do IBCCrim* 33, setembro 1995.

vistas nos dispositivos legais referidos, passando-as, respectivamente, para oito e doze anos de reclusão.

As mais elevadas penas mínimas, previstas na legislação penal brasileira, majoradas pela mesma Lei 8.072/90, encontram-se nos dispositivos sancionadores dos §§ 3.º e 2.º dos artigos 157 e 158 do Código Penal, que impõem para as figuras do latrocínio e da extorsão com resultado morte a pena mínima de reclusão de vinte anos, bem como no dispositivo sancionador do § 3.º do artigo 159, em que estabelecida a pena mínima de reclusão de vinte e quatro anos para a figura da extorsão mediante seqüestro com resultado morte – esta última atingindo o dobro da pena mínima atribuída para um homicídio qualificado pelo especial fim de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (artigo 121, § 2.º, inciso V), a que, teoricamente, poder-se-ia identificar a ação de matar para assegurar a extorsão mediante seqüestro, ou para assegurar roubo ou extorsão, a única explicação para este *plus* na quantidade do mínimo das penas cominadas para tais condutas sendo a exacerbação do valor do patrimônio, a minimizar ofensas à vida e à liberdade, quando desvinculadas de afetação da propriedade privada.

O mesmo processo, que faz a seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela penal ser ditada, não pela proteção dos valores essenciais à sobrevivência digna da pessoa humana, mas sim pelo atendimento aos valores e interesses dominantes no exercício do poder do Estado, reproduz-se na definição das condutas a que se dará a qualificação de delitos. Neste ponto, é sempre interessante voltar ao exemplo utilizado pelo Professor Alfonso Zambrano Pasquel, a desnudar, no próprio campo da tutela do patrimônio, a orientação classista das decisões políticas criminalizadoras. Trabalhando com o conflito básico das formações sociais capitalistas, em suas versões originárias, lembra o Professor Zambrano que, conforme as definições legais, reputa-se como furto a conduta do trabalhador que toma para si parte do que produz para o patrão, não obstante seja ele o dono legítimo da força de trabalho que gera o produto do qual está se apropriando, enquanto a conduta do patrão, que não paga ao trabalhador nem sequer o acordado, igualmente afetadora do patrimônio, não encontra previsão típica nas leis penais.[5]

2. Os fins e fundamentos da pena: teorias e realidade

Pedra de toque do tratamento dado aos fatos socialmente negativos ou situações conflituosas, objeto das proibições ou mandatos específicos da órbita penal, é a sanção que se constitui na pena – a mais dura e violenta de todas as intervenções estatais sobre a liberdade individual.

É a pena que distingue o direito penal dos demais ramos do Direito, onde igualmente se encontram proibições ou mandatos destinados a controlar aqueles

(5) O exemplo do Professor Zambrano encontra-se em seu trabalho "Nueva criminología y derecho penal". *Revista da Universidad Externado de Colombia* 31/69-90. *Derecho penal y criminología*, 1987 e já fora por mim lembrado no trabalho referido em nota anterior.

fatos socialmente negativos ou situações conflituosas afetadores de interesses ou direitos, individuais, coletivos ou institucionais, reconhecidos em uma dada formação social, a pena refletindo a opção por uma forma de controle excludente de outros estilos que costumam surgir quando se está diante de situações negativas, conflituosas, indesejáveis ou problemáticas.

As nefastas e perversas fantasias, criadas em torno de delitos e de penas, fazem-nos esquecer destes outros estilos, embotam nossa imaginação, afastam nossa capacidade de solucionar conflitos, submetem-nos à monopolizadora, enganosamente satisfatória, violenta e irracional reação punitiva.

Hulsman conta uma parábola reveladora:

"Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: 'o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague'. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: 'ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...'. O último, enfim, sussurra: 'a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse ... vamos juntos fazer um exame de consciência'."[6]

Com esta parábola, Hulsman faz lembrar as várias reações que podem surgir diante de um fato negativo ou uma situação conflituosa, atribuível à ação de uma pessoa. Quando, porém, se dá a este fato negativo ou a esta situação conflituosa a qualificação legal de delito, toda tentativa de melhor compreensão do ocorrido, toda busca de soluções efetivas, todas as outras reações possíveis são afastadas pela monopolizadora, enganosamente satisfatória, violenta e irracional reação punitiva.

Muitos têm sido, ao longo da história do pensamento jurídico, os mecanismos ideológicos utilizados na fundamentação e legitimação da reação punitiva, mecanismos que geraram tradicionais teorias sobre a pena, todas, em última análise, fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção, esta com seus vários matizes – prevenção especial ou geral, negativa ou positiva.

A história demonstra que a função de prevenção geral negativa jamais funcionou. A ameaça, mediante normas penais, não evita a formação de conflitos ou a prática dos ditos delitos. Ao contrário, com o passar dos tempos, os conflitos e os ditos delitos multiplicaram-se e sofisticaram-se, sendo, aliás, ponto forte do discurso contemporâneo dominante o alarde em torno de um descontrolado aumento do número de delitos.

O efeito dissuasório nunca se comprovou. Ao contrário, é clara a sinalização de que a aparição de delitos não se relaciona com o número de pessoas punidas ou

(6) Op. cit., p. 100.

com a intensidade das penas impostas, bastando pensar um pouco para verificar, em relação a nós mesmos, que não é a ameaça de pena que conduz à abstenção da prática de delitos, como não é nenhuma espécie de ameaça o que nos faz deixar ou não de realizar qualquer comportamento que apareça, para nós ou para terceiros, como um comportamento negativo.

Mas, se quisermos dados mais concretos, basta pensarmos no exemplo norte-americano. Os indiscutíveis campeões do torneio punitivo – o vertiginoso aumento do número de presos, nos EUA, nos últimos anos, alcançando, hoje, cerca de um milhão e setecentas mil pessoas, traduz o mais alto percentual de encarceramento em qualquer país dito democrático (cerca de quinhentos e vinte e nove presos por cem mil habitantes, enquanto em países europeus, como a França, a Inglaterra, ou a Espanha, esta proporção gira em torno de cem presos por cem mil habitantes) – são também, indiscutivelmente, os campeões de conflitos e fatos negativos dentre os países centrais.

A reconhecida falácia do propalado efeito dissuasório da pena conduziu à substituição da idéia de prevenção geral negativa pela idéia de prevenção geral positiva, em que aqueles efeitos dissuasórios foram trocados por uma função, atribuída à pena, de exercitação no reconhecimento da norma e na fidelidade ao direito, o delito sendo visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade sociais, enquanto expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito, e a pena, por sua vez, constituindo a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito, ou, no assumido dizer de Jakobs, uma demonstração de vigência da norma às custas de um responsável.[7]

Nesta troca, subsistiu a manipulação da pessoa humana, comum às idéias de prevenção geral negativa e positiva, ambas colocando-a a serviço de um sistema, deslocando-a de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para fazê-la objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais, a pessoa humana convertendo-se, assim, em suporte de uma ação simbólica, cujos fins a ultrapassam e para cuja realização passa a constituir unicamente um instrumento. Aqui, com clareza insofismável, aparece a figura do bode expiatório naquele que, recebendo a pena, deve cumpri-la, seja para dissuadir outros da prática do delito, seja para exercitá-los no reconhecimento da norma e na fidelidade ao direito.[8]

Quanto às teorias da prevenção especial, voltadas para uma atuação direta sobre o autor do delito, com o objetivo declarado de evitar que o mesmo volte a delinqüir, somente se sustentam em seu limite mais desavergonhadamente perverso e totalitário, fundado na idéia de inocuização, a conduzir a penas, como as de morte, de incapacitação física ou de prisão perpétua, salutarmente vedadas, entre nós, por imperativo constitucional.

(7) Günther Jakobs, *Derecho penal – parte general.* 2.ª edição em castelhano, Madri, Marcial Pons, 1997. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo, p. 9.

(8) Veja-se a respeito o trabalho de Alessandro Baratta, Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoria sistémica. *Derecho penal y criminología* 29, 1986, p. 79-97.

Em sua vertente mais civilizada, que trabalha com a idéia de ressocialização, a inviabilidade da prevenção especial mostra-se evidente, notadamente em um sistema que faz da pena privativa de liberdade o seu centro. A idéia de ressocialização, a pretender concretizar o objetivo de evitar que o autor do delito volte a delinqüir, através de suas reeducação e reintegração à sociedade, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela. Como anota Zaffaroni, lembrando a ilustrativa comparação de Carlos Elbert de que pretender ensinar uma pessoa a viver em sociedade mediante seu enclausuramento é algo tão absurdo quanto pretender treinar alguém para jogar futebol dentro de um elevador, a execução penal não ressocializa, nem cumpre qualquer das funções "*re*" que lhe são atribuídas – *re*ssocialização, *re*educação, *re*inserção, *re*integração – todas estas funções "*re*" não passando de uma deslavada mentira.[9]

De um outro ângulo e alinhando-se em paralelo às novas roupagens preventivas, as tradicionais teorias retribucionistas encontraram espaço para um renascer, nestes tempos pós-modernos de grandes manipulações dos sentimentos de medo e insegurança, de campanhas alarmistas, de permanente identificação entre as idéias de violência e criminalidade, motivadoras de reações emocionais e de exacerbados desejos de castigo, de punição.

A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta, em princípio, pela inviabilidade de esclarecimento da razão pela qual o mal deveria ser compensado com outro mal de igual proporção: se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, por que se deveria reproduzi-lo, por que se deveria insistir nele com a pena? Mesmo aceitando-se as teses contratualistas, que estiveram na origem da idéia de retribuição, ou as posteriores posições neo-contratualistas, decerto pareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pelo delito, especialmente porque aí se levariam em conta os interesses das pessoas diretamente afetadas.

Mas, como já denunciavam as conhecidas objeções formuladas por Marat ao retribucionismo original, a falácia de tais construções aparece, ainda mais fortemente, em sua pretensão de fazer da pena retributiva uma pena justa, em formações sociais onde o espaço social e os bens são desigualmente distribuídos, mantendo-se pertinente a indagação de por que razão pessoas desatendidas em suas necessidades reais fundamentais, despojadas de seus direitos básicos, como ocorre com as que são prioritariamente atingidas pela intervenção do sistema penal, estariam obrigadas a respeitar as leis. Por outro lado, se a punição não alcança, como de fato não pode alcançar, todos os violadores da lei – o alcance do sistema penal sendo necessariamente reduzido, a excepcionalidade de sua atuação constituindo a regra que o sustenta – como se poderá falar em pena justa?

Todas estas teorias legitimadoras da pena, fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção, têm na irracionalidade seu denominador comum, a desmontar suas pretensões fundamentadoras da pena, a própria falta de racionalidade deste instrumento de materialização do poder do Estado de punir determinando

(9) El sistema penal en los países de América Latina. In: *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro : Revan, 1991, p. 221-236.

a irracionalidade essencial das teorias, cuja pretensão é fundamentá-lo e legitimá-lo, para, assim, fundamentar e legitimar o sistema penal.

A pena, na realidade, só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder.

A inidoneidade para resolver conflitos, ao contrário do que ocorre, pelo menos de forma abstrata, com outras sanções jurídicas, adotadas fora do âmbito do direito penal, e sua característica de infligir infinita dor são os dados de realidade da pena, a torná-la o *sofrimento órfão de racionalidade*, de que fala Zaffaroni.

Vejam-se, a propósito, suas palavras:

"El mismo nombre de 'pena' *indica un sufrimiento*, pero sufrimiento hay en casi todas las sanciones jurídicas: sufrimos cuando nos embargan la casa, cuando nos cobran un interés punitorio, nos anulan un proceso, nos ponen en cuarentena, nos llevan por la fuerza a declarar como testigos, etc. Ninguno de estos sufrimientos se llama 'pena', porque tienen un sentido, es decir, conforme a modelos abstractos todos sirven para resolver algún conflicto. La pena, en lugar, como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene, más que como manifestación de poder"[10] [grifo no original].

Este sofrimento órfão de racionalidade, legitimado pela nefasta e perversa fantasia de que a imposição de tal sanção a selecionados autores de condutas conflituosas ou socialmente negativas, qualificadas como delitos, poderá trazer proteção, segurança e tranqüilidade, atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização.

Surgindo como pena com a superação das formações sociais feudais e a ascensão do capitalismo, a privação da liberdade ocupou o centro do sistema penal, passando a funcionar, desde então, quase que como sinônimo de sanção penal. Com a introdução do modo de produção capitalista, as formas de riqueza social puderam se reduzir a um denominador comum – o tempo gasto na produção de mercadorias –, a liberdade assim adquirindo um valor econômico, conectado com o valor do tempo, que, pela primeira vez, pôde ser economicamente quantificado, a própria idéia da pena privativa de liberdade só se tendo feito possível com o surgimento daquele modo de produção, que, transformando os bens em mercadorias, permitiu estabelecer um preço ao valor liberdade – o tempo de sua privação.[11]

Isto explica porque as concepções retributivistas da pena puderam encontrar na privação da liberdade sua sanção central. Pune-se o delito, através de uma transpo-

(10) Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires : Ediar, 1989, p. 210.

(11) Vejam-se, especialmente, sobre este tema, em traduções para o castelhano, a clássica obra de Massimo Pavarini e Dario Melossi: Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Mexico : Siglo XXI, 1980) e, ainda de Pavarini, o mais recente Los confines de la cárcel (Montevideo : Instituto Superior Ibero-Americano de Estudos Criminais, 1995).

sição do referente contratual, passando-se a conceber a pena como uma prestação pós-delito, medida por parâmetros como a dimensão da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado e o grau de reprovabilidade da conduta. Assim, priva-se o condenado – sujeito contratante, oposto ao Estado – de um valor equivalente de liberdade, transportando-se para o âmbito penal aqueles mesmos valores de equivalência e igualdade formais presentes na categoria civilista do contrato.

Surgindo, pois, como pena nos primórdios do capitalismo, a privação da liberdade teve, nesta sua origem, a importante função real de contribuir para a transformação da massa indisciplinada de camponeses expulsos do campo e separados dos meios de produção em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna. Seu papel regulador do mercado de trabalho, concretizado quer pela absorção do exército industrial de reserva, quer pelos efeitos da superexploração dos egressos na concorrência com outros trabalhadores e no preço da venda da força de trabalho, se fez presente em diversas etapas do desenvolvimento das formações sociais capitalistas.

Aliás, o assustador aumento do número de presos nos EUA parece indicar uma revitalização deste antigo papel da pena privativa de liberdade na regulação do mercado de trabalho, a redução dos índices de desemprego naquele país, em movimento contrário ao registrado nos demais centros da economia mundial, podendo ser, em parte, atribuível à absorção nas prisões dos desempregados, dos excluídos do mercado – a versão pós-moderna do exército industrial de reserva.

Mas, decerto, a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a sua história, está na construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau –, com o que propicia-se a identificação como classes perigosas das classes subalternizadas, nas quais necessária e prioritariamente são selecionados os que a sofrem, com o que facilita-se a minimização de condutas e fatos não criminalizados ou não criminalizáveis socialmente mais danosos, com o que ocultam-se os desvios estruturais, encobertos pela crença nos desvios pessoais, dos quais se nutre a reação punitiva.

Em nossos tempos pós-modernos, esta tradicional função não explicitada da pena privativa de liberdade permanece viva, adaptando-se às novas contradições que se estabelecem, diante das mais ou menos profundas reformulações da estrutura e das relações de produção, determinadas pelos avanços da revolução científico-tecnológica.

O excepcional desenvolvimento das forças produtivas, traduzido nos enormes avanços e conquistas da revolução científico-tecnológica, introdutores de um novo degrau na escala evolutiva do modo de produção capitalista, trouxe também desequilíbrios e uma potencial desestruturação econômico-social, manifestada especialmente na queda estrutural nos níveis de emprego. Paralelamente, o enfraquecimento das normas e instituições de controle informal e o processo de isolamento individual e de ausência de solidariedade nas relações sociais favorecem o surgimento de fortes sentimentos de incômodo e insegurança, provocadores de um medo coletivo difuso. A isto vêm se somar a decepção enfraquecedora das utopias e o abandono de antigos ideais transformadores, conseqüentes ao desmoronamento das traduções reais do socialismo, a favorecer o individualis-

mo exacerbado e a busca de soluções superficiais e imediatistas, ensejando, por outro lado, a necessidade de criação de novos inimigos e fantasmas, capazes de assegurar a coesão social.

Em um tal quadro, as premissas ideológicas de afirmação da autoridade e da ordem reavivam-se e abrem espaço para a ampliação do poder do Estado de punir, ao vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal, no campo econômico, correspondendo um Estado máximo, vigilante e onipresente, no campo do controle social, o neoautoritarismo, como diz Alberto Toron, surgindo como a contraface do neoliberalismo.[12]

A intensificação do controle social, através da ampliação do poder do Estado de punir, certamente não dispensa a pena privativa de liberdade. Ao contrário, a prisão, até por sua maior visibilidade, seu expressivo simbolismo, sua explícita exposição da condenação penal, permanece indispensável. Nas tendências criminalizadoras hoje dominantes, a pena privativa de liberdade não só subsiste, como maior se faz seu rigor, alimentado pela demanda de maior repressão, pelo apelo à autoridade e à ordem, pelo desejo da punição, caracteristicamente presentes em nosso tempo.

Mas, a chamada pós-modernidade diversifica e amplia as formas de materialização do controle social formal, desenvolvido através do exercício do poder do Estado de punir.

A evolução do modo de produção capitalista, conducente à sua etapa pós-industrial, afasta a centralidade da produção fabril e aponta para o estabelecimento de novas relações de produção. Nestas novas relações de produção subsiste a originária e característica separação do produtor direto dos meios de produção, a fazer permanente a subordinação. No entanto, a ênfase do primitivo modelo disciplinar desloca-se e, com ela, a função disciplinadora da pena, que haverá de se adaptar às novas formas exigidas por uma organização produtiva, já não mais desenvolvida prioritariamente na fábrica, mas que passa a ter seu centro na virtualidade do sistema financeiro e nas empresas automatizadas, que, requerendo um reduzido número de pessoas diretamente envolvidas na produção, exclui deste âmbito largas faixas dos habitantes do planeta.

A disciplina que deve recair sobre estes excluídos da produção e do mercado volta-se, portanto, para uma outra direção, seu treinamento não mais se orientando para o trabalho fabril, como nas origens do capitalismo e da pena privativa de liberdade, bastando, agora, para a operacionalidade do sistema produtivo, sua vigilância e seu controle – enquanto inviável sua eliminação, que apareceria como tendencialmente desejável –,[13] de forma a evitar suas reações perturbadoras das relações vigentes.

(12) Esta observação de Alberto Toron encontra-se em *Crimes hediondos – o mito da repressão penal*. São Paulo : RT, 1996, p. 141.

(13) Sobre esta tendência, ameaçadoramente presente nas formações sociais do capitalismo pós-industrial, é indispensável a leitura do marcante livro de Viviane Forrester, *O horror econômico* (edição em português). São Paulo : UNESP, 1997. Tradução de Álvaro Lorencini.

Neste contexto, paralelamente à simbolicamente indispensável e crescentemente mais rigorosa pena privativa de liberdade, destinada aos apontados "infratores perigosos",[14] utilizados, através de sua exposição no concentrador espaço carcerário, para a construção e a propagação da imagem do criminoso, surgem as chamadas penas alternativas – penas outras que não a prisão, restritivas e não privativas da liberdade –, não como reais substitutivos da prisão, no sentido de uma amenização de seus sofrimentos, de uma humanização da pena, mas sim como um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir.

Com a vigilância viabilizando-se para além dos muros da prisão – pense-se, por exemplo, nas pulseiras eletrônicas ou nas "orwellianas" câmeras de vídeo,[15] expressões, no campo do controle social, dos avanços tecnológicos do capitalismo pós-industrial –, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina social, que, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, por um lado, necessita alcançar um número crescente daqueles excluídos da produção e do mercado, que não cabem no interior da dispendiosa estrutura carcerária, e, por outro lado, serve para sinalizar e ensaiar a onipresença do Estado, a possibilidade do controle total sobre cada passo do indivíduo, mesmo aquele teoricamente integrado à sociedade, que, assim, se sentindo permanentemente vigiado, se adestra para a obediência e a submissão à ordem vigente.

O controle e a disciplina funcionais para a nova organização produtiva podem, assim, se impor sobre o indivíduo isolado, a reunião daqueles a quem aplicada a sanção penal em um mesmo espaço – o espaço carcerário – somente se fazendo, agora, necessária para a concretização daquela que, como visto, é a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a sua história e a necessariamente subsistir nas formações sociais do capitalismo pós-industrial, isto é, a construção e a propagação da imagem do criminoso.

O papel das penas alternativas, neste sentido da extensão do controle social formal, da execução ampliada da nova disciplina social, pode ser claramente verificado, trabalhando-se, mais uma vez, com o exemplo norte-americano. Nos EUA, ao lado daqueles cerca de um milhão e setecentos mil presos, existem, também em números aproximados, outros dois milhões e meio de pessoas submetidas a medi-

(14) Assim denomina Nilo Batista: os destinatários da prisão, distinguidos dos "bons delinqüentes", destinatários das penas alternativas, no que ele aponta como o bipartido sistema penal neoliberal, no instigante artigo: A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade* 4, 1997, p. 145-154.

(15) A propósito, a *Folha de S. Paulo*, na edição do dia 13.10.1999, publicou interessante matéria sobre a instalação destas "orwellianas" câmeras de vídeo, em ruas de Londres: havendo coincidência entre os registrados códigos faciais de transeuntes e os de pessoas condenadas ou procuradas, soa um alarme, assim permitindo saber que está na área alguém que se queira manter sob vigilância, ou que se queira capturar.

das penais alternativas, muitas delas com carga estigmatizante e deteriorante que mais as aproxima do que distancia da pena privativa de liberdade.[16]

No Brasil, neste tema, decerto há de ser trazida à cena a Lei 9.099, de 26.09.1995, cujos dispositivos introdutores de medidas despenalizadoras, ao contrário da euforia com que foram saudados, na realidade, nada significam para a evitação da pena privativa de liberdade, bastando pensar que sua substituição por penas pecuniária ou restritiva de direitos, em decorrência da transação penal, concretizar-se-ia, normalmente, diante de regras que já eram previstas no Código Penal e dos requisitos exigidos pelo legislador de 1995, da mesma forma que a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, com a qual nitidamente se identifica a suspensão do processo, necessariamente, se daria no caso de condenação, em circunstâncias correspondentes às previstas na referida lei para a aplicação daquele novo instituto, servindo tais medidas tão somente para ampliar o alcance do sistema penal – e isto, ao preço da imposição de verdadeiras penas, com a quebra de garantias inerentes à fórmula fundamental do devido processo legal, o apontado autor da infração penal, substancialmente inferiorizado diante de um Ministério Público cada vez mais fortalecido, sendo levado a negociar o recebimento de uma pena alternativa, com o sacrifício de seu direito inalienável à defesa e à proclamação de sua não-culpabilidade, a ação do Estado, a sugerir ou a facilitar que o indivíduo renuncie a direitos fundamentais, decerto não se compatibilizando com os postulados de um Estado Democrático de Direito.[17]

O discurso que acena com penas alternativas não deve, pois, nos enganar. A lógica irracional que preside as idéias de delitos e de penas e as teorias que as fundamentam e legitimam, é a lógica perversa da violência, da submissão e da exclusão, presente ainda que mitigados o sofrimento e a dor maiores representados pela privação da liberdade.

(16) Em matéria publicada na edição do dia 24.03.1997 do *Jornal do Brasil* encontram-se alguns exemplos destas medidas: na frente de uma loja em Houston, Texas, um homem caminha de um lado para o outro carregando uma placa: "Eu roubei esta loja. Não roube você também"; numa cidadezinha de Illinois, um fazendeiro de 62 anos cumpre sua pena em regime de prisão domiciliar por ter quebrado o nariz de outro fazendeiro, para isto, tendo no portão de entrada de sua propriedade uma placa anunciando: "Aviso. Criminoso violento mora aqui. Prossiga por seu próprio risco"; na mesma linha, na Flórida, um pedófilo deve exibir, na porta de casa, uma placa alertando menores de 18 anos a não chegar perto.

(17) Veja-se, a propósito, o belo prefácio de Alberto Silva Franco ao *Manual de Direito Penal Brasileiro* de Zaffaroni e Pierangeli. São Paulo : RT, 1997. Quanto ao verdadeiro alcance das medidas despenalizadoras, introduzidas pela Lei 9.099/95, bem o retratou matéria publicada na *Folha de S. Paulo* 24.07.1997. Ali apontava-se que sua aplicação já havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária, elevando sim o caráter punitivo da Justiça brasileira, o próprio Luiz Flávio Gomes, um dos maiores entusiastas do suposto caráter liberalizante daquele diploma, entrevistado na matéria, reconhecendo que as punições aumentaram sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva.

3. A lógica irracional e perversa que preside o funcionamento do sistema penal

Os mecanismos ideológicos legitimadores do poder do Estado de punir, propagandeando a idéia de que a imposição da pena a individualizados responsáveis por situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, a que se dá a qualificação legal de delitos, poderá trazer proteção, segurança e tranqüilidade, alimentam e são alimentados com falsas crenças, partindo fundamentalmente da equivocada identificação de determinadas ações criminalizadas como únicas tradutoras da idéia de violência, como únicas situações ameaçadoras ou provocadoras de insegurança, identificação que, divulgada através de uma publicidade tão enganosa quanto intensa, se constrói basicamente através da ocultação de dados essenciais, da repetição de informações inteira ou parcialmente falsas, da manipulação de sentimentos de medo e insegurança e de emoções provocadas por alguns episódios, que comovem e assustam, especialmente roubos, seqüestros, estupros e um ou outro homicídio.[18]

A crença na reação punitiva é fruto de perversas e nefastas fantasias.

As falsas convicções sobre as idéias de violência e de insegurança começam por ocultar o caráter violento e produtor de insegurança de situações e fatos sociais, não criminalizados ou não criminalizáveis, qualitativa e quantitativamente mais danosos do que as situações conflituosas e fatos negativos, legalmente qualificados de delitos. Trocando as fantasias pelo compromisso com a realidade, logo se poderá ver que os atentados à sobrevivência digna da pessoa humana não provêm, em sua maior dimensão, dos assustadores roubos, seqüestros, estupros ou homicídios de repercussão. No Brasil, basta pensar na fome e na desnutrição, na concentração da propriedade de terras e nas submoradias, na falta de saneamento, na caótica situação da educação e da saúde pública, nas sucessivas políticas econômicas geradoras da miséria e da desigualdade crônicas, no quadro revelador do sistemático desatendimento às necessidades básicas da maioria da população, violentamente privada de seus direitos fundamentais à moradia, à alimentação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à educação – privação violenta e concretamente geradora de insegurança, minimizada pela conveniente idéia de

(18) Falo de um ou outro homicídio, como costumo fazê-lo, porque homicídios, diferentemente de roubos ou seqüestros, na linha ideológica de sobrevaloração do patrimônio, nem sempre comovem e assustam, nem sempre alcançam as páginas dos jornais, costumando repercutir somente quando vitimizam membros das classes dominantes, artistas, pessoas famosas, ou quando assumem um caráter de espetáculo em massacres coletivos. Comentário neste sentido, encontra-se, por exemplo, em meu trabalho Utopia transformadora e abolição do sistema penal. IBCCrim/Programa de Estudos de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, p. 67-84. Organizada por Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva, *Conversações abolicionistas – uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva* (São Paulo, 1997), onde também se encontram muitas das observações que vêm, a seguir, expostas.

que as maiores ameaças à sobrevivência provêm de ações individualizadas de estupradores, seqüestradores, assaltantes ou homicidas.

Divulgada esta conveniente idéia de que as maiores ameaças à sobrevivência provêm de ações individualizadas de estupradores, seqüestradores, assaltantes ou homicidas, fortalecida a crença em um suposto aumento descontrolado de delitos e em um imaginado crescimento do perigo por eles provocados, estimulados os sentimentos de medo e insegurança, criado o fantasma da criminalidade – aqui, naturalmente, fazendo-se decisivo o papel desempenhado pelos meios massivos de informação, em especial na substituição das experiências diretas da realidade pelas experiências do espetáculo da realidade –, tem-se o campo propício para o desenvolvimento de uma publicidade, tão enganosa quanto intensa, que faz crer que, com a imposição de uma pena a individualizados responsáveis por aqueles identificados delitos, toda a violência, todos os perigos e ameaças, todos os problemas estarão solucionados, assim "vendendo" o sistema penal, como o produto-serviço destinado a fornecer a paz, a tranqüilidade e a segurança, supostamente perdidas.[19]

A "venda" do sistema penal facilita-se pelas profundas e cômodas raízes em que se assenta a arraigada crença na reação punitiva e que permitem o desenvolvimento das nefastas e perversas fantasias que a alimentam.

A crença na reação punitiva está fundada na visão do criminoso como o outro. A acrítica aceitação e a rápida introjeção da falsa imagem de uma realidade assustadora, a ser enfrentada com a intervenção do sistema penal, correspondem a um desejo irracional de castigo individualizado, a reação punitiva encontrando neste desejo, por ela prontamente atendido, o amplo espaço assegurador do cumprimento de sua função simbólica de manifestação de poder e de sua finalidade de manutenção e reprodução deste poder.

Assentando-se no maniqueísmo simplista que divide as pessoas entre boas e más, as idéias de punição e afastamento do convívio social vêm atender à necessidade de criação de bodes expiatórios, sobre os quais possa recair o reconhecimento individualizado de uma culpabilidade, que não se quer coletivizada – necessidade que, remontando aos tempos mais distantes, é tanto maior quanto mais complexas as formações sociais –, desta forma se produzindo uma conseqüente sensação de inocência para todos os que escapam do processo e da condenação, a imposição da pena a um ou outro apontado responsável pela prática de um delito, funcionando como a "absolvição" de todos os não selecionados pelo sistema penal, que, assim, podem comodamente se auto-intitular "cidadãos de bem", diferentes e contrapostos ao criminoso, ao delinqüente, ao mau.[20]

Não passando a imposição da pena de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade, e

(19) No trabalho: A fantasia do sistema penal. *De crimes, penas e fantasias*, desenvolvi comentários sobre esta publicidade enganosa do sistema penal.

(20) Neste sentido, há de sempre ser consultado o ensaio de Hans Magnus Enzensberger *Reflexões diante de uma vitrine*. Tradução de Beatriz Sidou. *Revista USP* 9/9-22, março/maio 1991.

encontrando esta reação punitiva seu suporte e sua força ideológica na necessidade e no desejo de criação de bodes expiatórios, logo se pode verificar que o sistema penal não se destina a alcançar todos os responsáveis pelas condutas criminalizadas, residindo, ao contrário, sua real eficácia, exatamente, na excepcionalidade de sua atuação, decerto, não se fazendo funcional, para estes fins e fundamentos reais, uma reação punitiva que se abatesse sobre todos os responsáveis por condutas criminalizadas, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, possam emprestar sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, e, assim, possibilitar, simultânea e convenientemente, o reconhecimento dos "cidadãos de bem" e a ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.

A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro responsável por situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, a que se dá a qualificação legal de delitos, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e a conseqüente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estará satisfatoriamente resolvido. Pense-se, por exemplo, no que concerne às práticas de corrupção, em nossa história recente: o desvio das atenções provocado, seja pela satisfação com eventuais punições, seja pelas campanhas por que estas se efetuem, a tirar de cena a discussão de questões como a instrumentalização do aparelho estatal e sua colocação a serviço de interesses privados, pessoais ou de grupos, a privatização de recursos públicos, as privilegiadas relações entre os detentores do poder econômico e o Estado, que, dentre outros fatores, favorecem e determinam aquelas práticas. É, exatamente, neste desvio de atenções que se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.

Esta lógica do funcionamento localizado do sistema penal, a fazer da excepcionalidade de sua intervenção condição de sua própria existência, demonstra o vazio dos histéricos discursos, campanhas e comissões contra a impunidade e revela, além da ineficácia da reação punitiva, a injustiça que lhe é inerente.

A injustiça, inerente ao funcionamento do sistema penal, mostra-se ainda mais acentuada, quando se considera que, dada a função da pena de manifestação de poder, será a reação punitiva necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder.

Nunca é demais lembrar que, quando se cuida da pena, se está cuidando de uma manifestação de poder de um Estado, que constitui fator da organização e do equilíbrio global de uma dada formação social. Sob formações sociais capitalistas, em quaisquer de suas etapas, a distribuição do *status* de criminoso, naturalmente, terá de obedecer à regra básica e presente em todas as etapas de desenvol-

vimento de tais formações sociais, isto é, a desigualdade na distribuição de bens. Tratando-se de um atributo negativo, este *status* de criminoso necessariamente haverá de recair, de forma preferencial, sobre os membros das classes subalternizadas – hoje, no capitalismo da pós-modernidade, mais especialmente sobre os excluídos da produção e do mercado –, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes, entre as camadas privilegiadas das populações.

Como definitivamente já mostrou Zaffaroni,[21] a retirada da cobertura de invulnerabilidade ao sistema penal dos membros das classes dominantes, ou daqueles que se colocam a seu serviço, só se dá em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitam o sacrifício de um ou outro que colida com o poder maior, a que já não sirva, a eventual imposição da pena a um ou outro membro das classes dominantes (ou a algum condenado enriquecido e, assim, supostamente poderoso), decerto, servindo tão somente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar, sem maiores perdas, seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação da formação social na qual surge. Aliás, que mágica poderia fazer com que os mecanismos repressores, acionados por este poderoso instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação, invertessem a regra básica das formações sociais capitalistas, para, nelas, repentinamente, voltarem-se contra as classes dominantes?

Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução, que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, seletiva, injusta e desigualmente distribuídos, preferencialmente entre os membros das classes subalternizadas, o sistema penal ainda reproduz as situações conflituosas e os fatos negativos, que, enganosamente, anuncia poder resolver.

Isolando e estigmatizando aqueles que seleciona para receber a pena, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a realizar novas condutas socialmente negativas, funcionando, já por isso, como um alimentador da parcela de violência e de insegurança provocada pelas ações criminalizadas, como roubos, estupros, seqüestros ou homicídios, parcela que, de todo modo, vale sempre repetir, é infinitamente menor do que a produzida por situações e fatos sociais, não criminalizados ou não criminalizáveis, como, no Brasil, a fome, a desnutrição, a concentração da propriedade de terras, as submoradias, a falta de saneamento, a caótica situação da educação e da saúde pública, as sucessivas políticas econômicas geradoras da miséria e da desigualdade crônicas.

Não são apenas os óbices objetivos à reintegração social dos atingidos pelo sistema penal, que reproduzem a criminalidade. As próprias estigmatização e culpabilização artificial, produzidas pela imposição da pena, especialmente a pena privativa de liberdade, provocam a interiorização do papel do criminoso, as definições legais e a rejeição social por elas produzida, freqüentemente, determi-

(21) Veja-se o já citado *En busca de las penas perdidas*, especialmente os comentários constantes, p. 113.

nando a percepção do eu como efetivamente desviante, assim conduzindo a pessoa a viver marginalmente, conforme esta imagem interiorizada.

Da mesma forma que criara o delito no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o delinqüente, neste outro momento daquele processo, com a interiorização por aquele que é condenado – ou, antes disso, desde o primeiro contato com o sistema penal, especialmente através da prisão provisória – do etiquetamento legal e social. Como acontece em outros campos, quando uma pessoa começa a ser tratada como se fosse uma determinada coisa – no caso do sistema penal, como se fosse criminosa –, com o prolongamento deste tratamento no tempo, a pessoa acaba por se comportar conforme o papel que lhe foi dado, isto é, como se fosse aquela determinada coisa, com o que termina efetivamente o sendo.[22]

Por outro lado, cultivando o maniqueísmo que divide as pessoas entre boas e más, fazendo com que o papel do criminoso seja também o papel do mau, do outro, do anormal, distinto das demais pessoas, pertencente a uma espécie apartada do comum dos indivíduos, o sistema penal incentiva e justifica desde a defesa da oficialização de punições cruéis e desumanas, como a pena de morte ou a prisão perpétua, até a prática das mais cruéis violências contra aqueles que correspondem à imagem do criminoso, de que é trágico exemplo o extermínio de crianças e adolescentes, vistos como possíveis futuros criminosos.

Produz o sistema penal um processo semelhante ao que alimenta a repressão política das ditaduras, em que a maioria da população convive, é pouco informada e faz questão de desconhecer as atrocidades cometidas contra inimigos do regime.

A idéia de que algo precisa ser feito para manter a ordem, que acaba por admitir todo tipo de violência contra os apontados dissidentes – da tortura ao extermínio –, que acaba por ensejar todo tipo de vigilância e intervenção na esfera de privacidade dos indivíduos, dissidentes ou não – das escutas telefônicas à quebra de sigilo sobre dados pessoais –, que não se conforma com os princípios garantidores do direito de liberdade, expressados na cláusula fundamental do devido processo legal, é a mesma idéia que vem alimentando a crescente repressão do sistema penal, nas democracias mais ou menos reais do capitalismo pós-moderno.

4. Conclusão

A eloqüente advertência de Nils Christie, no sentido de que o maior perigo do delito nas sociedades modernas não é o delito em si mesmo, mas o perigo de que a luta contra este conduza tais sociedades ao totalitarismo,[23] decerto impõe a

(22) Também sobre este ponto, há de se ler Zaffaroni, no tantas vezes citado *En busca de las penas perdidas*, especialmente p. 138-139.

(23) Nils Christie, *La industria del control del delito – ¿la nueva forma del holocausto?* (edição em castelhano). Buenos Aires : Editores del Puerto, 1993. Tradução de Sara Costa, p. 24.

afirmação da necessidade imediata de redução do sistema penal, de forma a inverter os rumos repressivos das formações sociais do capitalismo pós-industrial e viabilizar a imediata criação de mecanismos garantidores de uma máxima contenção do poder do Estado de punir, contenção esta que há de seguir um caminho de mão única, através do deslocamento da ênfase dada à repressão e à reação punitiva em todos os campos, abrindo caminho para a intervenção de mecanismos não penais de controle e, ao mesmo tempo, privilegiando medidas preventivas, sem perder de vista as causas mais complexas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas, sejam os que se desenvolvem no campo das relações microssociais, sejam os que se formam nas relações macrossociais e institucionais, estes como aqueles, em sua maior parte, ligados e determinados pelas nocivas características fundamentais das próprias formações sociais do capitalismo, nocividade cuja presença se faz constante em todas as etapas de seu desenvolvimento.

Para esta urgente contenção do poder do Estado de punir, há de se trabalhar efetivamente com as linhas orientadoras do processo de descriminalização – isto é, de afastamento da modalidade de controle social, manifestada através do poder do Estado de punir – e com os princípios limitadores do processo de criminalização (proporcionalidade, idoneidade, subsidiariedade, racionalidade), para, assim, desenvolver uma atuação centrada na eliminação de tipos penais existentes, sem concessões para com a criação de novas figuras delituosas, o que, evidentemente, não significa desconsiderar aquelas condutas que sejam realmente danosas, retiradas ou não introduzidas no campo penal.

Ao contrário, o efetivo resgate de um direito penal, que, por sua própria natureza, haveria de ser sempre mínimo, pressupõe a paralela concretização de mecanismos não penais de controle e medidas preventivas para proteção dos bens jurídicos e evitação de condutas danosas, com a sinalização de soluções menos perniciosas e mais eficazes, que substituam a ineficaz e perversa reação punitiva, a descriminalização nem sempre significando a aceitação da conduta descriminalizada, nem necessariamente implicando no afastamento do caráter socialmente negativo da situação considerada, nem tampouco do controle exercido através de agências estatais.

A contenção do poder do Estado de punir é tarefa que se faz indispensável e que há de ser efetivamente buscada, sem quaisquer concessões.

Mas, decerto esta é apenas a tarefa urgente e imediata, como é urgente e imediata a contenção dos efeitos mais danosamente excludentes gerados na atual etapa do desenvolvimento capitalista.

No entanto, assim como não devem os horizontes da transformação social se esgotar nos estreitos e nocivos limites do modo de produção capitalista, assim como não se deve abandonar a perspectiva de construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais – construção talvez longínqua, pouco importa –, da mesma forma, há de se compreender que a imediata e urgente contenção do poder do Estado de punir, o imediato e urgente resgate de um ordenamento penal, consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, constituem apenas os primeiros passos dentro de um caminho muito maior e mais

longo, que, conduzindo ao rompimento com os sentimentos de vingança e de culpa, com o maniqueísmo divisor das pessoas entre boas e más, com o desejo do castigo e a busca de bodes expiatórios, conduzindo ao rompimento com a própria idéia de delito, ao rompimento com a monopolizadora, enganosamente satisfatória, violenta e irracional reação punitiva, possa conduzir a uma futura – talvez longínqua, pouco importa – abolição do sistema penal.

17

EXECUÇÃO PENAL E FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

"O sistema penitenciário brasileiro está em crise. A ocorrência semanal de rebeliões e incidentes violentos indica que as prisões e delegacias não estão sendo administradas de modo eficiente e que as autoridades não exercem controle total sobre essas instituições penais. Os condenados passam meses em condições de superlotação e falta de higiene nas carceragens das delegacias, sua transferência para penitenciárias adiada devido a falta de espaço, inércia da justiça ou corrupção. As condições de detenção existentes em numerosas prisões e delegacias brasileiras são pavorosas e eqüivalem a formas cruéis, desumanas e degradantes de tratamento e punição. Os internos correm o risco de contrair doenças potencialmente fatais, como a tuberculose e a AIDS, e os presos afetados não recebem tratamento adequado. Já ocorreram casos de morte sob custódia de presos paraplégicos devido a negligência médica. O pessoal é insuficiente e em muitos casos recorre-se a policias armados em lugar de profissionais treinados para a função."*

Resumo: O artigo discorre acerca da crise do sistema penitenciário brasileiro e as sérias violações aos direitos dos presos, na execução da pena. Aborda as condições das prisões e alerta sobre a necessidade de serem preservadas, de modo incondicional, as garantias asseguradas, pela Constituição da República, ao indivíduo encarcerado, dentre as quais a da individualização da pena. Defende a aplicação de medidas alternativas à prisão para o pequeno e médio infrator.

Palavras-chave: Execução penal – Sistema penitenciário – Sistema carcerário – Prisões – Humanização da pena – Direitos humanos – Penas alternativas.

A Lei Maior brasileira, em vigor, erigiu a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República Federativa, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1.°, III). E contempla um vasto elenco de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se inserem o direito à vida, à liberdade e a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5.°, *caput* e inciso III).

(*) Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos, *Relatório da Anistia Internacional*, 1999, p. 2.

No campo penal, assegura, dentre inúmeras garantias, a *individualização da pena*, ao mesmo tempo em que autoriza a adoção de penas outras que a tradicional pena privativa de liberdade.

O indivíduo preso continua a ser sujeito dos direitos não suspensos em virtude da sentença ou pela lei, daí porque a ele se aplicam, em sede de execução da pena, todas as preceituações especificadas para o direito e processo penal, sobressaindo as relativas à legalidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, *habeas corpus* (art. 5.°, XXXIX, LIV, LV e LXVIII, da Const. da República) e, particularmente, as disposições que garantem o respeito à integridade física e moral do preso; o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e permanência da presidiária em companhia dos filhos durante o período de amamentação (art. 5.°, XLVIII, XLIX e L, da Const. da República).

No plano internacional, o Brasil ratificou diversos instrumentos, dentre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos[1] e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,[2] que consagram o direito à vida, à integridade e liberdade pessoal, honra e dignidade, a par de inúmeras outras garantias judiciais, e que integram o ordenamento jurídico brasileiro em nível constitucional, em face do disposto no artigo 5.°, § 2.°, da Magna Carta.

Destaque-se, outrossim, que, na esfera infra-constitucional, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.07.1984), em inteira consonância com a vigente Constituição, proclama e assegura ao condenado todos os direitos não restringidos pela condenação ou pela lei e impõe, a todas as autoridades, o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, adotando, como base para o estabelecimento dos deveres e direitos do preso as regras mínimas da ONU, de 1955, que "constituem a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem".[3]

Portanto, "*lege habemus*".

O grande desafio está em implementar os ideais e em fazer cumprir as garantias asseguradas, tanto pela Constituição como pela lei ordinária, já que, convenhamos, a dissociação entre a previsão legislativa e a realidade é gritante.

Vários são os fatores determinantes dessa grave discrepância, avultando, dentre outros, os seguintes, apontados pelo Ministério da Justiça[4] e reproduzidos por Rogério Lauria Tucci:[5] a) manifesta desigualdade na distribuição da riqueza; b)

(1) Promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

(2) Promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992.

(3) Cf. Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, item 73.

(4) Cf. Armando Canger Rodrigues e outros (Grupo de Trabalho de juristas constituído pelo Ministério da Justiça). *Criminalidade e violência no Brasil*. Belém : CEJUP, 1980, p. 9 e ss.

(5) Cf. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 755, p. 466, set. 1998.

violência policial; c) impunidade das elites econômica e política num estado inescondivelmente falencial; d) equivocada elaboração legislativa, subseqüentemente à reforma penal de 1984 e à edição da Constituição Federal de 1988; e) gritantes e graves falhas da Justiça Criminal; e f) sistema penitenciário desumano.

A par desses elementos, não podemos nos esquecer que a criminalidade e o recrudescimento da violência urbana têm preocupado diuturnamente os cidadãos e as autoridades, conduzindo à Política Criminal, na qual a prioridade da garantia à liberdade tem cedido lugar, por vezes, ao estabelecimento de instrumentos e critérios cada vez mais repressivos, levando ao afastamento de postulados, como o da proteção da dignidade humana e o da subsidiariedade da intervenção penal, que norteiam qualquer sistema de cunho, eminentemente, garantista.[6]

O binômio criminalidade e violência ocupa, como realçado por Anabela Miranda Rodrigues,[7] lugar de destaque, com a eclosão da criminalidade organizada e de massa. E estes fenômenos, amplamente divulgados pela mídia, são os principais responsáveis pela adoção da chamada "política de segurança", cujo exemplo marcante, entre nós, está na Lei 8.072/90,[8] que trouxe ao cidadão falsa idéia de que o "endurecimento" poderia reduzir a impunidade ou a criminalidade, ainda que com a violação a garantias constitucionais, em especial, a da individualização da pena.

A sociedade brasileira deseja – e com legítima razão – a redução da criminalidade, mas boa parte da população aplaude, ainda que não ostensivamente, os esquadrões da morte, que aplicam a pena capital sem autorização da lei, contando, não raro, com a participação ou cumplicidade de policiais.

Sem se esquecer que a curva de violência não tem poupado adultos, adolescentes ou crianças.

Nesse passo, faz-se necessário invocar Eduardo Galeano,[9] que em feliz passagem, assim se refere ao que chamou "Curso básico de injustiça": " A publicidade manda consumir e a economia o proíbe. As ordens de consumo, obrigatórias para todos porém impossíveis para a maioria, traduzem-se em convites ao delito. As páginas policiais dos diários ensinam mais sobre as contradições de nosso tempo que as páginas de informação política e econômica. Este mundo, que oferece o banquete a todos e fecha a porta nos narizes de tantos é, ao mesmo tempo, igualador e desigual: igualador nas idéias e nos costumes que impõe, e desigual nas oportunidades que brinda".

A realidade tem mostrado, porém, que a adoção da "política de segurança" não reduziu a criminalidade; as prisões continuam superlotadas; sendo inegável que o

(6) Sistema esse de que nos fala Luigi Ferrajoli. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari : Laterza, 1996, p. 5-13.

(7) Cf. Temas fundamentais de execução penal. *Revista do IBCCRIM*. São Paulo, v. 24, p. 13, out./dez. 1998.

(8) Que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5.º, XLIII, da Constituição da República.

(9) Cf. *Patas arriba: la escuela del mundo al revés*. Buenos Aires : Catálogos, 1998, p. 25.

clima prisional piorou de maneira considerável, com a eclosão quase que diária de motins, fugas, e a recém criada figura do "resgate" de presos nas delegacias de polícia.

E, nesse contexto, é evidente que a invocação da finalidade da execução penal, prevista no art. 1.º da Lei 7.210/84, qual seja, a de "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado", afigura-se inocente e irreal.

Tem-se entendido, hodiernamente,[10] que a natureza da pena é *retributiva, preventiva* e de *ressocialização*. A pena atua, simbolicamente, como castigo, como "resposta" do Estado ao ato infringente da lei, cometido pelo agente (retribuição), retirando-o do meio social (prevenção), impedindo-o de delinqüir. Possui, ainda, a finalidade de educação, recuperação e ressocialização, tendente, pois, à humanização, além da simples punição.

Ora, é sabido que a pena privativa de liberdade não exerce a finalidade de prevenção, haja vista os altos índices de reincidência; de outra sorte, lembra Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:[11] "jamais reeducou; não recupera e muito menos ressocializa o indivíduo preso. No máximo, pode amestrá-lo, quando não o piora".

O fracasso das chamadas "ideologias re"[12] (reeducação, ressocialização, readaptação, recuperação e reinserção) mostra-se no desumano sistema carcerário:

(10) Ensina Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*, 15. ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro : Forense, 1995, cap. 26, que a doutrina tem procurado explicar o fundamento da pena através de teorias chamadas absolutas, relativas e unitárias, que gravitam em torno de duas idéias fundamentais: a "retribuição" e "prevenção". De acordo com as teorias absolutas, *a pena é exigência de justiça. Quem pratica um mal deve sofrer um mal. A pena se funda na justa retribuição, é um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal.* Já, as teorias relativas, partindo de concepção utilitária da pena, justificam-na por seus efeitos preventivos. *Prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores. A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que não volte a delinqüir. A prevenção especial opera através da emenda do condenado ou de sua intimidação, ou, ainda, da inocuização dos incorrigíveis.* Por fim, as teorias unitárias combinam as teorias absolutas e as relativas. *Partem do entendimento segundo o qual, a pena é retribuição, mas deve por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial.* V., ainda, René Ariel Dotti, O sistema geral das penas. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999, p. 66.

(11) Cf. Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais. *Revista do IBCCRIM*. São Paulo, v. 27, jul./set. 1999, p. 154.

(12) Ensina Eugenio Raúl Zaffaroni. *Pena e ressocialização*. Palestra proferida no Simpósio Internacional Penas Alternativas e Sistema Penitenciário, realizado em São Paulo no período de 18 a 21 de março de 1997, que essas ideologias estão em redor da idéia de um processo que fracassou, e que o Estado vem corrigir. A idéia é a de que o Estado pode melhorar moralmente a pessoa com poder punitivo. O contra-senso está no fato de que, ao se imaginar que o Estado possa melhorar a pessoa com punição, a pena não seria um mal, mas um bem. Esta idéia, lembra Zaffaroni,

prisões superlotadas, sem lugar para todos; muitos dormem no chão de cimento, em colchões de espuma imundos, ou sobre cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, os presos se revezam; o meio ambiente é insalubre; os doentes são, muitas vezes, misturados com os sadios; há ratos e baratas; os programas educativos, recreativos e profissionalizantes quase inexistem e a falta de consideração pela dignidade dos presos é notória. Por vezes, o dinheiro significa a possibilidade de regalias no interior das prisões. Como lembra Eduardo Galeano:[13] "se se compara, o inferno de Dante parece coisa da Disney".

A deterioração das nossas prisões tem sido também, certificada em visitas feitas, por organizações não governamentais internacionais, como a Americas Watch e a Anistia Internacional. Esta última, em relatório recentemente divulgado,[14] concluiu que as sérias violações aos direitos dos presos são, em parte, resultado de problemas estruturais e administrativos do sistema penal brasileiro: longos períodos de encarceramento; condenados sob a custódia da polícia, e não em instituições penais; insuficiência de pessoal carcerário e de treinamento; assistência médica inadequada; escassez de assistência jurídica gratuita para os pobres; recursos humanos insuficientes e de baixa qualidade; corrupção e má administração.

A constatação desta realidade tem conduzido os mais preocupados com a efetivação das garantias e direitos fundamentais do Homem a pugnar por alternativas à prisão, porque, é público e notório, o sistema penitenciário está falido.

Existem, atualmente, cerca de 195.000 pessoas encarceradas no Brasil,[15] em mais de 350 estabelecimentos prisionais,[16] sem se falar nas milhares de delegacias de polícias. Levando-se em consideração que há aproximadamente 107.000 vagas nos presídios, o déficit supera 80.000 lugares. Só em São Paulo, são pelo menos 80.000 presos para quase 40.000 vagas.[17]

é incompatível, do ponto de vista ideológico, com o Estado de Direito; com as garantias fundamentais; e com o conceito de Direito Penal democrático, que respeita as garantias individuais e a dignidade humana. E assim o é porque, em um Estado Democrático, o ser humano tem que ser respeitado como pessoa. Pode e deve ser responsabilizado pela má escolha que fez, mas não se lhe pode ser retirado o direito de opção.

(13) Cf. *Patas arriba...* cit., p. 94.

(14) Cf. *Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado.* Violações dos direitos humanos contra detentos. São Paulo : Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999, p. 34.

(15) Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e publicados no jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 26.08.1999, caderno 3, p. 10. O Censo Penitenciário de 1997, último oficialmente divulgado pelo Ministério da Justiça, em 1998, apontou a existência de 170.207 presos, entre condenados e provisórios, para 74.197 vagas, o que representa um déficit de 96.010 vagas. O custo mensal por preso, ainda de acordo com o Censo, é de cerca de R$ 500,00. Grande parte da população carcerária brasileira (98%) é formada pela camada mais pobre e menos escolarizada da sociedade; 74,5% dos presos possuem o ensino fundamental incompleto, constituindo, os analfabetos, 12,3%.

(16) Cf. Censo Penitenciário de 1997.

(17) Informações da Secretaria da Administração de São Paulo, publicadas no jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 12.07.1999, caderno Cidades, p. 2 e no jornal *Folha*

A apregoada construção de novos estabelecimentos penais não irá, por óbvio, aliviar os graves problemas existentes, como superpopulação, motins, revoltas, dificuldades orçamentárias, cada vez maiores, já que, quanto mais vagas existirem, ainda haverá superlotação.

E, não se imagina que, privatizando as prisões, a questão estará resolvida. Pelo contrário, em um sistema que vise o lucro, a ganância poderá conduzir à clientela cada vez maior, com sacrifício evidente dos direitos fundamentais.

Não é fácil, como assevera Nilzardo Carneiro Leão,[18] "mudar-se uma cultura da violência, do só mandar e do só obedecer, do aceitar e entender que só a violência da pena privativa de liberdade é solução. A humanização do Direito Penal precisa não apenas inovar concepções, como renovar conceitos e objetivos finais, frente a realidades novas e conceitos novos, decorrentes da mutação permanente do existir social".

Faz-se, portanto, imprescindível transformar, inovar e renovar.

A prisão sempre foi, é e será uma instituição total.[19] Ela é deteriorante e degradante. Favorece o aprendizado de novas técnicas criminosas e cria seus próprios valores.[20] Nela, vige a chamada "Lei do Cão,"[21] resultado do fenômeno da prisionização.[22]

de S. Paulo, edição de 20.08.1999, caderno 3, p. 4. A população carcerária, no Estado, está assim dividida: 49.000 presos no sistema penitenciário e 31.700 no da Segurança Pública – distritos policiais e cadeias públicas. Os jovens entre 18 e 25 anos constituem 32% dos presos, sendo certo que 44% da população carcerária paulistana não tinha profissão definida até o momento anterior à prisão e 42% estava sem emprego. V., ainda, a respeito, jornal *Notícias Forenses*, edição de julho de 1999, p. 40-41.

(18) Cf. Humanização do direito penal. Penas alternativas: solução mágica? *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 8. Coord. João Maurício Adeodato, Recife : Universitária da UFPE, 1999, p. 260.

(19) Sobre as características das instituições totais, v. Michel Foucault, *Vigiar e punir*, 9. ed. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo, Petrópolis : Vozes, 1991, em especial a quarta parte da obra; Erving Goffman. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Ed. Perspectiva, 1974, p. 13-108.

(20) V., sobre a problemática da prisão, dentre outros, Michel Foucault. *Microfísica do poder*, 9. ed., Rio de Janeiro : Graal, 1979, cap. 8; Cezar Roberto Bitencourt. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo : RT, 1993, notadamente cap. 4.

(21) Segundo a qual apenas o mais forte sobrevive. A "Lei do Cão" é muito bem retratada por Drauzio Varella. *Estação Carandiru*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999, e por Luiz Philippe Florence Borges. *A lei do cão*. São Paulo, publicação do autor, 1984, especialmente "Canto Décimo", n. 811 e ss.

(22) A respeito da "prisonização", v., por todos, Augusto Thompson. *A questão penitenciária*, 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980, em especial cap. III.

A tarefa do profissional do sistema deve ser, por primeiro, a de evitar a desagregação do condenado. Para isso, lembra Anabela Miranda Rodrigues,[23] "faz-se necessária a condução de profunda reforma da vida quotidiana da prisão: ela não deve reforçar a estigmatização social de que acometido o apenado."

Em suma, as condições de vida do recluso durante a execução da pena devem aproximar-se das condições gerais da vida em liberdade, favorecendo as suas relações com o mundo exterior. Isso aumentará, sem dúvida, o que Eugenio Raúl Zaffaroni[24] chama de "nível de vulnerabilidade" do preso.

Como atingir esse objetivo? Conforme muito bem apontado pelos autores por último mencionados,[25] em primeiro lugar, é preciso *respeitar a pessoa do preso*; segundo, *não lhe retirar os direitos* não abrangidos pela condenação; terceiro, *oferecer*, e não impor, ao preso a possibilidade de *elevar o seu nível de vulnerabilidade*, reduzindo, assim, ao mínimo possível a marginalização, própria da reclusão.

Esse oferecimento não significa a imposição de tratamento penitenciário, que tem ínsita a idéia de terapêutica coativa. A participação do preso deve ser *voluntária*.

Implica, sim, considerar o preso, não como objeto da execução da pena, mas como *sujeito*, oferecendo-lhe condições de aumentar a auto-estima.

Ademais, o condenado é portador de direitos fundamentais e de deveres perante o Estado, de maneira que qualquer limitação àqueles deve encontrar seu pressuposto na Constituição; só pode ser autorizada quando se demonstrar indispensável para a asseguração da execução e para a segurança, tanto do estabelecimento prisional, como da sociedade. Segue, daí, que toda restrição de direitos do preso deve ser fundamentada, como fundamentadas devem ser todas as decisões em sede de execução penal, sendo nesse passo, inteiramente aplicável o disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República.

É sempre bom ressaltar:[26] "prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana."

Outra consideração que não pode ser olvidada é a de que a pena é castigo, mas a punição não está apenas na prisão. É cediço que a pena, por encerrar ideologia, só faz sentido se necessária. Assim também deve ocorrer com a prisão.

Na medida em que, sabidamente, o cárcere não "reabilita", nem "reintegra" o condenado à sociedade, é preciso evitar, pelo menos, para o pequeno e médio

(23) Cf. *Temas fundamentais de execução...* cit., p. 22.

(24) Cf. *Pena e ressocialização...* cit.

(25) Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Pena e ressocialização...* cit.; e Anabela Miranda Rodrigues. *Temas fundamentais de execução...* cit., p. 20-28.

(26) Cf. Pierre Sané. Prisões e violação de direitos humanos. *Folha de S. Paulo*, 25.06.1999, caderno 1, p. 3.

infrator, a prisão, impondo-lhe penas alternativas,[27] também previstas na Constituição da República.

Isso significa deixar a prisão apenas para aquela pequena parcela de pessoas que, efetivamente, necessitam ser segregadas.

Nesse ponto, impõe-se invocar a garantia da individualização da pena.

A individualização penal, lembra Sérgio Marcos de Moraes Pitombo,[28] "consiste na justa adequação, ou medida, da pena a certo comportamento ilícito e típico; ainda, à pessoa do acusado; e, também, na conformidade do regime ao condenado".

A tarefa de individualizar a pena exige que o juiz, na sentença, explicite, de forma motivada, a qualidade, a quantidade e a intensidade inicial da pena.

Para que a imposição de penas alternativas se faça de maneira mais efetiva, urge modificar a Parte Especial do Código Penal, para que a aplicação dessa modalidade de sanção seja prevista no próprio tipo penal, já que, no sistema

(27) As penas alternativas são sanções criminais distintas das penas privativas de liberdade. Elenca René Ariel Dotti, *O sistema geral das penas...* cit., p. 95, as seguintes, no nosso ordenamento jurídico: a) as restritivas de direitos (prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana, previstas no artigo 43 do Código Penal); b) a multa penitenciária (artigo 49 do Código Penal); c) a multa reparatória (artigo 297 do Código de Trânsito Brasileiro – CBT); d) a suspensão de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor (artigo 292 *et seq.* do CBT); e) a proibição de se obter a habilitação para dirigir veículo automotor (artigo 292 *et seq.* do CTB); f) a suspensão de atividades (artigo 8.º, III, da Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); g) o recolhimento domiciliar (art. 8.º, V, da Lei 9.605/98); h) a proibição de contratar com o poder público (artigo 10 da Lei 9.605/98); i) a proibição de receber incentivos fiscais e quaisquer outros benefícios (artigo 10 da Lei 9.605/98); j) a proibição de participar de licitações (artigo 10 da Lei 9.605/98).

Sérgio Salomão Shecaira, *Penas alternativas...* cit., p. 221, por seu turno, explica que a expressão "penas alternativas" acabou por se consagrar na doutrina brasileira, mas confundida com medidas alternativas. Estas últimas não são, numa acepção mais restrita, penas, havendo, de outra sorte, penas alternativas que não são substitutivas da privação da liberdade.

(28) Cf. *Conceito de mérito...* cit., p. 149. A individualização da pena compreende três etapas: cominação (pelo Poder Legislativo), aplicação e execução (ambas pelo Poder Judiciário e referidas na Constituição da República). A individualização legislativa é trabalho do elaborador da lei, que previamente define a pena, adequando certa pena, passível de ser aplicada, a determinada conduta típica. A individualização judicial, chamada "cognitiva", é realizada no processo de conhecimento e significa a adequação, feita pelo juiz, no momento da sentença, ao definir a pena aplicável, dentre as cominadas (qualidade); a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (quantidade); e o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (intensidade). Finalmente, a individualização executória é realizada pelo juiz, no curso do processo de execução, complementando aquela cognitiva.

adotado pelo Código, a pena restritiva de direitos apenas substitui a pena privativa de liberdade.[29]

De outra sorte, é de fundamental importância, para a correta aplicação dos ideais manifestados pela Lei Maior, que o magistrado esteja consciente da importante tarefa de individualizar a pena, de modo a que a mais severa das sanções, que é a privação da liberdade, somente seja imposta nos casos mais graves. Isso evitará que sejam mandados ao cárcere aqueles que dele não necessitam.[30] Ou que, sabidamente, dali sairão com um "nível de vulnerabilidade" no mínimo igual, ou mais baixo, do que quando entraram.[31]

Entretanto, isto não basta.

É preciso estabelecer Política Criminal[32] e Penitenciária coerentes com os propósitos manifestados pela Lei Maior, em vigor, de maneira a evitar a imposição desnecessária da pena privativa de liberdade e a respeitar, de modo incondicional, a dignidade do ser humano.[33]

(29) Segundo dispõe o artigo 32 do Código Penal, as penas são privativas de liberdade; restritivas de direitos; e de multa, dispondo, o artigo 44, que as penas restritivas são autônomas e substituem as privativas de liberdade, nas hipóteses em que especifica.

(30) Levantamento feito pela Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 03.10.1999, caderno 3, p. 11, mostra que dos 49.905 presos do Estado, 3.920, ou seja, 8%, teriam direito a penas alternativas. Em agosto deste ano, havia 1.964 postos de prestação de serviços, mas apenas 183 condenados beneficiaram-se da pena de prestação de serviços à comunidade. Desde que o programa foi criado pela Secretaria, em fevereiro de 1998, 621 pessoas cumpriram esse tipo de apenação, o que eqüivale a 1,3% dos condenados. Há 1.781 vagas ociosas para prestação desses serviços. Ainda de acordo com a matéria veiculada pelo jornal, o juiz-corregedor dos presídios de São Paulo assim justificou a baixa aplicação das penas alternativas, na Capital: as penas privativas de liberdade hoje impostas, em razão da criminalidade, são muito altas, superando quatro anos; e os *juízes não se sentem seguros em aplicar a pena alternativa porque não há controle efetivo do prestador de serviço.* A explicação, a nosso ver, confirma a necessidade de conscientização do aplicador da lei.

(31) Estima o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente – ILANUD, segundo notícia veiculada pela revista *Veja*, edição 1618, 06.10.1999, p. 46-47, que 45% dos presos brasileiros que cumpriram pena em cadeia tornaram-se reincidentes. Cometendo as mesmas infrações, apenas 12% dos que cumpriram penas alternativas cometeram novas infrações penais. Ainda segundo o periódico, outro estudo da ONU mostrou que 80% dos presos em regime fechado retornaram ao crime, índice este que caiu para 25% dentre aqueles que cumpriram penas alternativas.

(32) A Política Criminal, assevera René Ariel Dotti. *Bases e alternativas para o sistema de penas.* São Paulo : RT, 1998, p. 189, *é ciência e técnica destinadas a promover a interpretação crítica do sistema e formular as propostas de correção.*

(33) Anota, a propósito, Sérgio Salomão Shecaira. Penas alternativas. *Penas restritivas de direitos...* cit., p. 158, que *o respeito incondicional pela dignidade do ser humano*

Lembre-se que a vinculação aos direitos e garantias fundamentais constitui uma obrigação do legislador ordinário, que não poderá, como lembra Alberto Silva Franco, invocando Canotilho,[34] "substituir a força normativa imediata dos direitos fundamentais pelo impulso do normativo-legal, a pretexto de formular uma lei clarificadora ou caracterizadora desses direitos."

De outra sorte, confunde o espírito do aplicador da lei a existência de Política Criminal, que ora endurece a persecução penal e a punição, e ora as atenua,[35] sem se esquecer que, uma semana após a edição da Lei 9.714, de 25.11.1998, que aumentou o rol das penas restritivas de direitos, foi instituída, por Decreto Federal (2856, de 03.12.1998) a "Comissão de Acompanhamento e Avaliação do Regime de Penas Restritivas de Direitos" para, no prazo de 2 anos, ofertar "manifestação conclusiva sobre a conveniência de eventual alteração da Lei 9.714/98" (art. 3.º). Conforme asseverado por Cleunice Valentim Bastos Pitombo,[36] "é inaceitável, inconcebível e intolerável, em matéria penal, lei experimental".

é idéia fundamental, sem a qual não há Estado Democrático de Direito, nem é possível falar em um direito penal afinado com os valores inerentes a esse Estado.

(34) Cf. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90*, 3. ed., São Paulo : RT, 1994, p. 344.

(35) O paradoxo é evidente: a) após o advento da Constituição da República, sobreveio a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), proibindo a progressão de regime penitenciário, ao dispor que as reprimendas aplicadas, pelos crimes que elenca, serão cumpridas, integralmente, em regime fechado (artigo 1.º e § único; artigo 2.º e § 1.º). Mais tarde, a Lei 9.455/97, que definiu o crime de tortura, também tido como hediondo, assentou que o condenado deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1.º, § 7.º). A menos que se considere revogada a disposição restritiva, contida na lei mais antiga, estará criada situação de desigualdade, que, efetivamente, o sistema não suporta; b) de outra sorte, também em virtude da Lei 8.072/90, o traficante de entorpecentes não poderá progredir de regime, porque o crime é equiparado aos hediondos. Mas, a critério do julgador, no momento da aplicação da pena, de acordo com a Lei 9.714/98, poderá, em tese, receber pena restritiva de direitos (v. a propósito, manifestação do Procurador Geral da Justiça do Estado de São Paulo, jornal *Tribuna do Direito*, n. 69, jan. 1999, p. 22, e Sérgio Salomão Shecaira, *Penas alternativas*... cit., p. 224); c) o crime de lesão corporal dolosa enquadra-se nas causas de menor potencial ofensivo, por força do que dispõe a Lei 9.099/95, possibilitando, em regra, a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Mas, como ele é perpetrado com violência à pessoa, não seria em tese passível, se interpretada de forma rígida a Lei 9.714/98, de aplicação de pena restritiva de direitos (v., a respeito, David Teixeira de Azevedo, Penas restritivas de direitos: a destruição de um sistema punitivo, *Penas restritivas de direitos*... cit., RT, 1999, p. 56; Damásio Evangelista de Jesus e Luiz Flávio Gomes, Lei 9.714/98: penas restritivas de direitos, *Boletim do IBCCRIM* 75, encarte especial, ano 6, fev. 1999, p. 9; Francisco de Assis Toledo, Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva, *Penas restritivas de direitos*... cit. p. 147, dentre outros). E, assim, poderiam ser elencados muitos outros exemplos.

(36) Cf. Lei penal em experiência. *Boletim do IBCCRIM* 76, março 1999, p. 9-10.

Vale lembrar, a respeito, que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, há pouco, estabeleceu, dentre as diretrizes básicas de Política Criminal, "defender o instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como ultima ratio", e, ainda, "apoiar a descriminalização e a despenalização de certas condutas, por imperativo da evolução social, à luz da moderna concepção da intervenção mínima do Direito Penal."[37]

Tais propósitos, saliente-se, estão em perfeita consonância com as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas não-privativas de Liberdade, conhecidas como "Regras de Tóquio,"[38] que recomendam, aos Estados-membros, a introdução de medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos, de modo a reduzir "a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando em consideração o respeito aos direitos humanos, às exigências da justiça social e às necessidades de reabilitação do delinqüente."[39]

É preciso, pois, que o manifestado propósito de intervenção mínima seja implementado, evitando-se o encarceramento inútil. A imposição da pena de prisão, frise-se, deve ser deixada como *ultima ratio*.

Apregoa-se – com razão – a falência do sistema penitenciário.

A Lei de Execução Penal, de 1984, até hoje não foi regulamentada em São Paulo, o maior Estado da Federação, não obstante o prazo de seis meses estabelecido no texto legal.

Ainda em São Paulo, não há vagas para o regime aberto e nem Casas de Albergado em número suficiente. Na Capital, elas sequer existem.

De igual modo, não há vagas para o regime semi-aberto, o qual, na prática, acabou transformado em regime aberto. Aquele que é removido do regime fechado para o semi-aberto, no mais das vezes, apenas ali pernoita, permanecendo fora o dia todo.

E o regime fechado, já vimos, é verdadeiramente desumano, em todos os Estados.

O Poder Executivo, a quem cabe o cumprimento das decisões judiciais, necessita estar aparelhado, para que a execução da pena privativa de liberdade se faça de maneira humana, com respeito à dignidade do condenado.

(37) Arts. 4.º e 5.º da Resolução 5, de 19.07.1999, que "dispõe sobre as diretrizes básicas de política criminal e dá outras providências".

(38) Aprovadas e adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução 45/110, de 14.12.1990. A Assembléia Geral, ao aprovar as regras, acatou recomendação do 8º Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Havana, de 27.08. e 07.09.1990. As "Regras de Tóquio" são assim conhecidas por indicação do Comitê de Prevenção e Controle do Delito, já que o Projeto foi preparado em Tóquio, pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente.

(39) Regra 1.5.

Tendo em vista que à Política Penitenciária cabe "buscar, no sonho, a razão para o encontro da utopia e da busca da realidade,"[40] invocamos, mais uma vez, Eduardo Galeano, ao cogitar do "direito ao delírio,"[41] no próximo milênio, já que, embora não possamos adivinhar o tempo que será, podemos exercer o jamais proclamado direito de sonhar.

E, delirando por um instante, para predizer outro mundo possível, permitimo-nos sonhar com um lugar, onde justiça, liberdade e dignidade humana, mais do que eloqüência de discurso, constituam, verdadeiramente, os pilares da sociedade; onde a privação da liberdade seja medida rara e excepcional; e onde a prisão seja local bem diferente do que é hoje, isto é, mero depósito de pessoas.

Bibliografia

ANISTIA INTERNACIONAL. *Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos*. São Paulo : Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999.

AZEVEDO, David Teixeira. Penas restritivas de direitos: a destruição de um sistema punitivo. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo: RT, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo : RT, 1993.

BORGES, Luiz Philippe Florence. *A lei do cão*. São Paulo : Publicação do autor, 1984.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo : RT, 1998.

———. O sistema geral das penas. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari : Laterza, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 9. ed., Trad. Ligia M. Pondé Vassallo, Petrópolis : Vozes, 1991.

———. *Microfísica do poder*. 9. ed., Rio de Janeiro : Graal, 1979.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 15. ed., Rev. e atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro : Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a lei 8.072/90. 3. ed., São Paulo : RT, 1994,

GALEANO, Eduardo. *Patas arriba*. Buenos Aires : Catálogos, 1998.

GOFFMAN, Erving, *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Perspectiva, 1974.

JESUS, Damásio Evangelista; GOMES, Luiz Flávio. Lei 9.714/98: penas restritivas de direitos. *Boletim do IBCCRIM* 75/9, encarte especial, ano 6, fev. 1999.

(40) Cf. Nilzardo Carneiro Leão, Política Penitenciária Nacional. *Revista da Faculdade de Direito de Olinda* 4, Olinda, v. 3, p. 29, jan./jun. 1999. Refere, o autor, que à Política Criminal caberá "*fornecer e apontar os caminhos indispensáveis à busca da paz, à sociedade, ao povo, ofertando as condições para que possa o homem promover em toda a plenitude o exercício da cidadania*".

(41) Cf. *Patas arriba*... cit., p. 342.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. Humanização do direito penal. Penas alternativas: solução mágica? *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, 8. Coord. João Maurício Adeodato, Recife : Universitária da UFPE, 1999.

LYRA, Roberto. Processo e execuções penais. *Novo direito penal*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1971, v. 3.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos – Lei penal em experiência. *Boletim do IBCCRIM*, n. 76, março 1999, p. 9-10.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais. *Revista do IBCCRIM* 27/149-158. São Paulo, jul./set. 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Temas fundamentais de execução penal. *Revista do IBCCRIM* 24/11-37. São Paulo, out.-dez. 1998.

RODRIGUES, Armando Canger. Org. *Criminalidade e violência no Brasil*. Belém : CEJUP, 1980.

SANÉ, Pierre. Prisões e violação de direitos humanos. *Folha de S. Paulo*, 25.07.1999, caderno 1, p. 3.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Penas alternativas. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo : RT, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 755, set. 1998.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Pena e ressocialização*. Palestra proferida no Simpósio Internacional Penas Alternativas e Sistema Penitenciário, realizado em São Paulo no período de 18 a 21 de março de 1997.

18

"TAMBÉM MORRE QUEM ATIRA".

Risco de uma pessoa que possui arma de fogo ser vítima fatal de um roubo[1]

RENATO SÉRGIO DE LIMA
JACQUELINE SINHORETTO
LUCI GATI PIETROCOLLA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fontes de informação e produção de estatísticas – 3. Monopólio do uso da violência – 4. Metodologia da pesquisa: 4.1 Dados utilizados – 5. Estimando o número de armas de fogo em circulação – 6. Análise das ocorrências de latrocínio consumado e tentado.

Resumo: O artigo relata uma pesquisa que se propôs a estimar o risco que uma pessoa que anda armada tem de ser vítima fatal de um robo. Conclui-se que as vítimas que portam armas de fogo no momento do crime de roubo correm um risco de 56% superior de serem mortas. Além disso, a média de vítimas fatais nos casos de latrocínio em que uma das vítimas estava armada é maior do que nos casos em que as vítimas estão desarmadas.

Palavras-chave: Armas de fogo – Criminologia – Latrocínio – Monopólio estatal da violência – Autodefesa.

1. Introdução

A criminalidade urbana, especialmente em suas modalidades violentas, é atualmente um dos fenômenos que mais preocupam os cidadãos residentes nas grandes e médias cidades brasileiras. Nelas, o crime é um fato passível de ocorrer a qualquer momento, contra qualquer indivíduo, sem distinção de classe, gênero,

(1) Este artigo apresenta os resultados de pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas do IBCCrim, a pedido da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo e com o patrocínio da Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – Cosesp. Para o desenvolvimento do projeto, pôde-se contar com as contribuições de Eliana Bordini, Carla Leonelli, Ana Paula Galdeano Cruz e Carlos Henrique de Lima. Por fim, o título da pesquisa e do artigo foi inspirado num trecho da versão da música *Hei Joe* feita por Ivo Meirelles e Marcelo Yuka, do grupo O Rappa.

etnia, riqueza ou qualquer outro atributo sócio-político-cultural provocando, por conseqüência, a exacerbação dos sentimentos de medo e insegurança nos habitantes dos principais centros urbanos do país. Mas o crime não é o único responsável por estes sentimentos. Ele somente os potencializa. O medo e a insegurança, no mundo atual, podem ser vistos como um componente fundamental daquilo que Georg Simmel chamou de "mentalidade urbana."[2] É a partir deste contexto que pretende-se aqui discutir como a posse de uma arma de fogo contribui para o desfecho de um crime, no caso, dos roubos seguidos de morte (latrocínios). O objetivo deste artigo é relatar a pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas do IBCCrim, a pedido da Secretaria de Segurança de São Paulo, e que teve por meta calcular os riscos que uma pessoa armada tem ao ser vítima de uma ofensa criminal relacionada a uma ocorrência de latrocínio. Com isto, pretende-se contribuir para o debate em torno da posse legítima de armas de fogo, pois tanto os defensores da posse legal de armas como os seus opositores ressentem-se da falta de informações confiáveis que possam dar subsídio à discussão.

2. Fontes de informação e produção de estatísticas

Muito tem-se falado sobre a inexatidão das estatísticas oficiais extraídas dos registros policiais para medir o movimento da criminalidade. Mas quando se discute a questão da posse legal de armas, a crítica às estatísticas é ainda mais acentuada. Fala-se em baixa confiabilidade dos dados, manipulação ou "desonestidade intelectual". Entretanto, apesar das limitações que este tipo de fonte impõe, não se vê proliferarem pesquisas rigorosas que utilizem outras fontes que não sejam policiais. Mesmo a coleta de dados em notícias de jornal utiliza-se de forma indireta das informações produzidas pelas polícias, pois é sabido que a maior parte das informações veiculadas pela imprensa é coletada junto aos agentes policiais, salvo os casos que ganham grande repercussão e despertam o interesse de investigações privadas. Mas, como foi dito, são exceções. A grande maioria do noticiário sobre violência não acrescenta informações díspares àquelas coletadas pela própria polícia.

Para além das informações coletadas junto aos documentos oficiais das polícias, para tratar informações relativas à violência, são utilizadas em outros países as pesquisas de vitimização e *self-reported crime*. Nas de primeiro tipo, seleciona-se uma amostra da população e pede-se que os entrevistados relatem os crimes de que foram vítimas num determinado intervalo de tempo. No segundo tipo, pede-se o relato anônimo dos crimes cometidos pelas pessoas entrevistadas. Duas pesquisas de vitimização produziram dados sobre o Estado de São Paulo,[3] mas a forma como estes dados foram produzidos não permite o detalhamento exigido

(2) SIMMEL, Georg; PARK, Robert. *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro : Zahar, 1967.

(3) IBGE, *Pesquisa nacional por amostra de domicílio*. Rio de Janeiro : IBGE, 1988; FSEADE, *Pesquisa de condições de vida – 1998: primeiros resultados*. São Paulo : Seade, 1999.

por este trabalho. Apenas uma pesquisa de *self-reported crime* foi feita no Estado de São Paulo, pela Faculdade de Medicina da USP. Esta pesquisa investigou, em 1998, alunos de 17 escolas (públicas e particulares) da Capital. O ILANUD, órgão da ONU para prevenção do crime e tratamento do delinqüente, prepara outro amplo projeto neste sentido.

Desta forma, as informações mais confiáveis a respeito do tipo de ocorrência pesquisada são aquelas contidas nos boletins de ocorrência policial. Argumentar-se-á quanto ao viés da ação policial refletido nesses boletins, uma vez que todo documento é expressão de um arranjo institucional, é a cristalização de um estado de coisas. A existência de um viés na ação policial não é desconhecida, mas ela não inviabiliza a utilização da fonte como indicador de tendências de comportamentos. Muitos estudos sociológicos têm utilizado informações oficiais para a análise de tendência e movimentos tendenciais. A justificativa que aqui se oferece para esta adequada utilização das informações oficiais é a de que, se existe um viés resultante da inserção do trabalho policial numa rede de relações e interesses, essa inserção deve variar muito mais lentamente do que a produção cotidiana desses dados, sendo possível empreender análises mais refinadas, como a que ora se apresenta a respeito dos casos de roubos com vítimas fatais.

De outro modo, as informações oficiais, aliadas a informações produzidas por meio de outras metodologias (como as pesquisas domiciliares) são o instrumento mais adequado para embasar a formulação de políticas públicas, exatamente pelo caráter público que cerca a produção dessas informações.

3. Monopólio do uso da violência

Historicamente, a formação do Estado de Direito foi acompanhada de um processo de monopolização do uso da violência legítima. Os poderes estatais, ao se consolidarem, expropriaram do cidadão comum o direito ao uso da violência, demarcando situações legais rígidas nas quais se poderia usar a violência sem ser rigorosamente punido, como no caso das situações de legítima defesa.[4] Do monopólio do uso legítimo da violência derivam as restrições legais ao uso e à posse de armas por parte dos cidadãos, existentes em todas as sociedades que adotaram o modelo do Estado Moderno. Qualquer cidadão ou instituição só pode possuir uma arma se lhe for concedida uma autorização governamental. E a autorização para a posse de arma de qualquer tipo é sempre cercada de uma série de cuidados com vistas ao controle do uso da violência nos domínios do Estado. E esses cuidados variam conforme as sociedades e as épocas.

Na tradição do Estado Moderno de Direito, todo o controle do uso da violência é de interesse público, sendo o controle de armas um dos reflexos desse interesse. Em vários países, a vigilância pública do controle de armas têm aumentado. Depois de um grande debate público, em 1997 a Inglaterra proibiu o porte de armas de fogo a todos os cidadãos. Um dos grandes argumentos utilizados para

(4) WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília : UnB, 1991.

esta proibição foi o grande aumento do número de homicídios e roubos praticados com revólveres, pistolas e rifles, e a constatação de que a maior parte dos homicídios era cometida com armas legalmente autorizadas, cujos donos tinham sido considerados aptos para o seu porte.

No Brasil, o controle do uso de armas, sobretudo das armas de fogo, não tem sido feito a contento da opinião pública. Recentemente, tem sido cobrado do Estado maior rigor na fiscalização das armas ilegais, como tem sido cobrada uma intensificação da restrição ao porte legal de armas de fogo. Tem sido até discutido um projeto de lei proibindo por completo a posse de arma de fogo aos cidadãos. Toda essa mobilização de uma parcela da sociedade pode ser atribuída à preocupação com os altos índices de homicídios que se registram diariamente em todo o país, sobretudo nas áreas metropolitanas. É sabido que uma enorme parcela desses assassinatos é cometida com o uso de armas de fogo.

Numa pesquisa internacional coordenada pelas Nações Unidas em Viena, a Colômbia aparece como o país com o maior índice de homicídios, mais de 70 por 100 mil habitantes.[5] Entretanto, dentre todos os países que responderam à pesquisa, o Brasil aparece como aquele onde mais se mata com arma de fogo. Aqui, 88,39% de todos os homicídios foram cometidos com armas de fogo. Até onde se sabe, é a maior taxa do planeta. Também o número de pessoas feridas por arma de fogo no decorrer de um crime é maior no Brasil do que em todos os países que responderam o questionário da ONU (247,15 por 100 mil habitantes). Segundo a pesquisa da ONU, não só as armas de fogo estão presentes em maior quantidade nos homicídios, como também nas situações de crime mais pessoas são feridas por essas armas.

Para alguns, esses números indicam dificuldades por parte do Estado brasileiro em manter seu monopólio da administração da violência, visto que as armas de fogo são largamente utilizadas na sociedade para os fins do crime e da violação da integridade física dos cidadãos. De acordo com esse raciocínio, o controle do Estado sobre as armas de fogo deve ser intensificado. Para outros, a necessidade de defesa do cidadão diante do aumento da criminalidade violenta demanda maior liberalidade por parte do Estado na concessão de utilização de armas de fogo aos cidadãos comuns.

Ressente-se, nos dois lados, carência de dados fidedignos sobre a realidade do crime e da utilização de armas de fogo que possam fomentar um aprofundamento do debate. Deseja-se, com este trabalho, contribuir, ainda que modestamente, para o conhecimento dessa realidade.

4. Metodologia da pesquisa

Assim como o que foi dito em relação ao porte da arma, a probabilidade de uma pessoa ser vítima de um determinado tipo de crime também está relacionada à

(5) United Nations Publication, Sales E.89.IV.2. *Estudo internacional das Nações Unidas sobre regulamentação das armas de fogo.* Preparado pela Divisão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal do escritório das Nações Unidas em Viena. Sumário publicado na *Revista do Ilanud* 11, 1998.

forma como se dão as relações sociais na metrópole. Em outras palavras, para uma análise completa do fenômeno tratado seria necessário pesquisar os vários tipos de comportamentos sociais que podem estar associados ao porte de armas e relacioná-los com situações sociais que pré-dispõem alguém a ser vítima de um crime que resulta na supressão da vida. A relação de causalidade entre os dois fatos só poderia ser explicada com informações obtidas através de estudos de casos que pudessem mapear uma diferença de comportamento entre as pessoas que andam armadas e as que estão desarmadas. Um estudo desse tipo implicaria uma pesquisa qualitativa, que pudesse relacionar características de um estilo de vida que valorizasse o porte de arma e ao mesmo tempo expusesse o indivíduo a um maior risco de ser morto durante um ataque a mão armada.

Entretanto, se a verificação de causalidade entre os fenômenos acima descritos envolve grande sofisticação e demanda um tempo de execução razoavelmente grande, pôde-se, por ora, apurar a existência de relação entre estar armado e ter maior probabilidade de ser vítima fatal de determinados crimes, através da comparação das proporções de pessoas armadas na população e de vítimas de roubos seguidos de morte (latrocínios). Em outras palavras, não se trata de estabelecer uma relação de causa e efeito entre estar armado e morrer vítima de um crime, mas sim de se estimar os riscos de uma pessoa armada vir a ser vítima fatal de um roubo. Assim, a presente pesquisa tem por objeto de análise todos os casos consumados de roubos seguidos de morte registrados, em 1998, pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, no município da Capital.

4.1 Dados utilizados

Para calcular a probabilidade de uma pessoa armada ser vítima fatal de um crime de roubo foi necessário, primeiramente, reunir dados e informações sobre:

- população do Município de São Paulo para 1998;
- número de armas registradas pela Polícia Civil;
- cadastro de pessoas autorizadas a portar armas de fogo na Capital;
- estatísticas sobre apreensão de armas de fogo pelas polícias Civil e Militar;
- boletins de ocorrência de todos os latrocínios (consumados e tentados) cometidos em São Paulo, em 1998.

5. Estimando o número de armas de fogo em circulação

Segundo dados do Departamento de Investigação e Registros Diversos – DIRD, da Polícia Civil de São Paulo, cerca de 1.523.000 armas de fogo foram registradas no Estado de São Paulo de 1938 a 1999. Destas, estima-se que metade estejam na Capital. Este número representa o universo de armas legais. No entanto, para estimar o número de armas ilegais em circulação, verificou-se a inexistência de estimativas confiáveis. Assim, optou-se por considerar o número total de armas vistoriadas nas Mega Operações realizadas pela Polícia Militar de São Paulo e estabelecer as proporções de armas legais e ilegais encontradas. Aceitando que

estas operações conseguem dar um retrato da realidade num determinado período de tempo, estas proporções possibilitaram a estimativa do número de armas ilegais em circulação e o número total de armas em poder da população paulistana. Por este procedimento identificou-se que apenas 42,2% das armas vistoriadas estavam em situação legal (quadro abaixo). Com o número de armas legais e com a estimativa de que metade das armas de São Paulo estão na Capital, informados pelo DIRD, projetou-se o número estimado do total de armas em circulação (1.523.000: 42,2 x 100: 2 = número total de armas em circulação). Assim, no Município de São Paulo, até maio de 1999, circulavam 1.804.395 armas de fogo.

Por fim, este número, em relação à população, significa uma média de 1,8 armas para cada grupo de 10 habitantes. Esta média foi definida, portanto, como o eixo pelo qual toda a análise se estrutura. Significa dizer que, para efeitos de comparação, se é verdade que a posse de arma de fogo colabora para que um indivíduo evite um crime então uma proporção equivalente àquela observada para a população deverá ser observada nos casos com vítimas armadas. Do contrário, todo resultado maior do que esta média representa um risco mais elevado diante da possibilidade de ser vítima fatal e todo resultado menor do que esta demonstra que a posse da arma de fogo não guarda relação com as chances para a defesa diante de um crime.

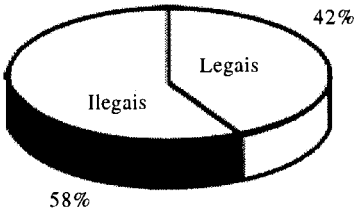
Como forma de dar maior fidedignidade ao resultado obtido, foi estruturado um grupo de controle, com casos de tentativas frustradas de latrocínio, no qual foram investigados os motivos pelos quais este tipo de crime não chegou a se consumar. Isto significa que este grupo de controle foi criado para verificar o percentual de crimes que é evitado exatamente pelo fato da vítima estar armada. O grupo de controle é formado por todas as ocorrências de tentativa de latrocínio registradas pela Polícia Civil, em 1998. Para a análise, os casos de tentativas de latrocínio foram separados em dois subgrupos. Um primeiro contendo todos os casos em que a vítima foi ferida gravemente, sendo, portanto, possível tratá-los da mesma forma que os casos de latrocínio consumado; e um segundo subgrupo contendo aqueles casos nos quais a vítima reagiu e conseguiu evitar o crime.

Quadro 01 – Estimativa de Armas em Circulação no Município de São Paulo

Armas Registradas de 1938 até 31 de maio de 1999	
Estado de São Paulo	**1.522.909**
Município de São Paulo	**761.455**
Armas Ilegais (2)	
Estado de São Paulo	**2.085.880**
Município de São Paulo	**1.042.940**
(2) Estimativa	
Total de Armas em Circulação	
Estado de São Paulo	**3.608.789**
Município de São Paulo	**1.804.395**

Considerando uma população de cerca 9.918.862, este total representa uma média de **1,8** armas para cada 10 habitantes do Município de São Paulo.

Gráfico 01 – Estimativas de Armas em Circulação no Município de São Paulo



6. Análise das ocorrências de latrocínio consumado e tentado

Para analisar as ocorrências de roubos seguidos de morte, consumados e tentados, optou-se por selecionar os casos relativos a este crime cujos Boletins de Ocorrência – BO estavam armazenados na Coordenadoria de Análise e Planejamento – CAP, da Secretaria de Segurança de São Paulo. Feita esta opção, procedeu-se à seleção destes BO junto aos malotes enviados pelos distritos policiais (cerca de 800.000 em 1998). Para esta seleção, foi feita uma primeira triagem dos boletins, na qual foram levantados todos os casos que poderiam ser classificados como latrocínio. Numa segunda triagem, estes boletins tiveram seus históricos lidos, diminuindo, por conseguinte, a possibilidade de um BO relativo a outro crime ter sido considerado no universo de análise.

Com os Boletins de Ocorrência de Latrocínios Consumado e Tentado separados, observou-se se em alguma das partes deste documento havia menção ao fato da vítima estar armada. Nesta parte, foram criadas 4 (quatro) categorias de BO. Na primeira foram incluídos todos os casos de latrocínio consumado em que a vítima fatal estava armada. Na segunda categoria, foram incluídos os demais casos de crimes consumados cujas informações não permitiam detectar se a vítima fatal estava ou não armada. Duas outras categorias foram criadas para contemplar os casos de latrocínio tentado, seguindo a mesma classificação feita para os crimes consumados.

Após esta tarefa, relacionou-se os dados pessoais de todas as vítimas de latrocínio consumado e tentado e procedeu-se uma consulta ao acervo de dados da Divisão de Produtos Controlados – DPC, da Polícia Civil do Estado para se verificar se estas vítimas tinham armas de fogo registradas. É certo que este trabalho não detectou as armas ilegais nas mãos das vítimas, mas possibilitou melhorar a qualidade das informações disponíveis, na medida em que permitiu qualificar algumas situações que poderiam causar dúvidas na análise. O maior exemplo são os BO que apenas relatam que uma das vítimas havia reagido, provocando uma situação de latrocínio. Com esta pesquisa, pôde-se aprofundar a análise dos dados disponíveis.

Feito este trabalho, as informações obtidas foram tabuladas e os dados produzidos. Além da proporção de vítimas armadas de latrocínios consumados, foram estabelecidas as proporções de vítimas armadas de latrocínios tentados, sendo uma para aqueles casos em que a vítima não morreu mas chegou a ser ferida e hospitalizada e outra para os casos em que as vítimas reagiram e evitaram o crime.

1. Observou-se que a parcela da população que possui arma de fogo corre um risco 56% superior de ser vítima fatal numa situação de roubo do que o restante da população. Em outras palavras, se a média de armas em circulação no Município de São Paulo é de **1,8** armas para cada grupo de 10 habitantes, a média de armas entre as vítimas de latrocínio consumado é de **2,84** armas para cada 10 habitantes.

Tabela 01 – Distribuição das ocorrências de roubos seguidos de morte (latrocínios) segundo número de crimes e de vítimas envolvidas

Município de São Paulo

1998

Tipo do Crime	Crimes		Vítimas	
	N.º Absoluto	%	N.º Absoluto	%
Total	334	100,00	450	100,00
Latrocínios Consumados	138	41,30	203	45,10
Consumados com vítimas armadas	26	18,80	57	28,40
Consumados com vítimas desarmadas	112	81,20	144	71,60
Latrocínios Tentados (grupo de controle)	196	58,70	247	54,90

Fonte: Secretaria de Segurança Pública de São Paulo – SSP/Coordenadoria de Análise e Planejamento – CAP/Boletins de Ocorrência registrados nos Distritos Policiais da Capital.

2. Corroborando este risco maior, as vítimas armadas no grupo de controle (tentativas de latrocínio) conseguiram evitar apenas 13,8% de casos, sendo este número **24,2%** inferior à média de armas na população. Isto quer dizer que as chances de uma pessoa armada evitar um roubo com sucesso e não sair ferida ou morta são menores do que ela ser vítima fatal deste tipo de crime. Este grupo de controle foi criado para verificar o percentual de crimes que é evitado exatamente pelo fato da vítima estar armada. O grupo de controle é formado por todas as ocorrências de tentativa de latrocínio registradas pela Polícia Civil em 1998. Para análise, os casos de tentativas de latrocínio foram separados em dois subgrupos. Um primeiro contendo todos os casos em que a vítima foi ferida gravemente e um segundo contendo aqueles casos nos quais a vítima reagiu e conseguiu evitar o crime.

3. Notou-se o grande envolvimento de policiais no grupo de controle. Do total de vítimas armadas que conseguiram evitar um roubo e permanecer ilesas, 57,1% eram policiais. Isto mostra a importância do treinamento no uso de uma arma de fogo.

Tabela 02 – Vítimas que possuíam armas de fogo – Grupo de controle
Município de São Paulo
1998

Tipo de vítima	Tentativas de Latrocínio	
	N.° Absoluto	%
Total	247	100,00
Vítimas armadas	66	26,70
Vítimas armadas feridas e hospitalizadas	32	12,90
Vítimas armadas que evitaram com sucesso o crime	34	13,80
Vítimas desarmadas	181	73,30

Fonte: Secretaria de Segurança Pública de São Paulo – SSP/Coordenadoria de Análise e Planejamento – CAP/Boletins de Ocorrência registrados nos Distritos Policiais da Capital.

4. Para cada crime de latrocínio consumado com vítima armada observou-se uma média de 2,2 vítimas. Quando considera-se o total de casos de latrocínio consumado (vítimas armadas ou não) esta proporção é de 1,5 vítimas para cada crime. Nota-se, portanto, que nos casos que envolviam vítimas armadas existe uma maior probabilidade de envolvimento de múltiplas vítimas. Isto pode significar que, além de correr maior risco de ser morta pela reação a um latrocínio, uma vítima armada acaba colaborando para que outras pessoas também sejam vítimas fatais deste tipo de crime. Os crimes de latrocínio consumado com vítimas armadas representam 19% do total de latrocínios consumados no Município de São Paulo, em 1998. Contudo, suas vítimas representam 28% do total deste tipo de crime. Isto reforça o argumento apresentado.

19

LA VIOLENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SALUD PÚBLICA.

La experiencia de Cali, Colombia

RODRIGO GUERRERO

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. La violencia y la salud pública – 3. Concepto de causalidad en la salud pública – 4. La estrategia de la salud pública para situaciones de causa desconocida: 4.1 Definición de violencia; 4.2 Factores de riesgo para la violencia; 4.3 Diseño de intervenciones y evaluación – 5. El programa Desepaz: 5.1 Orígenes; 5.2 Organizacion del programa; 5.3 Principios orientadores – 6. Areas estrategicas; 6.1 Investigación y estudio sistématico de la violencia; 6.2 Fortalecimiento institucional del orden ciudadano; 6.3 Educación ciudadana y comunicaciones para la paz; 6.4 Equidad y desarrollo social; 6.5 Algunas políticas específicas – 7. Conclusiones

Resumo: A abordagem da violência como problema de saúde pública permite a criação de uma nova estratégia para seu enfrentamento. Esta estratégia parte da definição do problema, da identificação da seqüência causal e dos fatores de risco e da formulação das possíveis intervenções. O texto descreve a experiência de Cali, Colombia, onde o Programa DESEPAZ (Desarrollo, Seguridad y Paz) logrou uma redução impactante dos índices de criminalidade, centrando ações no fortalecimento da cidadania, desenvolvimento social e co-responsabilidade de todos os segmentos da sociedade.

Palavras-chave: Colômbia – Violência – Saúde pública – Desenvolvimento social – Mídia – Desigualdade social – Política criminal.

1. Introducción

Se estima que en las Américas mueren anualmente cerca de 517.465 personas de manera violenta (1) y aproximadamente 140.000 de esas muertes son por homicidio (2). Si se valora el costo de oportunidad de los homicidios de la región, se estima que Latinoamérica estaría destruyendo un capital aproximado 27.737 millones de dólares por año (3). Para muchos países la violencia es la primera causa de muerte para la población general y en casi todos es la primera causa de Años de Vida Saludable Perdidos (AVISAS). Se estima que el 14% del Producto Interno Bruto de

la región se pierde por la violencia (4). La violencia y la inseguridad ocupan el primer lugar en la preocupación ciudadana en la casi totalidad de los países. Paradójicamente, a pesar de la gran importancia del problema, apenas recientemente se ha comenzado a tocar el tema en foros internacionales y, más recientemente, las agencias bilaterales de crédito han comenzado a financiar intervenciones orientadas a la prevención en algunos países.

Violencia es un término que se utiliza para significar una gran variedad de situaciones, y por esta razón se generan muchas confusiones y controversias. Por otro lado, la violencia puede ser mirada desde la perspectiva de diferentes profesiones y con intereses distintos. Las ciencias sociales y del comportamiento miran la violencia desde el ángulo del agresor, y su motivación fundamental se orienta a buscar los factores que llevaron a cometer el acto violento. Las ciencias jurídicas y penales se orientan a estudiar la naturaleza del hecho y la forma de sancionarlo. Las ciencias de la salud, hasta hace poco tiempo, se habían limitado a atender a las víctimas de la violencia, sin preocuparse mucho por la prevención. Cada una de estas perspectivas posee una terminología propia y es, a veces, fuente de confusión. Un hecho aparentemente sencillo de clasificar, como el homicidio, tiene diferentes interpretaciones. Así, por ejemplo, las ciencias jurídicas y penales excluyen aquellos casos en los que la muerte fue producto del uso legal de la fuerza (si ocurrió por causa del enfrentamiento con las fuerzas de la ley o producto de la aplicación de la pena de muerte, en los países en donde existe). Para la salud pública todas las muertes se contabilizan como homicidios.

Este trabajo pretende presentar el enfoque de salud pública aplicado al caso de la violencia.

2. La violencia y la salud pública

La violencia como un problema de salud pública es una idea relativamente nueva, escribió en 1985 Everett Koop, el "Surgeon General" de los Estados Unidos (5). El mismo Koop, en 1992, declaró a la violencia como una emergencia de salud pública para los Estados Unidos. En 1993, los ministros de Salud de las Américas, reunidos en el Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud, decretaron que la violencia era prioridad de salud pública en las Américas (6); a su vez, la 49.ª Asamblea Mundial de la Organización Mundial de la Salud aprobó una resolución similar (7).

Al contrario de lo que se piensa generalmente, la salud pública y la epidemiología no son ciencias que estudian únicamente las enfermedades infecciosas. La epidemiología es una parte de la salud pública que se dedica a estudiar las causas de la enfermedad y, si bien, en una etapa temprana estuvo centrada en las enfermedades producidas por agentes infecciosos, posteriormente se aplicó a las enfermedades producidas por agentes químicos o del ambiente físico y, más recientemente, a aquellas de naturaleza social (8)

3. Concepto de causalidad en la salud pública

Una contribución muy importante de la salud pública al estudio de la violencia es la forma de abordar el concepto de *causalidad*. Para la epidemiología, la causalidad se interpreta siempre en *términos de probabilidad*. Esto quiere decir, que para un determinado factor sea considerado *causa* basta solamente con que su presencia aumente (o disminuya, si el factor previene) la enfermedad. En términos más precisos, se habla de causa cuando existe una *asociación directa* para diferenciarla de las asociaciones indirectas, o aquellas donde dos factores aparecen asociados entre sí debido a que ambos dependen de un factor común (9).

Aún en ausencia de un factor considerado como causal, la enfermedad puede seguirse presentando debido a que pueden existir otros factores que producen el mismo efecto o, al menos, uno muy similar. Esta característica llamada *multicausalidad* es especialmente aplicable al caso de la violencia, donde una variedad de factores producen un efecto muy similar. Por esta razón, es mejor de violencias en vez de violencia, y más que buscar *la* causa única de la violencia, es mejor buscar *los* diversos factores que la producen o se asocian con ella.

El concepto de causalidad puede entenderse mejor al analizar el ejemplo de la tuberculosis. Existe un factor llamado bacilo tuberculoso que caracteriza la enfermedad; sin embargo, su sola presencia *no* asegura que la enfermedad se produzca. De hecho, sólo unas pocas de las personas que se exponen al bacilo desarrollan la enfermedad. Para que la tuberculosis se desarrolle es necesario, además de la exposición al bacilo, la presencia de otros factores tales como un sistema inmunitario deficiente, desnutrición y hacinamiento (Gráfica 1). La epidemiología llama a estos factores *factores de riesgo*. La importancia de ellos, desde el punto de visto práctico, radica en que la incidencia de tuberculosis se puede disminuir, tanto disminuyendo la exposición al bacilo como mejorando el estado nutricional o el sistema inmune.

El caso de la Enfermedad Cardiovascular (ECV) tiene una analogía de especial aplicación al caso de la violencia. Se sabe que la ECV se causa por la acumulación de grasas en las arterias del organismo, por un proceso metabólico propio de cada persona, regulado genéticamente. Como tal, el factor genético es, al menos por el momento, imposible de controlar. Pero, también, se sabe que hay otros factores de riesgo tales como la dieta, el consumo de cigarrillo, la falta de ejercicio físico, el stress, etc., que pueden aumentar el riesgo de desarrollar la ECV (Gráfica 2). El modificar estos factores de riesgo ha sido la única forma de controlar la ECV y con esta estrategia se han logrado resultados muy importantes (10).

La violencia se puede analizar de manera similar. Se puede decir que en la especie humana hay un factor genético que impulsa a la agresión, la agresividad y que la especie humana tiene al igual que otras especie inferiores (Gráfica 3). Sobre el impulso a la agresión se ha comenzado a conocer mucho recientemente. Se han identificado los sitios anatómicos donde se asienta y se empieza a conocer la naturaleza de los mediadores químicos, neurotransmisores, que permiten su expresión (11), (12), (13). Sin embargo, por el momento, estos conocimientos no han llegado todavía a tener consecuencias prácticas; pero la experiencia ha mos-

trado que también existen otros factores que permiten o impiden que la agresividad se manifiesta como un comportamiento violento. Dada la incapacidad de alterar el factor genético, la mejor alternativa para el control de la violencia es trabajar sobre sus factores de riesgo. En esta presentación se discutirán algunos de los factores de riesgo de la violencia más importantes.

4. La estrategia de la salud pública para situaciones de causa desconocida

La salud pública y la epidemiología han diseñado una estrategia sencilla y práctica para abordar el manejo de enfermedades cuya causa se desconoce. En general la estrategia está compuesta de cinco etapas:

1. Definir claramente el problema o enfermedad en cuestión.
2. Estudio de las variables descriptivas (quién, dónde, cuándo) y de los factores de riesgo asociados con el problema.
3. Planteamiento de hipótesis explicativas y diseño de posibles intervenciones.
4. Evaluación de los resultados obtenidos, y
5. Rediseño de las intervenciones a la luz de los resultados.

4.1 Definición de violencia

Existen múltiples formas de definir la violencia. La violencia se puede definir *según la persona* que la sufre: en violencia contra los niños, la mujer o el anciano; *según la naturaleza de la agresión*: en física, sicológica, sexual, etc.; *según el motivo o razón aparente*: en política, racial, etc.; *según el sitio donde ocurre*: en doméstica o del ambiente del trabajo, urbana, rural, etc.

Una categoria de violencia que merece destacarse por razón de su importancia práctica, es la de *violencia intencional o no intencional*. En la primera categoría caen todas aquellos actos donde existe la voluntad de ocasionar daño. Dentro de la segunda, caen los tradicionalmente llamados accidentes. Es preferible utilizar el término de violencia no intencional al de accidentes, que el vulgo asocia con actos imprevisibles o producto de la mala suerte.

Otra categoría que merece especial mención, por su extraordinaria frecuencia y por sus implicaciones sociales, es la violencia que ocurre dentro del hogar: la *violencia doméstica*, la cual puede ser contra la mujer, contra la infancia o el anciano. La violencia doméstica, tiene dos grandes categorías: la violencia contra la mujer y la violencia contra el menor. A pesar de la dificultad de medir estas violencias, ya que involucran componentes sicológicos, sexuales, físicos y hasta el abandono, y de la escasez de estudios, toda la evidencia sugiere que son muy prevalentes y que están en aumento. Un estudio reciente, estima que el número de niños maltratados en los EE.UU. aumentó de 1,4 a 2,8 millones, entre 1986 y 1993 (14). Un estudio mostró que en uno de cada cuatro hogares del área metropolitana de Santiago de Chile, la mujer es agredida por su pareja y que en 60% de los hogares se vive violencia, en sus diversas formas, dentro de la pareja (15).

4.2 Factores de riesgo para la violencia

A continuación discutiremos algunos de los factores de riesgo más conocidos, dando especial énfasis a aquellos donde la evidencia empírica ha corroborado la teoría.

4.1.1 Alcohol

Se sabe que el consumo de alcohol produce cambios metabólicos importantes en el organismo, especialmente en algunos de los neurotransmisores que intervienen en la violencia (16). Por otro lado, se sabe que el consumo desmedido de alcohol se asocia con casi todas las formas de violencia especialmente cuando su consumo es episódico y se da en ciertos ámbitos culturales (17). Coleman y Straus encontraron que las tasas de violencia contra la mujer eran 15 veces mayores en aquellos hogares en donde se informaba de alcoholismo del marido (18). Una revisión de cinco estudios de homicidios mostró que entre 47 y 68% de las víctimas habían consumido alcohol (19), y otros estudios han mostrado elevados niveles de consumo de alcohol entre los agresores o victimarios (20). Los datos provenientes del programa DESEPAZ en Cali, Colombia, indican que el 56% de los homicidios ocurren en los tres días del fin de semana, y una cuarta parte de ellos ocurren el día domingo. Igualmente, se observa un incremento desproporcionado de homicidios en los días de celebraciones especiales, como el día de la madre, la época de Navidad, la noche de año nuevo, los triunfos deportivos, etc. (21) Este comportamiento, junto con la observación de que la mayoría ocurren en horas de la noche, refuerza la asociación con el consumo de alcohol, el cual es conocido como factor de riesgo en otras latitudes (22). J. L. Londoño (23) encontró una correlación significante entre la incidencia de alcoholismo y las tasas de homicidio en varias regiones del mundo. Según el estudio de las autopsias de Cali, mencionado en la obra citada, un 25% de las víctimas estaban intoxicadas con alcohol. Resultados similares, aunque con una proporción mayor de intoxicación en las víctimas, han sido informados para Medellín(24) y para toda Colombia (25).

En un estudio de los 48 estados contiguos de los Estados Unidos para el período 1979-1988, se correlacionaron las tasas de criminalidad con el consumo de alcohol (cerveza, vino y licores destilados) y los impuestos a la cerveza, y se encontró que un incremento del 10% en los impuestos de la cerveza reduciría las tasas de homicidios en 0.3%, la de violaciones en 1.32%, la de agresiones en un 0.3% y la de asaltos a mano armada en un 0.9% (26).

4.1.2 Armas de fuego

El incremento en las tasas de homicidio de los Estados Unidos observado en los últimos años, se debe al aumento de los homicidios producidos por armas de

fuego, ya que los producidos por otras causas han permanecido constantes (28). Según el mismo estudio del Centro Carter, mencionado en la referencia anterior, se ha observado que el 80% de los homicidios de jóvenes de los Estados Unidos son producidos por armas de fuego. Estudio en otras partes han permitido identificar la proliferación de armas de fuego como un factor de riesgo, especialmente por cuanto tornan más letal la agresión y, por eso, recomiendan la restricción en la venta y el porte de las mismas (29). Se ha demostrado que la posesión de una arma de fuego incrementa 2.7 veces el riesgo de muerte para los integrantes del hogar (30).

Según el Instituto de Medicina Legal de Colombia (ICMLCF), en 1994, el 80% de los homicidios de Colombia fueron ocasionados con armas de fuego (31). Cifras idénticas se muestran para Cali y Medellín. Una información de la Policía Metropolitana de Bogotá muestra que el 31.3% de las armas incautadas en la comisión de delitos, habían sido vendidas por la Industria Militar de Armamentos (INDUMIL) y que un 20% de ellas estaban amparadas por un permiso legal. (32) Según los datos de la Alcaldía de Bogotá, en 1994 se expidieron 156.283 permisos para portar o tener armas de fuego en esa ciudad. Si a esta cifra se suman las armas corto-punzantes y las de fuego que no están amparadas legalmente, se puede deducir fácilmente que esta ciudad tiene una proliferación extraordinaria de instrumentos letales de agresión (33).

Una evaluación reciente de la política de desarme en fines de semana seleccionados, implantada en Cali durante 1994, mostró una reducción significante en los homicidios por arma de fuego mientras que no se observaron cambios en los producidos por otros medios (34). Observaciones como las anteriores muestran que el control del porte de armas de fuego ayuda en la reducción de la violencia homicida.

4.1.3 Cultura de la respuesta violenta al conflicto

Un volumen importante de publicaciones revela que el comportamiento violento se comienza a gestar desde la temprana infancia, y que las prácticas y creencias acerca de la educación de los hijos favorecen o dificultan el comportamiento violento del adulto (35). Las diversas sociedades tienen patrones culturales más o menos violentos para la solución de sus conflictos. Así, por ejemplo, en algunos países la solución del conflicto rara vez llega a la violencia, mientras que en otras partes la solución violenta aparece legitimada. Baron y Straus observaron una relación entre el homicidio y un índice de "violencia legítima", que refleja diferentes normas culturales en diferentes estados de los Estados Unidos (36). El establecimiento de una cultura del honor ha sido postulada como causa explicativa de los altos niveles de violencia en los estados del sur de los EE.UU. (37). Un estudio reciente sobre actitudes y normas culturales mostró que el 40% de los ciudadanos de Río de Janeiro aprueban, o al menos entienden, a quien manda a matar al violador de su hija (38). La pérdida de la influencia reguladora de la Iglesia Católica, que con sus diez mandamientos era

la norma de convivencia ciudadana, ha sido postulada como una de las razones de los altos índices de violencia en Colombia (39). Los movimientos guerrilleros prevalentes en América Latina y el narcotráfico también ha contribuido, sin duda, a legitimar la violencia y a establecer patrones de respuesta violenta al conflicto.

Conocer las actitudes hacia el comportamiento violento en sus diferentes modalidades es el objeto de un estudio multicéntrico patrocinado por la Organización Panamericana de la Salud, que se realizó en varios países del continente (400. Este estudio permitirá ver la correlación entre los diferentes comportamientos violentos y las actitudes de la sociedad, y permitirá el diseñar estrategias educativas para modificar positivamente esas creencias culturales.

4.1.4 Impunidad e ineficacia de la justicia y de la fuerza policial

La selección de la respuesta a una ofensa se ve influida por las actitudes relativas hacia otras estrategias posibles (41). La percepción ciudadana de la inoperancia del sistema judicial y la poca credibilidad de la policía, son otro factor de riesgo que creemos está operando en muchas partes de la región de las Américas, porque llevan a la aplicación de la justicia por la propia mano, es decir, a la legitimación de la violencia. Los datos de DESEPAZ en 1983, mostraban que en únicamente el 6% de los homicidios de Cali se lograba identificar al agresor. Datos de Bogotá y Medellín mostraban resultados similares. Si se tiene en cuenta que sólo una pequeña parte de aquellos agresores identificados será finalmente sancionada, podemos ver que la bajísima probabilidad de castigo, puede estimular el comportamiento agresivo.

4.1.5 Violencia en los medios masivos de comunicación

Para la Sociedad Norteamericana de Sicología no existe duda de que el despliegue de violencia en los medios de comunicación estimula el comportamiento violento, especialmente en jóvenes (42), y, además, se asocia con bajo rendimiento escolar, angustia, temor, depresión y aislamiento emocional (43). Existen múltiples ejemplos de comportamiento delictivo moldeado de acuerdo con los comportamientos observados en el cine y la televisión. El inusitado despliegue de violencia por parte de los medios, especialmente de los programas de noticias, contribuye a estimular el fenómeno de la violencia y a percibir el entorno de manera que estimule a algunos a tomar la justicia por sus propias manos. Frente a la controversia sobre el papel de los medios de comunicación, es necesario insistir que el despliegue de la violencia en los medios es un factor de riesgo, cuyo efecto se suma a los mencionados anteriormente (44). Dicho de otra manera, no es que los medios de comunicación sean la causa única de la situación de violencia que se observa en las Américas, sino que el despliegue desproporcionado que se hace de la violencia contribuye a incrementarla.

4.1.6 Violencia entre pandillas (gangs)

El análisis de los homicidios muestra que éstos ocurren predominantemente en varones, jóvenes y muchas veces en menores de edad. Los Estados Unidos poseen las tasas de homicidios más altas entre los países económicamente desarrollados, y una parte muy importante de ellos se debe a los homicidios de jóvenes los cuales aumentaron un 47% entre 1980 y 1994 (45).

Según los datos citados anteriormente del Instituto de Medicina Legal de Colombia, en este país los homicidios afectan predominantemente a los hombres jóvenes, entre 15 y 34 años, con una relación de 13 hombres por cada mujer. Aun cuando la información disponible sobre los agresores es muy escasa, la poca existente parece indicar, que éstos tienen las mismas características demográficas de las víctimas. Esto es, son hombres jóvenes, provenientes de estratos socioeconómicos bajos (46).

En algunos casos como en los Estados Unidos, una gran parte de la violencia homicida es producida por las llamadas pandillas juveniles, (llamadas *maras* en Centro América). En la ciudad de Los Angeles, California, Estados Unidos, por ejemplo, el porcentaje de homicidios atribuido a pandillas fue de 43% para el año 1994 (mientras que en 1979 había sido 18%) (47).

A pesar de la gran complejidad del problema de la violencia juvenil, la evidencia aportada por varias investigaciones permite concluir que existe una relación clara entre problemas de la infancia y la niñez y la criminalidad de los jóvenes, ocasionada por una relación defectuosa entre la familia y los padres con el niño, futuro criminal (48). Entre los factores de riesgo para la violencia juvenil se han identificado: familias inestables, padres abusadores o alcohólicos y falias en la educación afectiva de los niños; la exposición a violencia física y sexual en los medios de televisión; consumo de alcohol y drogas; y, deserción escolar y desempleo juvenil (49), (50). Los programas que buscan controlar la violencia se han orientado hacia el control de los diversos factores de riesgo. Una experiencia exitosa en el manejo de la violencia juvenil es la desarrollada por Slaby, la cual se basa en el desarrollo de un curriculum especial diseñado para enseñar a los jóvenes violentos otras formas de responder a la agresión (51). El programa DESEPAZ de la ciudad de Cali, ha utilizado el empleo de los jóvenes a través de microempresas como estrategia para controlar la violencia juvenil (52).

4.1.7 Pobreza, desigualdad social y marginalidad

En los Estados Unidos las tasas de homicidio, para todas las razas, son 2.5 veces mayores en los niveles socioeconómicos bajos que en los altos (53). Los datos del programa DESEPAZ de Cali muestran, igualmente, una tasa más elevada de homicidios entre los niveles socioeconómicos bajos (54). Sin embargo, en otros estudios, con datos a nivel nacional, no se ha podido encontrar una asociación entre los niveles de pobreza y las tasas de homicidio (55). La pobreza en Colombia desde 1973 hasta 1993, medida bien por necesidades básicas insatis-

fechas o por ingreso, ha venido disminuyendo (56); período durante el cual las tasas de homicidio se incrementaron considerablemente. A pesar de la aparente contradicción, posiblemente basada en problemas metodológicos, no parece haber duda que la *violencia intencional urbana*, se presenta con mayor frecuencia en los grupos socioeconómicos más bajos (57). Los pobres son a la vez agresores y agredidos. Para algunos más que la pobreza absoluta, lo que importa es la pobreza relativa, la cual lleva a una sensación de rechazo, frustración e incapacidad y produce una "angustia flotante libre" que facilita la agresión (58).

La asociación entre pobreza y violencia es de difícil interpretación, dado los múltiples factores de carácter social y educativo que se asocian con la pobreza. Junto con los bajos ingresos los pobres sufren de deprivaciones de carácter múltiple, las cuales pueden ser factores de violencia. Lo único claro parece ser que la erradicación de la pobreza y de las desigualdades deben ser parte integral de cualquier programa de lucha contra la violencia.

4.3 Diseño de intervenciones y evaluación

El éxito de la aplicación de la estrategia de salud pública radica en diseñar las intervenciones a partir de una identificación correcta de los factores de riesgo. No sobra insistir sobre este aspecto fundamental porque los factores de la violencia pueden ser diferentes de un lugar a otro o, al menos, tener una importancia relativa distinta. Según se mencionó anteriormente, la contribución de la violencia de pandillas a la criminalidad urbana en los EE.UU. es mucho mayor que en la mayoría de las ciudades de América Latina. Por otro lado, la presencia de grupos guerrilleros urbanos, que es importante en algunas ciudades colombianas, no lo es en muchas otras partes de la misma región. No existe una receta única que sea aplicable en todos los lugares.

Para completar la aplicación de la estrategia de salud pública, se hace necesario diseñar mecanismos de evaluación que permitan conocer si las intervenciones diseñadas se están aplicando correctamente (indicadores de desempeño), y si están produciendo los resultados esperados (indicadores de resultado). Es preciso reconocer las dificultades de evaluar procesos sociales complejos, donde es muy difícil tener las condiciones apropiadas para un experimento pero es necesario insistir en la importancia y necesidad de la evaluación de resultados.

Una evaluación de la política de restricción en el porte de armas de fuego implantada en Cali durante 1994 durante fines de semana seleccionados, mostró una reducción significante en los homicidios por arma de fuego mientras que no se observaron cambios en los homicidios producidos por otros medios (34). Es posible sin embargo que la reducción observada pudiera haber sido causada por otras razones, como mayor presencia policial en las calles o mayor cuidado de la población ante el despliegue de medios que acompañaban la medida. En el caso de Bogotá, el conflicto entre las Fuerzas Armadas y la Alcaldía sobre quien tenía la facultad de controlar las armas, provocó una situación durante la cual la ley de porte de armas no pudo aplicarse durante un período. Una evaluación posterior

de esta situación mostró un incremento en homicidios por armas de fuego durante el levantamiento y un descenso después de la reimplantación de la medida, con lo cual se reforzó la validez de la hipótesis (60). En otro estudio realizado en Kansas City, en los EE.UU., se pudo hacer un diseño controlado y se demostró que la incautación de armas de fuego se correlacionaba estrechamente con una disminución del crimen (61).

En el caso del consumo de alcohol, y desde el punto de vista de la prevención, se ha podido constatar que medidas como la restricción en la venta de alcohol en sitios públicos, leyes semi-secas o leyes zanahorias en Colombia, han mostrado su efecto benéfico en Cali y más recientemente en Bogotá (27).

Unas aplicaciones de la estrategia de salud pública en la prevención de la violencia y la promoción de la convivencia ciudadana a nivel nacional, la han constituido los programas de convivencia desarrollados con los créditos del Banco Interamericano de Desarrollo otorgados a Colombia (CO 0231) y a Uruguay (UR 0118). En ambos casos se elaboró un diagnóstico de la situación a partir de estudios epidemiológicos y se diseñaron estrategias que abarcan varios de los factores de riesgo identificados. Además, en estos dos casos se hizo especial énfasis en el desarrollo de criterios de evaluación (yardsticks), que permitirán evaluar los resultados.

5. El programa Desepaz

5.1 Origenes

La ciudad de Cali, localizada en el suroeste de Colombia, con una población cercana a los dos millones de habitantes, es una ciudad industrial, la segunda en población, localizada en medio de una fértil y bella zona del país, el Valle del Cauca. Cali, ha ganado reconocimientos nacionales e internacionales, entre otras razones, debido a un alto grado de participación social y al compromiso del sector privado para apoyar los esfuerzos del gobierno local en los proyectos que tienen relevancia para la sociedad.

Sin embargo la tasa de homicidios pasó de 23 a 90/cien mil habitantes entre 1983 y 1993 y, según los datos de la Secretaria de Salud de Cali, los homicidios (sin contar suicidios ni ningún tipo de accidentes) se han convertido en la primera causa de muerte en la población general.

No es de extrañar, por esta razón, que en 1992 todos los estratos sociales expresaran la necesidad de contener la violencia y la inseguridad como la prioridad más importante para la ciudad. Sorprendía que asuntos como el desempleo o el precio de los alimentos, generalmente en primer lugar en la preocupación ciudadana, aparecieran relegados a posiciones secundarias con relación a la inseguridad y la violencia. El programa Desarrollo Seguridad y Paz, resumido por la sigla DESEPAZ, fué el resultado de la promesa hecha por el autor del presente trabajo durante la campaña electoral para obtener la Alcaldía de Cali, de colocar la primera prioridad en la recuperacion de la paz ciudadana.

5.2 Organizacion del programa

Una vez elegido, el Alcalde nombró un grupo de consejeros para estudiar y presentar una propuesta. El grupo de consejeros fué escogido teniendo cuidado de incluir las más variadas vertientes ideológicas y políticas, pues buscaba generar un consenso general en torno al problema y a sus posibles soluciones. Participaron como consejeros representantes de grupos guerrilleros reinsertados, miembros del partido comunista, de las centrales obreras, de los gremios industriales y comercio y representantes de la jerarquía de la Iglesia Católica.

Después de varios meses de trabajo conjunto con funcionarios de la admistración municipal se elaboró el programa, el cual una vez aprobado por el Consejo de Gobierno Municipal (el conjunto de secretarios del despacho), fué presentado al Concejo Municipal de la ciudad y recibió amplia difusión en los medios.

5.3 Principios orientadores

El grupo acordó los siguientes principios como orientadores del programa DESEPAZ:

Multicausalidad. La violencia parece ser la expresión de diversos y completos procesos sociales y son muchos los factores causales que la provocan. No es posible por lo tanto encontrar una única causa que puede explicar todo el fenómeno. Como corolario de esta afirmacion se puede pensar que la solucion al problema de la violencia debe comprender acciones multiples, a diversos niveles.

Investigación. Es necesario el acopio sistemático de más información sobre las manifestaciones de la violencia y sus posibles factores causales. La investigación debe ser parte integral de un programa que busque el control de la violencia y la inseguridad.

Prevención. Se debe dar prioridad a la prevención sobre la represión. Sin desconocer que esta última en indispensable, es necesario trabajar sobre las causas más que sobre los efectos. Se considera que el tratamiento tradicional, basado en mecanismos represivos, ha sido desbordado por los niveles de violencia existentes en la ciudad.

Participación. La paz y la seguridad si bien son responsabilidad primordial del gobierno, deben ser asuntos que involucren la totalidad de la ciudadanía, la cual debe ser informada amplia y suficientemente.

Tolerancia. Un clima de tolerancia y respeto por la opinión y el derecho ajenos, debe ser telón de fondo para cualquiera de las intervenciones que se pretendan realizar y, por lo tanto, debe ser estimulado por la administración municipal.

Equidad. Independiente de cualquier asociación causal con la violencia, se debe promover activamente la equidad y la disminución de las desigualdades existentes en la ciudad.

6. Areas estrategicas

De acuerdo con los principios enunciados anteriormente, se definieron cuatro áreas estrategicas, a saber:

6.1 Investigación y estudio sistemático de la violencia

Epidemiología de la violencia. Con la coordinación de una epidemióloga del programa DESEPAZ, se organizó un grupo con representantes de la Policía, Fiscalía, Tránsito, Salud, Medicina Legal y Oficina de Derechos Humanos. Este grupo que se reune semanalmente tiene por objeto revisar de manera detallada los eventos violentos presentados en la última semana y preparar un informe para ser analizado en el Consejo Municipal de Seguridad. Una de las primeras tareas del grupo fué lograr un consenso en torno a las variables por analizar y la forma operacional de definirlas. Esto se tradujo en una concordancia casi absoluta entre todas las fuentes de información, que anteriormente producían información muy distinta.

Sondeos de opinión. Se diseño un instrumento de medición de la opinión ciudadana sobre la calidad y problemas de funcionamiento de la policía y la justicia. Esta encuesta se realizó cada seis meses y sus resultados eran conocidos únicamente por las partes interesadas.

6.2 Fortalecimiento institucional del orden ciudadano

Consejos municipales de seguridad. Con el objeto de lograr una coordinación que no había existido anteriormente, se estableció la práctica de una reunión de los jefes de todas las instituciones que tenían algo que ver con la seguridad ciudadana. En el despacho del Alcalde, quien de acuerdo con la Constitución Colombiana es jefe de la Policía, se reunían semanalmente los Comandantes del Ejército y de la Policía Metropolitana y Departamental, y los Jefes de la Fiscalía, Medicina Legal, Oficina de Derechos Humanos, los secretarios de Gobierno, Tránsito y Salud Municipales y directivos del programa DESEPAZ. En esta reunión se revisaba lo acaecido en la semana anterior y se programaban acciones especiales con la idea de prevenir problemas.

Mejoramiento a policía. Una de las procupaciones iniciales fué la de mejorar la calidad de la fuerza policial, a pesar de que la Policía Colombiana es una institucion de carácter nacional y es financiada y administrada de manera central. Un diagnóstico inicial mostró un nivel medio de 2 año de secundaria para los agentes, razón por la cual DESEPAZ organizó un proyecto para lograr que todos los agentes tuvieran secundaria completa en un plazo de 18 meses. Con la colaboración de los propios agentes, que pagaban la mitad del costo, se contrató con una Universidad el desarrollo de un programa especial, acelerado y con módulos especiales en desarrollo de comunidad, derechos humanos y principios constitucionales. Todos los agentes tomaron los cursos.

Otra preocupación la constituía la vivienda tanto de los oficiales como la de los agentes. Solo 2 entre los 70 oficiales recibía, en alquiler módico, vivienda oficial. Los demás estaban obligados a gastar una parte muy importante de su precario salario, para poder tener una vivienda digna. Con la colaboración del sector privado y de los mandos centrales de la Policía en Bogotá se comenzó a una campaña para ofrecer a todos los oficiales una residencia institucional adecuada. Al momento de terminar el mandato se habían encontrado 50 viviendas para los oficiales. Para los 3500 agentes, de los cuales solo el 20% era propietario de vivienda, se comenzó una campaña especial para vincularlos a los programas de vivienda popular del municipio. Aproximadamente 1000 habían tenido la oportunidad de vivienda al terminar el mandato.

Se organizaron varios seminarios para los oficiales de la policía en temas que iban desde derechos constitucionales hasta temas prácticos como la definición de "flagrancia", concepto muy importante desde el punto de vista de las capturas y sobre el cual tenían conceptos diferentes.

A las anteriores acciones se suma el apoyo que la ciudad ha venido prestando desde hace varios años, a través de un fondo de apoyo llamado VISECALI, para equipos de comunicación y compra de vehículos y pago de gasolina para los mismos.

Mejoramiento de las inspecciones de policía. Existe en Colombia unas instituciones mal llamadas Inspecciones de Policía, pues tienen poco que ver con la Policia, que son el sitio de contacto primario de los ciudadanos colombianos con el sistema judicial. Es allí donde se ponen las quejas iniciales por cualquier problema (robos, atracos, lesiones, pleitos, etc.) Tradicionalmente han sido los sitios más abandonados del sistema judicial colombiano. Se comenzó entonces una campaña de mejoramiento de la planta física y de dotación de equipo de oficina, incluyendo computadores para todas las inspecciones de la ciudad. Todos los procedimientos básicos fueron sistematizados, a través de un convenio con una universidad local.

Simultáneamente se emprendió el esfuerzo de ampliar la gama de servicios ofrecida por las Inspecciones de Policía: a) Se crearon diez *Centros de Conciliación*, donde profesionales de diversa naturaleza, buscaban un arreglo entre las partes, previo al comienzo de los procesos judiciales. b) Se establecieron veinte *Consultorios Jurídicos*, con el apoyo de las facultades de derecho y de sus estudiantes, para que los ciudadanos pudieran encontrar asesoría legal. c) En ocho de las Inspecciones de Policía se crearon o se fortalecieron considerablemente, en caso de ya existir, *Comisarías de Familia*, con profesionales especializados, para el manejo de problemas de maltrato a la mujer, al menor o al anciano y otros problemas. d) Se comenzó a desarrollar el concepto de *Casas de Paz* (hoy en día adoptada como estrategia nacional), para la agrupación de todos estos servicios, anexos a una Inspección de Policía, una estación de Policía y los servicios de medicina legal. Se creó la primera Casa de Paz en la Comuna 20 y una segunda en el distrito de Aguablanca, una de los zonas más pobres y deprimidas de la ciudad.

Sistematización de la Justicia. Se contrató con una universidad local el desarrollo de programas de computador para sistematizar los procedimientos de los

Tribunales de la ciudad. Al mismo tiempo se realizaron gestiones ante el gobierno central y el gobierno canadiense (el cual había hecho una donación para el mejoramiento de la justicia colombiana) que permitieron la adquisición de todo el equipo (hardware) necesario.

6.3 Educación ciudadana y comunicaciones para la paz

Consejos comunitarios de gobierno. Se estableció la costumbre de realizar semanalmente, en horas de la noche, una reunión de todos los Secretarios del Despacho en compañía del Alcalde, con miembros de la comunidad de cada una de las veinte comunas en que se encuentra dividida la ciudad. En esta reunión se presentaban los problemas de la comuna respectiva, se discutían los planes de acción y se revisaba el cumplimiento de los diversos proyectos. A estas reuniones, que eran programadas con varias semanas de anterioridad, asistían en promedio unas 200 personas entre líderes y miembros de la comunidad interesados. El efecto fundamental que se buscaba era acercar la comunidad al gobierno municipal y de esa manera hacerlo más efectivo y responsable.

Niños amigos de la paz. Con el objeto de hacer conciencia sobre el peligro que implica el uso de las armas de fuego, se organizó una campaña para que los niños de Cali, regalaran las armas de juguete para lo cual se colocó en el Edificio de la Alcaldía, una urna de plástico transparente donde ellos podían venir a arrojarlas. Aproximadamente 22.000 niños así lo hicieron. A los niños participantes se les daba una credencial que los acreditaba como Amigos de la Paz, con la cual podían tener acceso a muchos espectáculos públicos y parques de recreación de la ciudad. Más importante que los numeros mencionados fué la conciencia ciudadana lograda, gracias a la cual se pudo hacer efectiva en la ciudad una ley de carácter nacional que impide la venta de armas de juguete. Un producto no esperado de este esfuerzo fué la aparición de un grupo de adolescentes que entregaron armas verdaderas y que dió origen a un programa especial dentro del trabajo con jóvenes integrantes de pandillas.

Educación para la tolerancia y la convivencia ciudadana. A través de la Oficina de Comunicaciones de la Alcaldía se comenzó una campaña de medios para educar la ciudadanía en la tolerancia y en el respeto al derecho de los demás. La frase de Benito Juárez "la paz es el respeto al derecho ajeno," se volvió el tema educativo utilizado en diferentes formas por la Oficina de comunicaciones y educacion de la ciudad. Se hicieron una serie de comerciales de televisión sobre diversos temas, entre los cuales merece destacarse la creación de un personaje que tuvo muchísima aceptación e impacto: El Vivo Bobo. Este personaje representa al ciudadano típico, que buscando el beneficio personal no respeta las reglas de convivencia (señales de tráfico, colas para montar en los autobuses, etc.) pero que siempre acababa siendo ridiculizado por hacer tales cosas. El Vivo Bobo apareció en una serie de comerciales que fueron pagados por el sector privado de la ciudad.

Con la colaboración de Universidades y Organizaciones no gubernamentales locales, se desarrollaron cursos de capacitación para líderes comunitarios en la solución de conflictos y en normas de convivencia pacífica (dentro de un progra-

ma llamado EDUPAR, educación y participación comunitaria). El programa tenía dos fases: una centrada en el fortalecimiento familiar y en la relación padres e hijos y otra, en el manejo de conflictos con vecinos, en el espacio público, para buscar la armonía social. Más de 700 líderes recibieron esta capacitación.

6.4 Equidad y desarrollo social

Promoción de la equidad. Uno de los principios orientadores del programa DESEPAZ es el promover la inversión pública de tal manera que contribuia a disminuir la inequidad. Desde ese punto de vista, la administración se propuso:

Educación. En la formulación de la campaña se incluyó el ofrecer cupo en la educación primaria a todos los niños de Cali. Dentro de ese esfuerzo se crearon 40.000 nuevos cupos, con lo cual se erradicó por completo el déficit en educación primaria. En relación a la educación secundaria se abrieron 5 colegios (unos 12.200 nuevos cupos), en las zonas más deprimidas de la ciudad y se planteó como objetivo para las administraciones futuras la imperiosa necesidad de ofrecer cupos suficientes para toda la población escolar. Se calculaba que en Cali, solo un poco más de la mitad tenían acceso a la educación secundaria.

Con el objeto de mejorar la calidad de la educación se crearon 7 Centrales Didácticas para primaria y 2 Centrales Tecnológicas para secundaria. Estas centrales son unidades de recursos pedagógicos, localizadas en sectores de bajos ingresos de la ciudad a las cuales acuden los niños del sistema público y encuentran biblioteca, materiales educativos varios, videos, equipo para experimentos, mapas y ayuda pedagógica especializada. Cada central tiene tambien una dotación de computadores con programas didácticos.

Servicios públicos. El Distrito de Aguablanca, una zona densamente poblada con alrededor de 300.000 habitantes de escasos recursos, no tenía servicio de agua potable en una proporción cercana a la mitad, ni alcantarillado en una mayor proporción. Al terminar la administración todo el Distrito tenía los servicios completos (agua, luz y alcantarillado) y se comenzó un agresivo programa para comenzar a montar la red telefónica.

Se hizo un estudio de inversión para las otras zonas de la ciudad consideradas de alto riesgo (de una importancia numérica considerablemente menor que Aguablanca) y se dejaron los proyectos de inversión. A aquellos habitantes de zonas consideradas irrecuperables se les invitó a vincularse a la ciudadela Desepaz, que se describe a continuación.

Vivienda popular. Estudios del Departamento de Planeación Municipal de Cali mostraban un déficit de 60.000 viviendas para los estratos I y II, los más bajos. Se concibió entonces un ambicioso proyecto de autoconstrucción dirigida para 30.000 familias. Se amplió el perímetro urbano a una zona aledaña de 330 hectáreas, se tendió la red de servicios públicos y de manera conjunta con el sector privado – propietario de la mayor parte de la tierra del sector –, se comenzó a ofrecer programas de vivienda. El municipio adquirió lotes para 3.600 familias inicialmente y posteriormente para otras 2.000 familias más, los cuales han venido

siendo vendidos en las condiciones mas favorables posibles del mercado, a los habitantes de tugurios y zonas de alto riesgo. Simultáneamente, el sector privado, la mayoría de las veces a través de fundaciones sin afán de lucro, y Cajas de Compensación Familiar, comenzó programas de autoconstrucción para familias de bajos ingresos. Los resultados han sido extraordinarios desde todo punto de vista y el programa llamado ciudadela Desepaz, es modelo no solo para Colombia sino que fué acogido como tal en la reciente reunión de Habitat II, en Estambul.

Programa con jóvenes. Datos del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Cali estimaban que 8.500 jóvenes estaban agrupados en unas 130 pandillas juveniles, las cuales tenían un grado variable de actividades delictivas. Se consideró prioritario el trabajo con estos jóvenes, para resocializarlos si acaso ya estaban en el crimen o para evitar que cayeran en él, si todavía no lo estaban. El Programa PARCES (Participacion, Convivencia, Educación, Superación) que tiene una muy activa colaboración del sector privado de la ciudad, agrupa unos 1.400 jóvenes, dos terceras partes de sexo masculino, y busca ofrecerles orientacion sicologica y apoyo para actividades recreativas y para la consecusion de empleo.

Casas de la juventud. Se organizaron unos espacios propios para jóvenes en 17 barrios de la ciudad, donde bajo la dirección de profesionales especializados, se reunen a escuchar música, bailar, hacer fisiculturismo, etc. Al rededor de éstas Casas surgieron, por ejemplo, dos orquestas/bandas de música bailable, varios grupos de teatro y títeres y numerosos clubes deportivos.

Olimpiadas intercomunales. A través de la Escuela Nacional del Deporte, con sede en Cali, se entrenaron 330 jóvenes como promotores de deporte de las diferentes comunas y con ellos se logró mobilizar más de cien mil personas, para las III Olimpiadas Intercomunales de la ciudad.

Generación de ingreso. En convenio com varias ONGs y otras organizaciones locales y el PNUD se promovió la organización de microempresas de jóvenes, varios de ellos provenientes de movimientos guerrilleros que se habían acogido a la amnistía ofrecida por el gobierno. Posteriormente, el gobierno municipal contrató con varias de ellas la ejecución de labores tales como aseo de plazas de mercado, recolección de basura e sitios de difícil acceso, construcción de adoquines y cuidado de parques y zonas verdes. Algunos jóvenes se vincularon al sector laboral formal a través de un programa especial que realizó Desepaz con la colaboración del sector privado.

6.5 Algunas políticas específicas

Con base en las informaciones de Desepaz se tomaron múltiples medidas de gobierno orientadas a la prevención del crimen y el delito. Algunas de ellas merecen especial mención.

Ley semi-seca. Cuando las informaciones de Desepaz mostraron que la mayoría de los homicidios ocurrían durante los fines de semana, en horas de la noche y durante celebraciones públicas, eventos que se asocian con el consumo de alcohol, se tomó la decisión de prohibir la venta en expendios públicos a partir de la una

de la mañana, en días de semana y de las dos, en vísperas de feriados (esta medida fue llamada en Cali, ley semi-seca). Esta medida tuvo gran respaldo por parte de la mayoría de los sectores sociales y gran oposición de los dueños de los establecimientos. Sin embargo el efecto inmediato de su aplicación fué muy grande sobre todo en el sector hospitalario que respaldó publicamente y con entusiasmo la medida y gracias a ese apoyo pudo mantenerse la ley semi-seca. La reciente experiencia de Bogotá con una medida similar es muy parecida, y tambien ha mostrado benéficos resultados.

Prohibición del porte de armas. En Colombia ha sido ente muy fácil el obtener permiso para el porte de armas de fuego y la Industria Militar Colombiana, única institución autorizada para la manufactura y venta de armas, siempre ha visto con buenos ojos esta política. Sin embargo cuando los datos de DESEPAZ mostraron que el 80% de los homicidios ocurría con armas de fuego, se obtuvo el permiso de Bogotá para invalidados en ciertos momentos, cuando a juicio del Alcalde, se ameritara. Se comenzó en Cali, entonces, una política de desarme total de la población en ciertos fines de semana especiales (cuando por ejemplo, coincidía con viernes el pago de los obreros, que se hace quincenalmente, o en otras ocasiones especiales). Hubo considerable protestas por parte de algunos sectores de la población que consideraban que se le estaba dando vía libre a la delicuencia, la cual nunca iba a acatar el desarme. Sin embargo la medida se mantuvo y se pude comprobar de inmediato un decenso promedio de seis (no desaparición total) en los homicidios por arma de fuego. Una evaluación posterior mostró una reducción significante en las tasas por homicidios por arma de fuego (no por lo causados por otros medios) en los fines de semana de desarme, confirmando la impresión inicial.

Prevención de accidentes de tránsito. Los datos de DESEPAZ permitieron hacer mapas de los sitios e intersecciones de mayor accidentalidad de la ciudad. Con la colaboración de expertos se diseñaron las intervenciones apropiadas, que en muchos casos consistieron en obras de infraestructura vial. De igual manera, como los datos sugerían una asociación muy fuerte entre los homicidos en accidentes de tránsito y el consumo de alcohol, se organizaron patrullas especiales durante los fines de semana para la detección de choferes y se medía alcoholemia en los sospechosos de embriaguez. Se hicieron unos comerciales explicando el peligro del uso del alcohol; en uno de las series del VivoBobo se ridiculizó a los que beben y conducen, etc. Como consecuencia de estas acciones la tasa y el número absoluto de homicidios en accidentes de tránsito disminuyeron en la ciudad.

7. Conclusiones

La gran bondad del enfoque de salud pública radica en su aproximación empírica, basada en la observación de los factores de riesgo operantes en un momento dado y en una situación específica. Es claro del análisis realizado que no existe una solución única, sencilla para resolver este complejo problema. Es necesaria una acción sobre aquellos factores de riesgo susceptibles de manejo. Tratándose de complejos problemas sociales y culturales no es probable una respuesta pronta y debemos prepararnos para plazos medianos y largos durante

los cuales se debe continuar trabajando.

Los datos de DESEPAZ sugieren que la violencia, tal como se presenta en las ciudades capitales de Colombia, responde más a un patrón desorganización social que al de la violencia producto de la lucha de bandas rivales de narcotraficantes. No hay duda que el narcotráfico a través de múltiples formas, especialmente a través de la penetración y corrupción lograda entre las fuerzas de policía y la justicia, ha influído en esta desorganización social. Tampoco hay duda que una parte de la violencia, relativamente pequeña aunque importante, es producto directo del narcotráfico y de la violencia guerrillera, que en Colombia es principalmente rural.

La experiencia de Cali indica que la comunidad puede apoyar medidas de control, a veces impopulares, con tal de lograr reducir el crimen y la inseguridad. Medidas tales como la restricción en el expendio de bebidas alcohólicas o en el porte de armas tienen un impacto importante pero limitado ya que afectan solo algunos de los factores de riesgo. Indica además, que es posible hacer algo, que algunas intervenciones son eficaces a muy corto plazo, con lo cual se puede mantener el apoyo para las otras cuyo efecto es más demorado.

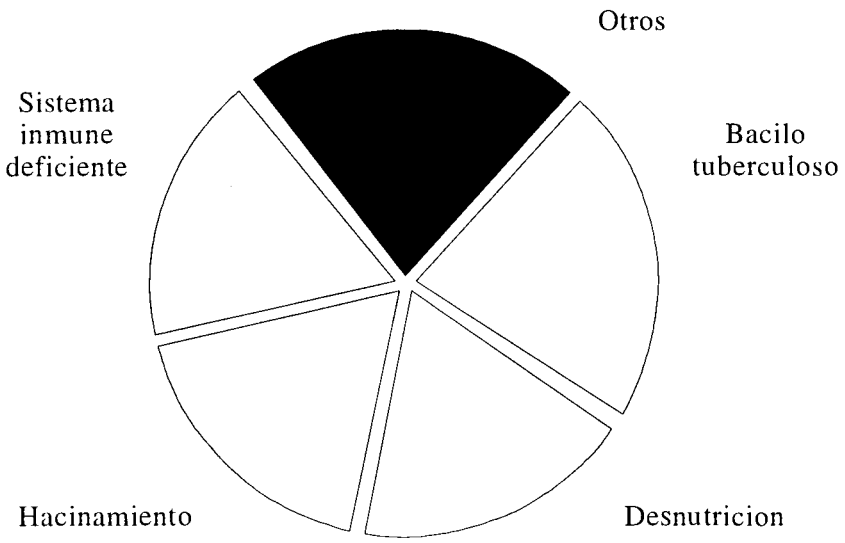
No existe una fórmula única, una receta que pueda ser aplicada en todas partes. Cada ciudad o país debe comenzar por conocer su propia situación y los propios factores desencadenantes de su violencia para poder actuar sobre ellos. El mejor ejemplo de esta afirmación lo constituye la reciente experiencia con la aplicación de una ley para el uso obligatorio de cinturones de seguridad en Colombia, cuyo efecto ha sido casi nulo. Los datos disponibles muestran que las dos terceras partes de los homicidios en accidentes de tránsito en Colombia ocurren por atropellamiento de peatones, a diferencia de otros países donde la mayoría ocurren entre los pasajeros de un vehículo. No era de esperarse por tanto, un gran impacto con el uso del cinturón de seguridad por los ocupantes de un vehículo. La experiencia de Cali con el control del consumo de alcohol en los choferes, mostró un efecto mayor que el de la implantación del cinturón de seguridad.

El mejoramiento de la justicia y de la policía son componentes fundamentales de la solución pero no deben ni pueden convertirse en el único mecanismo de respuesta. Un análisis reciente sugiere que los mecanismos represivos y punitivos tradicionales se vuelven insuficientes cuando los niveles de violencia y homicidios pasan de un cierto nivel (59). Colombia y la mayoría de los países de América Latina parecen haber cruzado hace tiempo ese umbral.

Pero por encima de todo, es necesario darle a la violencia la importancia y prioridad política que el problema merece y lograr que los gobernantes se comprometam a controlarla. El Programa DESEPAZ tuvo un apoyo grande en la administración que lo implantó; las administraciones posteriores han dado apoyo parcial e irregular, lo cual se ha traducido en que varios de los proyectos se han ejecutado de manera irregular. Las voluntades de todos los ciudadanos de Cali, ha sido fundamental en la conservación del programa.

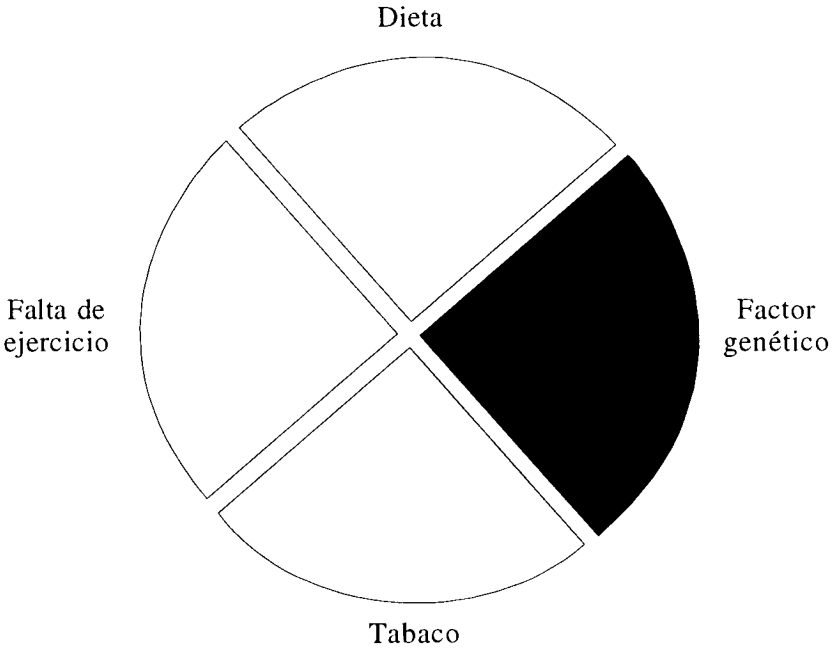
Grafica 1

MODELO TEORICO DE CAUSALIDAD



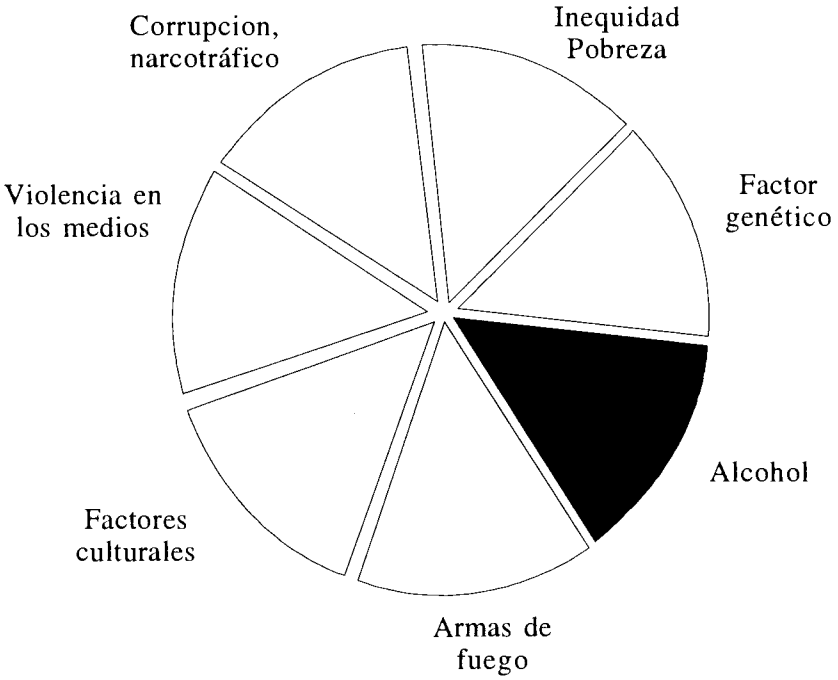
Grafica 2

Factores de riesgo
ENFERMEDAD CARDIO VASCULAR



Grafica 3

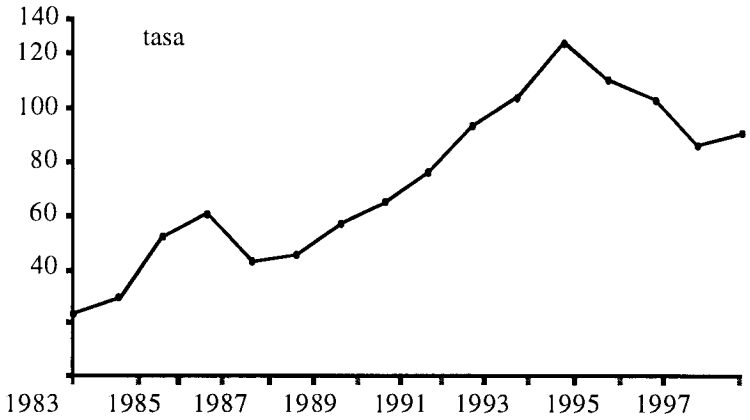
VIOLENCIA URBANA
Factores de riego



Grafica 4

HOMICIDIOS EN CALI

1983-1998



Referencias

(1) YUNES, J. Mortalidad por causas violentas en la Región de las Américas. *Bol of Sanit Panam* 114(4):302-315, 1993.

(2) LONDOÑO, J. L. *Epidemiología económica de la violencia urbana.* Trabajo presentado en Asamblea de Gobernadores del Banco Interamericano de Desarrollo. Cartagena, Colombia. Marzo 1998.

(3) LONDOÑO, J. L. *Violencia, psychis y capital social.* Presentado en la Segunda Conferencia Annual del Banco Mundial para el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Bogotá, 30 Junio-2 Julio, 1996.

(4) LONDOÑO, J. L., 1998, ob. cit.

(5) KOOP, C. E. *Injury Prevention: meeting the challenge.* A report of the National Committee for Injury Prevention and Control 1989. Oxford, New York. Oxford University Press.

(6) Organización Panamericana de la Salud, 1993. Resolución XIX, aprobada en la XXXVII Reunión del Consejo Directivo, Washington, D.C.

(7) World Health Organization 1996. Resolución WHA 49.35, aprobada por la 49.ª Asamblea Mundial de la Salud. Ginebra, 1996.

(8) GUERRERO R., GONZÁLEZ C. L., MEDINA E. *Epidemiología.* Bogotá, Caracas: Fondo Educativo Interamericano S.A., 1981.

(9) GUERRERO R., GONZÁLEZ C. L., MEDINA E. *Epidemiología.* Bogotá, Caracas: Fondo Educativo Interamericano S.A., 1981.

(10) BRAUNWALD, E. *Cardiovascular medicine at the turn of the century: triumphs, concerns and opportunities.* NEJM 1997. 337:1360-69.

(11) LEDOUX, J. *The emotional brain.* Simon & Schuster, New York 1996. New York.

(12) SEDVALL, G., FARDE L. Chemical brain anatomy in schizophrenia. Lancet 1995; 346:743-49.

(13) LEMONICK, M. D. *The mood molecule.* Time Magazine, 1997 (Sept. 29).

(14) SHALALA, D. E. Informe a los empleados del Departamento de Health and Human Services, sobre el National Incidence Study, realizado por el National Center on Child Abuse and Neglect. 1996. Washington D.C.

(15) LARRAÍN, S. *Violencia familiar y la transmisión de pautas de comportamiento social.* Trabajo presentado en el encuentro de reflexión "Hacia un enfoque integrado de desarrollo: Etica, violencia y Seguridad Ciudadana". Banco Interamericano de Desarrollo, 1996. Washington, D.C.

(16) PIHL, R. O., PETERSON, J. B., 1993. *Alcohol, serotonin and aggression.* Alcohol Health & Research World 17(2):113-116.

(17) PARKER, R. N., 1193. *The effects of context on alcohol and violence.* Alcohol Health & Research World 17(2):117-122.

(18) COLEMAN, D. H. y STRAUS, M. A. *Alcohol abuse and family violence.* In Gottheil, E., Druley, K. A., Skoloda, T. E. y Waxman, H. M. Eds. Alcohol, drug abuse and aggression. Springfield IL: Charles C. Thomas, 1983.

(19) PERNANEN, K. *Alcohol in human violence.* New York, Guilford Press, 1991.

(20) MURDOCH, D., PIHL, R. O., ROSS, D. 1990. *Alcohol and crimes of violence: present issues.* International Journal of the Addictions 25(9):1065-1081. Citado en Collins, J. J.,

Messerchmidt, P. M. 1993. Epidemiology of alcohol-related violence. Alcohol Health/ Research World 17(2):93-100.

(21) CONCHA, A., CARRION, F., COBO, G., eds. Programa de desarrollo, seguridad y paz. DESEPAZ. *Estrategias de la Alcaldía de Cali para enfrentar la inseguridad y la violencia.* Ciudad y violencias en América Latina. Concha, A., Carrión, F. y Cobo, G. Eds. Quito (Equador). Programa de Gestión Urbana.

(22) MARK, L., ROSENBERG, Mary, A. Ferdey, eds. *Violence in America: a public health approach.* Oxford, New York: Oxford University Press, 1991.

(23) LONDOÑO, J. L. Violencia, Psychis y Capital Social. Trabajo presentado en la 2da Conferencia Anual del Banco Mundial para el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Bogotá, Colombia. Junio 30-Julio 2, 1996.

(24) GARCÍA, H. I., VÉLEZ CANO, C. H. *Caracterización de la muerte violenta por homicidio en Medellín en la década de los ochenta.* Tesis presentada en la Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, Medellín 1992.

(25) MORA, R., SÁNCHEZ, M. D., SUÁREZ, G. I., HERNÁNDEZ, W. H. *Reporte del comportamiento de las lesiones fatales en Colombia, 1994.* Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Bogotá, 1994.

(26) COOK, P. J., MOORE, M. J. 1993. *Ecomomic perspectives on reducing alcohol-related violence*, en Alcohol and Interpersonal violence: Fostering multidisciplinary perspectives. U.S. Department of Health and Human Services National Institute of Health. National Institute of Alcohol Abuse and Alcoholis. Research Monograph 24. Rockville, MD.

(27) Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. *Evaluación de la efectividad de las medidas de contol adaptadas en Santafé de Bogotá en 1995.* Boletín CRNV #6 (Enero). Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Bogotá, 1996.

(28) The report of the Carter Center Consultation on the crisis of children and firearms. *Not even one.* 1994. The Carter Center. One Copenhill, Atlanta GA.

(29) SLOAN, J. H., KELLERMAN, A. L., *et. al.* 1988. Handgun regulations, crime, assaults and homicide. NEJM; 319:1256-1262.

(30) KELLERMAN, A. L., RIVARA, F. P., RUSHFORTH, N. B., BANTON, J. G. *et al.* 1993. *Gun ownership as a risk factor for homicide in the home.* NEJM 329:1084-1091.

(31) Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. Instituto de Medidna Social y Ciencias Forenses. *Reporte del Comportamiento de las lesiones fatales y no fatakles en Colombia 1994.* Ministerio de Justicia. Bogotá 1995. Colombia.

(32) Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá. *Plan Desarme.* Folleto impreso. Bogotá : Colombia. 1996.

(33) Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, ob. cit.

(34) VILLAVECES, A., ESPITIA, V. E., KELLERMANN, A. *Effect of a disarmament strategy on homicides in Cali, Colombia, 1994.* Trabajo enviado para publicación al Journal de la American Medical Association.

(35) SLABY, R. G., ROEDELL, W. C., AREZZO, D., HENDRIX, K. 1195. *Early violence prevention. Tools for teachers of young children.* Washington, D.C. National Association for the education of young children.

(36) BARON, L., STRAUS, M. A. 1988. *Cultural and economic sources of homicide in the United States.* The sociological quarterly 29(3):371-390.

(37) COHEN, D., NISBETT, R. E. 1994. Self-protection and the culture of honor. Explaining southern violence. Personality and social psychology bull. 20(5):551-567.

(38) PIQUET-CARNEIRO, L. *Estudio sobre las normas culturales y actitudes respecto a la violencia en Rio de Janeiro.* (Comunicación personal).

(39) DE ROUX, F. 1996. Etica pública y ética religiosa. Sociedad, Violencia y Salud. Memorias de la Conferencia Interamericana sobre Sociedad, Violencia y Salud. Organización Panamericana de la Salud. Washington, D.C.

(40) Organización Panamericana de la Salud. *Actitudes y normas culturales sobre la violencia en ciudades seleccionadas de la región de las Américas.* Proyecto Activa. OPS. División de Salud y Desarrollo Humano. 1996. Washington, D.C.

(41) DEUTSH, M. 1993. *Educating for a peaceful world.* American Psychologist 510-517.

(42) DONNERSTEIN, E., SLABY, R. G., ERON, L. D. *The mass media and youth agggression.* Reason to Hope. A psychological perspective on violence and youth. American Psychological Association. Washington, D.C. 1994.

(43) BELL, C. C., JENKINS, E. J. 1991. *Traumatic stress and children.* J. Health care for the poor and underserved 2. 175-185.

(44) GUERRERO, R. La violencia como problema de salud pública en la región de las Américas. *Prevención de la Violencia, una oportunidad para los medios.* Memorias de la reunión de Cartagena de Indias, 1997. Organización Panamericana de la Salud Washington, D.C.

(45) U.S. Department of Justice. 1996. *Juvenile Offenders and Victims: 1996 Update on Violence.* Nacional Center for Juvenile Justice. U.S. Department of Justice. Washington, D.C.

(46) GARCÍA, H. I., VÉLEZ CANO, C. H. Ob. cit.

(47) HUTSON, H. R., ANGLIN, D., KYRIACOU, D. N., *et al.* 1995. The epidemic of gang-related homicides in Los Angeles County from 1979 through 1994. JAMA, 274(13):1031-1036.

(48) WRIGHT, K. N., WRIGHT, K. E. 1995. *Family life, delinquency and crime: a policymaker's guide.* Department of Justice. Office of juvenile justice and delinquency prevention. Washington, D.C.

(49) PROTROW-SMITH, D. 1191. *Deadly consequences: how violence is destroying our youth and a plan to begin solving the problem.* Harper Collins.

(50) GUERRERO, R. *Epidemiología de la violencia en la región de las Américas. El caso de Colombia.* Trabajo presentado en la Segunda Conferencia Anual del Banco Mundial para el Desarrollo en America Latina y el Caribe. Bogotá, Colombia. Junio 30-Julio 3, 1996.

(51) SLABY, R. G., WILSON-BREWER, R., DASH, K. 1994. Aggressors, victims and bystanders: Thinking and acting to prevent violence. Newton, M. A. Education Development Center.

(52) GUERRERO, R., CONCHA, A., ALVAREZ, A. A. *et. al.* 1994. Programa de desarrollo, seguridad y paz. DESEPAZ. Estrategias de la Alcaldía de Cali para enfrentar la inseguridad y la violencia. *Ciudad y violencias en América Latina.* Concha, A., Carrión, F. y Cobo, G. Eds. Quito (Ecuador). Programa de Gestión Urbana.

(53) BAKER, S. O'NEILL, B. O., GINSBURG, M. J. LI G. 1992. The injury fact book, New York. Oxford. Oxford University Press (2nd ed.).

(54) GUERRERO, R., CONCHA, A., ALVAREZ, A. A. *et al.* 1994. Ob. cit.

(55) LONDOÑO, J. L., 1996. Ob. cit.

(56) PÉREZ PIÑEROS, M. J. *La situación social en Colombia*. Revista Planeación y Desarrollo. Julio-Septiembre 1995:26, 85-123 (n. 3).

(57) GUERRERO, R. *Epidemiología de la violencia. El caso de Cali*. Trabajo presentado en el encuentro "Hacia un enfoque integrado de desarrollo: Etica, violencia y seguridad ciudadana", organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C. Febrero 16-17, 1996.

(58) RAMEY, L. Citado en Protrow-Stith, D. 1954. Deadly consequences. New York : Harper Collins.

(59) RATINOFF, L. *Delicuencia y Paz Ciudadana*. Trabajo presentado en el encuentro "Hacia un enfoque integrado de desarrollo: Etica, violencia y seguridad ciudadana", organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C. Febrero 16-17, 1996.

(60) Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá. Incidencia de la eliminación de las restricciones al porte de armas los fines de semana. Consejería de Seguridad. Observatorio de Cultura Urbana. Santafé de Bogotá 1997.

(61) SHERMAN, L.W., SHAW, J. W., ROGAN, D. P. The Kansas City Gun Experiment. National Institute of Justice. Research in Brief. January 1995. U.S. Department of Justice, Washington, D.C.

20

CONTROLE SOCIAL PUNITIVO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Uma visão crítica da Lei 9.099/95, sob a perspectiva criminológica

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os modelos explicativos do *labeling approach* e da teoria crítica – 3. O reflexo na legislação brasileira – 4. Algumas notas conclusivas.

Resumo: O artigo mostra como os modelos explicativos da teoria da rotulação social tiveram influência e importância para a modificação da legislação ordinária, especialmente no que concerne às infrações de menor potencial ofensivo. Tenta demonstrar, ainda, como os Juizados Especiais Criminais, em certa medida, significavam a expansão do sistema repressivo estatal.

A conclusão é uma crítica à quebra do modelo garantidor da responsabilidade penal erigido nos marcos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Criminologia – Controle social – Rótulo penal – Juizados Especiais Criminais.

1. Introdução

Para o futuro do estudo dos objetos científicos no plano da dogmática jurídico-penal, interessa-nos, não só as instituições e institutos como são em sua essência – cárcere, polícia, controle social punitivo –, mas também o trabalho de aprofundamento epistemológico da criminologia, dentro de uma visão interdisciplinária que tem por objeto a análise do delito, do delinqüente, da vítima e do controle social. Se o direito valora, ordena e orienta a realidade para explicá-la, trazendo, pois, um evidente conteúdo axiológico, a criminologia aproxima-se do fenômeno delitivo sem prejuízos, sem mediações, procurando obter uma informação direta da realidade. Se é verdade que o direito limita interessadamente a realidade criminal observando-a sempre sob a perspectiva do modelo típico, apoiando-se no princípio da legalidade, subsidiariedade e fragmentariedade, a criminologia, por seu turno, é uma ciência empírica com um papel de análise totalizadora do delito, sem mediações formais ou valorativas que possam relativizar ou obstaculizar seu diagnóstico.

Afirmar que a criminologia é um saber empírico significa dizer que seu objeto (delito, delinqüente, vítima e controle social) se insere no mundo do real, do verificável, do mensurável e não no dos valores (como o saber normativo e dogmático). Vale dizer, ela se baseia mais em fatos que em opiniões, mais na observação que nos discursos retóricos ou nos silogismos.

Os diferentes paradigmas explicativos da criminologia apontam, na pós-modernidade, para uma ética da ação comunicativa que permitiria o surgimento de um espaço público de diálogo tecido numa intersubjetividade racional, cujo pressuposto é o carácter incondicional e incondicionado da ética humana. O adágio clássico – agir virtuosamente é agir em conformidade com a Natureza –, o adágio cristão – agir virtuosamente é agir em conformidade com a vontade de Deus –, o adágio Iluminista – agir virtuosamente é agir em conformidade com a razão –, o adágio Marxista – agir virtuosamente é agir em conformidade com a Maioria – indicam diferentes caminhos para chegar-se à Ética dos valores. Na realidade, pouco importam os caminhos que são palmilhados para se atingir o fim. Parece-nos mais importante circunscrever melhor o conceito de ética associando-o à virtude cosmopolita, pública, pluralista.

Os paradigmas, realizações universalmente reconhecidas que, durante certo tempo, proporcionam modelos de problemas e soluções para uma comunidade científica[1] podem determinar uma alteração de abordagem empírica. Há de se ressaltar que a principal mudança, no entanto, advém do modelo explicativo interacionista, com as contribuições posteriores da teoria crítica, que serão adotadas como principais referências em nosso trabalho. Nosso objetivo é o de, a partir desses modelos, constatar as recentes modificações da legislação brasileira, sem que enveredemos por uma crítica epistemológica aprofundada dessas visões, que escaparia aos limites de nosso trabalho.

2. Os modelos explicativos do *labeling approach* e da teoria crítica

A perspectiva interacionista, pela primeira vez na história, procura uma explicação para o crime em paradigmas diversos daqueles concebidos pela criminologia tradicional. Parte-se de um modelo que eleva à categoria de fatores criminógenos às instâncias formais de controle. O *labeling* desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação (dos *bad actors* para os *powerful reactors*) fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinqüentes seja a resposta das audiências de controle.[2] A explicação interacionista caracteriza-se, assim, por incidir quase exclusivamente sobre a chamada delinqüência secundária, isto é, a delinqüência que resulta do processo causal desencadeado pela estigmatização. A pessoa que tem um estigma particular, conforme menciona

(1) ELBERT, Carlos. *Manual básico de criminologia.* Buenos Aires : Eudeba, 1998, p. 33.

(2) DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia.* Coimbra : Coimbra, 1992, p. 346.

Goffman, tende a passar pelas mesmas experiências de aprendizagem social relativas à sua condição e pelas mesmas modificações em sua concepção do "eu" – uma carreira moral similar que é, ao mesmo tempo, causa e efeito do compromisso com uma seqüência semelhante de ajustamentos pessoais.[3] Na realidade, a experiência imaginada por esse paradigma não se propôs a estudar especificamente o problema etiológico da criminalidade – ainda que dele não tenha se esquecido – mas, no dizer de Becker a "alargar a área tomada em consideração", introduzindo "nos cálculos dos estudiosos novas fontes de variabilidade".[4]

No plano do controle social punitivo constatou-se que as diferenças entre as instâncias de controle social informais – família, escola, profissão, opinião pública etc. – são flagrantes se comparadas ao controle social formal, exercido pela esfera estatal (polícia, justiça, administração penitenciária etc.). Este é seletivo e discriminatório, primando o *status* sobre o merecimento. É ainda estigmatizador por que acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais.

A pena, manifestação maior do controle social punitivo, implica um vínculo de autoridade entre quem reprova e quem é reprovado. O primeiro diz ao segundo: você é responsável, vale dizer, culpável, por um determinado fato delituoso e por isso há de ser condenado; o segundo aquiesce e, ao fazê-lo, anui à sua culpa e reconhece o vínculo de autoridade. Instaura-se, daí, o reconhecimento de que o direito penal é um instrumento de controle social que trabalha no mesmo sentido de outros instrumentos controladores. Diferencia-se de outros instrumentos de controle social em face de seu aspecto formal, uma vez que carrega consigo a ameaça concreta e racional da sanção. As outras formas de sanção – como o controle ético – manifestam-se informal e espontaneamente. As de direito penal, ao contrário, ajustam-se a um procedimento determinado, limitado por parâmetros definidos pela consagração do princípio da legalidade, e só atuam quando todas as outras instâncias de controle social não atuarem. Numa terminologia específica, "o direito penal, junto com outros instrumentos de controle social mediante sanções, forma parte do *controle social primário,* por oposição ao *controle social secundário,* que trata de internalizar as normas e modelos de comportamento social adequados sem recorrer a sanção e nem ao prêmio (por exemplo, o sistema educativo)".[5]

O conceito acima expendido remete-nos ao pensamento dual de Estado, compreendendo sociedade civil e sociedade política, que foi consagrado por Antonio Gramsci, e que serve de fonte de estudos do Estado moderno. A sociedade civil é um conjunto complexo e abrangente, tendo em seu campo: a ideologia da classe dirigente, das artes à ciência, incluindo a economia; a concepção de mundo difundida por toda a sociedade e que advém da filosofia, da religião, do senso

(3) GOFFMAN, Erving. *Estigma: a identidade deteriorada.* Trad. Leonor Guinsberg. Buenos Aires : Amorrortu, 1998, p. 45.

(4) BECKER, H. *Outsiders.* New York : Free Press, 1963, p. 46.

(5) BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal.* Bogotá : Temis/Ilanud, 1984, p. 1.

comum, do folclore etc. Atuam como elementos multiplicadores dessa hegemonia existencial os instrumentos técnicos de difusão da ideologia, como o sistema escolar, a mídia em suas diferentes esferas, as bibliotecas, os artistas de rua etc. Em contrapartida, a sociedade política concentra o aparato jurídico-coercitivo para manter, pela força, a ordem estabelecida. Compreende o exército, a polícia, o aparelho burocrático, as esferas de governo etc. Dessa concepção dual surge o conceito de Estado, com novas determinações, comportando duas formas de dominação: uma representada pela hegemonia (sociedade civil) e outra pelo exercício do poder coercitivo (sociedade política). A complexidade do Estado moderno faz com que a dominação habitual, em decorrência da hegemonia, seja a usada diuturnamente. Nos momentos de crise orgânica, a classe dirigente perde o controle da sociedade civil e apoia-se na sociedade política para lograr manter sua dominação.[6] Nas sociedades menos diferenciadas, é em torno da sociedade política que a luta se concentra; nas sociedades mais complexas, o essencial do combate ideológico se dá no âmbito da sociedade civil. Na esfera e através da sociedade civil, as posições controversas buscam exercer sua hegemonia mediante a direção política e o consenso; por meio da sociedade política, ao contrário, as classes exercem uma dominação mediante a coerção.[7]

No plano jurídico a análise sociológica tem mostrado que esse sistema penal não atua de forma isolada. Ele deve ser visto como um subsistema encravado dentro de um sistema de controle social e de seleção de maior amplitude existente dentro do Estado. Identificar esse sistema de penas com a repressão extremada da criminalidade é aproximar o direito penal do sistema coercitivo das sociedades políticas. Ao contrário, distanciar a repressão penal da prática corriqueira dos ilícitos é contextualizar a pena dentro do processo dialógico inerente à sociedade civil. A contradição entre o controle penal absoluto e o direito penal usado como última instância de controle é o reflexo direto da dualidade existente entre sociedade política e sociedade civil, entre o regime ditatorial e o regime democrático. Pretender utilizar a pena como meio de ordenar condutas dos cidadãos, além do mínimo essencial, irremediavelmente levará à arbitrariedade e ao autoritarismo do regime. Não é por outra razão que as ditaduras extremaram as formas de controle social – e penal – em detrimento das formas de dissuasão, acentuaram o interesse de proteção da sociedade em prejuízo da assecuração da liberdade individual.

A pena privativa de liberdade é a forma mais extremada deste controle penal. É sabido que o regime penitenciário regula de modo minucioso todos os momentos da vida do condenado, podendo despersonalizá-lo e convertê-lo num autômato. A própria arquitetura prisional visa a induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura de forma plena o controle de suas ações. Dentro do contexto do cárcere, "a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os

(6) PORTELLI, Hugues. *Gramsci e o bloco histórico*. Trad. Angelina Peralva. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1977, p. 31.

(7) COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*. Porto Alegre : L&PM, 1981, p. 92.

traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena. O soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o sinal, o traço. A cerimônia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata."[8] A pena privativa de liberdade (como de resto todas as penas) tem um vínculo umbilical com o próprio Estado que a criou. A pena é um instrumento de assecuração do Estado, a reafirmação de sua existência, uma necessidade para sua subsistência. A pena surge quando fracassam todos os controles sociais, e por isso mesmo é mais que um controle: é expressão absoluta de seu caráter repressivo. E, dessa forma, como controle e como repressão do Estado, manifesta-se na especificação de determinadas relações concretas que aparecem desvaloradas pelo próprio Estado.[9]

A decorrência lógica da criminalização de condutas e da execução penal não é outra que o surgimento de um processo estigmatizante para o condenado. A pena, da forma como ainda é aplicada no Brasil, atua como geradora de desigualdades. Ela cria uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. Levar uma conduta desviada para o âmbito da reprovação estigmatizante tem uma função reprodutora do sistema de controle social. O que é uma conduta social desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível. A prisão passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido através da divulgação sensacionalista da mídia) produz uma assimilação de suas características pelo rotulado, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.[10] A relação do estereótipo criminal com a atividade dos aparelhos de controle social permite criar uma perspectiva crítica em relação a todo o sistema de penas, sugerindo processos e medidas alternativos a esse controle social como descriminalização, substituição de sanções estigmatizantes, penas alternativas, desinternação etc.

No âmbito das prisões as contribuições de Goffman foram decisivas. Trouxe ele o conceito de *instituição total*, "simbolizado pela barreira à relação com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado,

(8) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. 3. ed., Petrópolis : Vozes, 1984, p. 116.

(9) BUSTOS RAMIREZ , Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal.* Bogotá : Temis, 1982, p. 143.

(10) SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 14.

fossos, água, florestas ou pântanos."[11] A submissão à autoridade única, a regulação da personalidade, a rotina e a submissão levam à despersonalização e à mortificação do eu. A existência de mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes e mais prisões significa mais presos, porém não necessariamente menos delitos. Ademais, a possibilidade de recidiva para aquele que interage com o papel que lhe é destinado é muitas vezes maior quando há a institucionalização do indivíduo.

Em linhas gerais pode-se dizer que a "deviance" primária é poligenética e decorre de uma variedade de fatores culturais, sociais, psicológicos e sociológicos. Uma pessoa submetida a um processo criminal passa por verdadeira "cerimônia degradante" em face da ritualização judicial. Se condenado for, sofrerá as conseqüências já narradas das instituições totais. A "deviance" secundária, conseqüência natural desse modelo explicativo, traduz-se numa resposta de adaptação aos problemas ocasionados pela reação social à desviação primária, que produzirá o "role-engulfment", ou seja, a carreira criminal.

A partir dos anos setenta a *teoria crítica*, em seus diversos matizes, passa a fazer contundentes observações à criminologia chamada funcionalista.[12] O sistema punitivo passa a ser considerado como *anômico*, pois as normas não cumprem suas funções esperadas; e *seletivo*, por destacar somente algumas pessoas do todo social; e *burocrata*, pois as estruturas que compõem o sistema punitivo (judiciário, ministério público etc.) tem sua visão compartimentalizada do todo. É, ainda, *estigmatizante* pelas etiquetas atribuídas ao agente do delito e que o condenado acaba por carregar. Não é um sistema *natural* pois reconstrói o fato delituoso segundo seus valores. Tem uma *concepção falsa* da sociedade pois a vê como uma totalidade consensual e não conflitiva. As penas impostas são *ilegítimas* pois não há um processo dialógico entre os envolvidos. Produz *dor inutilmente* pois as conseqüências das penas são estéreis. Não se interessa pela *vítima*, que permanece desamparada em face da relação delituosa, embora seja parte interessada na solução do conflito.

A teoria crítica, mais do que isso, passa a pensar em reordenar o sistema punitivo para aqueles fatos delituosos que permeiam bens jurídicos que atingem toda a sociedade, os bens jurídicos difusos, que, no mais das vezes, não tem a devida atenção dos legisladores, dado seu envolvimento evidente com os grupos dominantes. Assim é que o próprio conceito de pena passa a ser objeto de revisão crítica de modo a fazer com que os sistemas existentes de exploração sejam rediscutidos. Surge, pois, uma nova idéia de criminalidade que busca reprimir a criminalidade ecológica, do colarinho branco, os crimes de racismo, belicismo etc.

Segundo Hulsman, poder-se-ia pensar em uma abolição do sistema penal, transferindo a esfera de solução dos conflitos para uma justiça não penal, que pode ter diferentes perspectivas. Pode assumir um caráter *consensual, informal, não pro-*

(11) *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Perspectiva, 1996, p. 16.

(12) Conforme TAYLOR, WALTON, YOUNG. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro : Graal, 1980, p. 205 e s.

fissional e não estatal, de modo que possa priorizar um encontro "cara-a-cara" entre os envolvidos nas chamadas "situações problema".[13]

São, pois, medidas que aprofundam as críticas iniciadas pelos teóricos do *labeling approach* e que apresentam importantes contribuições no âmbito do atendimento à vítima (com reflexos evidentes no plano da vitimologia), da reordenação da mentalidade punitiva e, até mesmo, da desnecessidade de punir (em face do aprofundamento da discussão sobre as cifras negras).

3. O reflexo na legislação brasileira

Desde que a Constituição Brasileira de 1988 cunhou a expressão "infrações de menor potencial ofensivo" (Art. 98, I), assinalando para elas um *novo modelo* de Justiça Criminal, a comunidade em geral e a comunidade jurídica em particular esperavam ansiosamente por uma lei que viesse impor a necessária delimitação a essa alocução.

A Lei 9.099/95, no plano da legislação ordinária, regulamentou os Juizados Especiais Criminais. Seu artigo 2.º enfatiza que o processo, nas infrações de menor potencial ofensivo, além da simplicidade, oralidade, economia processual, celeridade, deve buscar, a *conciliação* e a *transação*.

O artigo 62 da referida lei afirma que o processo perante o Juizado especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. O art. 69 do mesmo diploma normativo afirma que àquele que assumir o compromisso de comparecer ao Juizado não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. O art. 72 dispõe que se houver conciliação entre o autor do fato e a vítima, não haverá imposição de medida privativa de liberdade. De forma semelhante, o art. 76 dispõe que em casos de ação penal pública, o representante do ministério público poderá "transacionar" com o autor do fato para aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. A imposição de pena de que trata este artigo não constará de qualquer certidão de antecedentes e não importará em reincidência. Por derradeiro, o art. 89 da Lei permite, para os casos em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 ano, que haja uma suspensão condicional do processo permanecendo o acusado sob prova por dois anos, ao final dos quais o juiz declarará extinta a punibilidade. A inserção deste último dispositivo permite a não punição do acusado em casos de furtos, estelionatos, apropriações indébitas etc., desde que o réu não seja reincidente.

Em 1995 a maior parte da doutrina brasileira saudou a nova Lei como uma "nova filosofia político-criminal".[14] A boa recepção deu-se por vários motivos:

(13) *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona : Ariel, 1984, p. 117.

(14) Em especial Luiz Flávio Gomes em suas obras sobre os Juizados: *Suspensão Condicional do Processo, Juizados Especiais Criminais* (em co-autoria com Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes F.º) e *Criminologia* (escrita com Antonio Garcia Pablos de Molina), todas publicadas pela RT.

primeiro porque eliminou da esfera penal e punitiva inúmeros crimes (aqueles com penas inferiores a 1 ano) de um processo criminal, fazendo com que os envolvidos chegassem a um acordo que seria homologado pela justiça. Mediante esse acordo entre os envolvidos, naquilo que Hulsman chamaria de "situações problema", evitar-se-ia a esfera penal, sem que o acusado do fato delituoso carregasse os estigmas das cerimônias degradantes inerentes ao processo criminal. Também teve boa acolhida por *despenalizar* fatos, isto é, adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam dificultar a aplicação da pena de prisão ou sua execução. Ademais, adotou posturas *descarcerizadoras* de forma a evitar a decretação ou manutenção da prisão cautelar ou permitir que ela seja executada posteriormente à decisão. De certa forma, conseguiu atender à recomendação de autores abolicionistas adotando um movimento parecido com a *diversion,* pela abdicação de instâncias formais na resolução dos conflitos penais, podendo atribuir a tarefa conciliatória a juizes leigos. Por fim, a lei foi igualmente elogiada pois atendeu aos reclamos dos *vitimologistas* por dar especial atenção à vítima no processo de realização dos acordos a serem homologados em juízo.

A postura central da Lei 9.099/95 é de um *nolo contendere*, isto é, o acusado não assume a culpa mas tampouco quer discutir. Prefere uma pena restritiva de direitos, sem correr o risco de prosseguir na tramitação do processo, do que enfrentá-lo e ser condenado a pena privativa de liberdade.

Se é verdade que a maior parte da doutrina entendeu ser a Lei um grande avanço, exatamente por acatar algumas das propostas propugnadas desde os anos 60 pelos teóricos do *labeling* bem como pela teoria crítica, alguns autores insurgiram-se contra a modificação.

Miguel Reale Jr. criticou a colocação da "maximização dos resultados, o eficientismo próprio da sociedade pós-industrial, acima do valor da Justiça". Para ele o que se visava com a nova Lei era resolver o mais rápido possível os processos, esvaziando as varas criminais. "Não aceitar a transação significa, portanto, preferir que a condenação à mesma pena decorra do exame da acusação e das provas no exercício amplo do direito de defesa, com respeito ao contraditório, e não de apressada imposição sem processo. É optar pela eventual condenação em processo regular, no qual se pode ser absolvido..."[15]

Outros autores, como Cezar Roberto Bittencourt, criticaram a Lei sob a perspectiva da infringência ao princípio da legalidade,[16] enquanto alguns chegaram a mencionar que a verdadeira modificação seria a efetiva descriminalização das condutas delitivas como se esperava de uma verdadeira Reforma Penal.[17]

(15) *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica.* São Paulo : Malheiros, 1997, p. 28-29.

(16) *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão.* Porto Alegre : Lael, 1997, p. 152.

(17) Podemos citar, dentre outros, Alberto Silva Franco e Maurício Antonio Ribeiro Lopes.

Feito um balanço dos 5 anos da Lei, logrou-se atingir o esvaziamento de algumas varas criminais embora o índice de encarceramento nas prisões brasileiras tenha até aumentado em face da força do *Movimento da Lei e da Ordem* que tem decisiva influência sobre a Magistratura brasileira.

Mais recentemente, alguns autores voltaram à análise da Lei dos Juizados Criminais. Andrei Koerner, em trabalho intitulado *Qual Judiciário para a Democracia Brasileira?* observa que "Estas mudanças fortalecem sobremaneira os poderes das autoridades públicas, dispondo de instrumentos simplificados e discricionários de repressão criminal, ao mesmo tempo que são flexibilizados os princípios e garantias do processo, pelo uso da barganha com os acusados a respeito das penas e do próprio indiciamento criminal. Assim, cidadãos são estimulados a reconhecer a culpa de crimes de que são acusados, mesmo que os indícios contra eles sejam muito tênues ou até inexistentes, para se ver livres dos percalços de processos cujo resultado estará sujeito a riscos e incertezas muito maiores que no passado. Neste sentido, os juizados especiais criminais significam a expansão do sistema repressivo estatal, tanto em relação ao conjunto de condutas definidas legalmente como crimes, como em virtude do aumento da eficácia do aparelho que passa a reprimir condutas até então toleradas".[18]

Dessa forma, a simples ameaça do processo passou a ser a principal "moeda de troca" para convencer a pessoa suspeita da prática do fato delitivo a assumir uma pena – ainda que não institucional – sem que haja o mecanismo inerente ao devido processo legal, garantido legalmente a partir da Constituição democrática de 1988.

Nils Christie, com muita perspicácia, ao analisar o instituto do *plea bargaining* americano chega a conclusão semelhante: "Na América do século XX, repetimos a experiência central do processo penal da Europa da Idade Média: passamos de um processo de acusação para um processo de confissão. Coagimos o acusado a confessar sua culpa. Certamente, nossos meios são muito mais delicados; não torturamos, não esmagamos polegares, nem usamos botas espanholas para esmagar suas pernas. Mas, tal como os europeus dos séculos passados que não empregaram essas máquinas cobramos um preço muito alto ao acusado que usa o direito à salvaguarda constitucional do julgamento. Ameaçamo-lo de aumentar as punições se ele se faz valer de seu direito e depois é condenado. A diferença de penas é o que faz o *plea bargainig* coercitivo".[19]

Há outros inconvenientes dos encontros "cara a cara". Segundo Mauricio Martínez S., analisando a experiência européia, as diferenças de classe criam barreiras sensitivas; muitas vítimas estão interessadas em preservar sua emoção negativa; hoje muitas companhias de seguro cobrem as conseqüências do delito, logo a vítima não quer conhecer seu agressor; a confrontação pode converter as emoções negativas (nervos ou irritação) em emoções positivas (atenção ou inte-

(18) Trabalho ainda inédito, p. 15.

(19) *A indústria do controle do crime.* Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 145.

resse), de tal maneira que se podem mudar os papéis dos protagonistas: o agressor passa a ser vítima e vice-versa.[20]

4. Algumas notas conclusivas

As explicações convencionais para o crescimento do número de presos costumam mencionar o encarceramento como um reflexo do crescimento da criminalidade. Quem começa tudo é o criminoso e a sociedade tem que reagir, dizem as pessoas que comungam do pensamento reativo. Hoje, no Brasil, é o que se fala das altas taxas de encarceramento. Não, não é verdade. Há evidências de que o aumento do número de pessoas atrás das grades em anos recentes é o resultado de políticas criminais mais duras, adotadas principalmente pela magistratura brasileira, em face das pressões exercidas pelo *Movimento da Lei e da Ordem,* do que uma conseqüência direta do aumento da criminalidade. As mudanças dos paradigmas criminológicos tradicionais serão insuficientes se os operadores jurídicos – por resistência ideológica de suas convicções ou por puro desconhecimento – não aderirem, no cotidiano, à implementação desses novos paradigmas, advindos das modificações sociais e que com elas possam contribuir.

Há que se ter em conta, por outro lado, as distâncias existentes entre os países periféricos e os países centrais. No Brasil as enormes diferenças entre os grupos de conflito, e a marginalização que desse sistema conflitivo alguns acabam por sofrer, impedem as chamadas soluções "consensuais" que acabam por tornar-se igualmente uma solução conflitiva. Parece-me que seria melhor encurtar as barreiras conflituais sociais e eliminar ou minimizar, através de políticas sociais públicas, as distâncias entre as pessoas. Melhor seria que o nosso encontro "cara a cara" fosse entre a sociedade e o Estado e não entre pessoas que são, em tudo e por tudo, desiguais.

Eliminar do ordenamento constitucional e infra-constitucional os marcos do modelo garantidor da responsabilidade penal de um direito penal democrático, é correr um risco de se dar um passo adiante sem que tenham sido incorporados os direitos humanos fundamentais aos valores praticados pelos operadores jurídicos, particularmente os juízes. As idéias fundantes dos direitos de cidadania, segundo Ferrajoli,[21] devem orientar todo o sistema de forma a assegurar um direito penal e processual, decorrente da Constituição, e que tenha sua base perene no Estado Democrático de Direito. O sistema punitivo, parte menor do sistema de controle social em que está inserido, há de ter um controle estritamente legal, por parâmetros muito bem definidos para que direitos adquiridos ao longo de anos de luta democrática não sejam jogados por terra.

(20) *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica.* Bogotá : Temis, 1990, p. 85.

(21) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.* Madrid : Trotta, 1989, p. 93.

As discussões dos novos paradigmas criminológicos não podem desconhecer nossa experiência recente, e devem incorporar em seus estudos o limite interessadamente imposto pelos grupos de pressão aos valores de transformação de nossa sociedade que, em uma democracia ainda incipiente, não estão incorporados às mentalidades sociais e principalmente na dos operadores jurídicos que acabam funcionando como agências legitimadoras e reprodutoras do sistema mais amplo de controle punitivo.