

# La cultura del control del delito

### 12.1 El núcleo común

**Taiwán acepta Organos.** Este era el título de un artículo corto de la publicación *Corrections Digest* del 27 de noviembre de 1991. Y luego decía:

Donaron treinta y siete órganos de 14 delincuentes taiwaneses que fueran ejecutados, según afirmó un experto en transplantes japonés el 30 de septiembre, citando a un cirujano taiwanés. Fue Masami Kizaki, presidente de la Sociedad Japonesa para el Transplante, según dijo Chun-Jan-Lee, profesor de la Universidad Nacional de Taiwán, quien reveló los transplantes. El Dr. Lee señaló que los convictos estaban de acuerdo en donar los corazones, hígados y riñones "para ser redimidos del pecado". Los donantes fueron muertos a tiros mientras estaban conectados a un respirador, para que la circulación sanguínea y la respiración no se interrumpieran abruptamente.

Una vez más no puedo creer lo que veo. No puede ser, simplemente no puede ser que hagan algo así. Pero obviamente sí puede ser, ya se hizo.

Miro a mi alrededor y me pregunto quién va a hacer algo, quién va a ir a las barricadas a protestar.

¿Los médicos?

¿Por qué habrían de protestar? Tal vez algunos, pero no necesariamente por ser médicos.

Los que fueron ejecutados estaban satisfechos, por lo menos con este aspecto en particular. Los que recibieron los órganos estaban felices; los médicos tal vez también estaban felices: tanta salud gracias a lo

que de otra manera no hubiera sido más que desperdicio y miseria. Por lo menos esto es mejor que robar y matar niños para extraerles los órganos, como se hace en América Latina, o que engañar a los tontos para sacarles los riñones, como en Inglaterra. Algunos legos tal vez tengan dificultades para entenderlo y aceptarlo, pero los médicos están entrenados para pensar racionalmente. Es casi un milagro: un ciego podría recobrar la vista, el marido y padre con un corazón deficiente podría vivir muchos años junto a su esposa e hijos después del trasplante.

Algunos todavía no se convencerían y tal vez se les ocurriría que los jueces podrían protestar. ¿La gente con una formación legal no permitiría que la pena de muerte se use de esta manera?

Depende de las leyes. Tal vez no haya leyes en contra o, lo que sería más terrible, tal vez haya leyes que favorecen estas prácticas. Si la ley estableciera que se puede ejecutar a la gente a tiros mientras están conectados a un respirador, los jueces lo aceptarían, a pesar de alguna vaga sensación de intranquilidad, a pesar de las reacciones de los legos, a pesar de las preguntas sorprendidas de las esposas e hijos a la vuelta de un día extenuante en la corte.

Hitler tuvo el mismo problema.

A la gente común le resultaba difícil entender y aceptar su programa para la superación de la nación alemana. En las primeras etapas de la operación se presentaron serios problemas. El primer asesinato de un niño extremadamente discapacitado realizado con autorización oficial fue iniciado y aceptado por el padre; aun así, se mantuvo en secreto. Pero a medida que el programa se iba extendiendo, y los criterios de "vida que no merece ser vivida" se hacían más amplios, hubo manifestaciones de protesta desagradables en la población alemana. Los familiares pedían detalles sobre por qué y dónde habían muerto sus conocidos. También hubo episodios desagradables de protestas de los vecinos de las áreas de exterminio e incineración. Los grupos religiosos unieron sus fuerzas. Esto frenó el operativo... dentro de Alemania. Pero el aparato ya estaba listo y, cuando comenzó la guerra, la mayor parte de la operación se trasladó desde Alemania a los territorios ocupados; allí se fortaleció y se concretó de la manera que todos conocemos.

¿Qué estoy tratando de decir?

Estoy tratando de decir que Charles H. Cooley tiene razón (1909, 1956). Cooley, ese gran padre de la sociología de los Estados Unidos que ya nadie recuerda, sostenía que todos los seres humanos tienen una base común. Todos son básicamente similares, no por la biología, sino porque comparten una experiencia humana básica. La experiencia de ser el más vulnerable de todos los seres durante el período que sigue al nacimiento y de estar condenados a una muerte prematura, de no recibir el cuidado necesario. Todos, básicamente, compartimos esta experiencia humana. Si no, no seríamos humanos. ¿De otra manera cómo se explica, se pregunta Cooley, que leamos los dramas griegos, y los encontremos pertinentes e importantes para nuestra vida actual y los entendamos perfectamente? Según mi lectura de Cooley, él ve en esta experiencia compartida la base de un núcleo común a la humanidad, una base de valores y reglas compartidas sobre cómo actuar. Todos tenemos sensaciones básicas sobre lo que está bien y lo que está mal, y una base común para percibir los conflictos imposibles cuando se plantean. Todos, legos y expertos, sabemos de derecho desde la edad cero, y tenemos incorporadas en la mente bases de datos enormes y a menudo llenas de conflictos sobre cuestiones morales, que conservamos por el resto de la vida. Un término noruego para este conocimiento sería *folkevett* o, en términos un poco más anticuados, *den folkelige fornuft*, una suerte de sentido común intuitivo que todos compartimos.

Este punto de vista es básicamente optimista. Los que sobreviven a la niñez recibieron el apoyo necesario, experimentaron por lo menos un mínimo, y en muchos casos un máximo, de contacto social, apoyo y calidez, y así también absorbieron las reglas básicas de la vida en sociedad. De otra manera no hubieran podido crecer. Los problemas son los mismos en todos lados; las experiencias acumuladas también.

Este núcleo común es sorprendentemente resistente. Los seres humanos tienen experiencia de la vida en sociedad. No es descabellado que Durkheim (1966) mencione al suicidio altruista como uno de los tipos más importantes. Los seres humanos son capaces de morir por otros. Es normal, si se trata de gente común, si el altruismo es necesario y si las partes están suficientemente cerca como para percibirse mutuamente como seres humanos. Pero este último punto sobre la cercanía es importante y nos atañe a todos. La mayoría de nuestras obligaciones también tiene límites; es necesario para la supervivencia. Estamos

*atrapados por el viejo dilema ético: ¿cómo puedo comer cuando sé que hay gente, en este mismo momento, a menos de seis horas de avión, que se está muriendo de hambre? Pero como y así sobrevivo.*

Lo mismo hizo, durante un tiempo, la policía judía del *ghetto* de Lodz. Este era el más grande de los que había en los territorios ocupados del este. Lodz era una ciudad vieja y muy industrializada, una suerte de Manchester polaca. A M. G. Rumkowski, el judío más anciano y con poder absoluto dentro del *ghetto*, se le ocurrió que podrían sobrevivir haciéndose indispensables para la maquinaria bélica alemana. El *ghetto* se convirtió en una gran fábrica, muy bien organizada, muy disciplinada y sin problemas con los sindicatos. Algunos trabajadores jóvenes intentaron movilizarse, pero se los controló fácilmente. Sin embargo, las autoridades de las SS nunca estaban del todo satisfechas. En el predio interior al alambre de púas, el *ghetto* tenía sus propias autoridades bastante independientes, pero los alemanes siempre inspeccionaban. Veían a gente muy anciana y a niños pequeños, consumidores no productivos, y ordenaban que se los transporte a “un lugar más comfortable” fuera de la ciudad. Algunos aceptaban, hasta que volvían los camiones cargados con las ropas usadas y la realidad de ese lugar supuestamente comfortable aparecía frente a los habitantes. Desde entonces, se hizo más difícil completar el contingente que las SS requerían de Lodz. La gente trataba de esconderse entre los familiares y amigos; los que se escondían no recibían alimentos y después de un tiempo a los familiares también se les negaba la comida. Se dieron pruebas de un altruismo extremo. Muchas veces cuando se encontraba a alguien escondido, otros miembros de la familia -que todavía podían trabajar- rechazaban el privilegio de permanecer en Lodz y en cambio emprendían con los niños, los enfermos o los padres lo que ya sabían sería su último viaje. A la policía, la policía judía, se le hacía muy difícil detectar, arrestar y deportar a los que trataban de esconderse, pero había que hacerlo para que el *ghetto* sobreviviera. Como recompensa para los policías, se exceptuaba a sus familiares más cercanos de ser deportados, hasta que, al final, los mandaban a todos. Rumkowski mismo, y su joven esposa, parecen haber sido deportados en uno de los últimos trenes que salió de Lodz. Cada día de la vida del *ghetto* se publicaba un diario de circulación interna, con cuatro ejemplares. Se conservó uno y ya hay grandes porciones publicadas en inglés (Dobrozycki, 1984). No se han publicado muchos documentos más crudos que este en la descripción de la magnitud

del ser humano. Tampoco debe haber muchos documentos de este tipo que muestren el otro lado de la humanidad: la posibilidad de llegar a la destrucción total bajo coacción, cuando el hambre, la humedad, la escarcha y la desesperación destruían todo o cuando gente normalmente honesta perdía todas las inhibiciones habituales en el intento de rescatar a sus seres queridos de la deportación.

Por lo tanto, como todos hemos aprendido en la vida diaria, ese núcleo común fruto de experiencias previas similares no ofrece garantías absolutas. Muchas veces funciona, sobre todo en relación con la gente que tenemos más cerca. Pero el núcleo puede volverse nulo debido a la distancia o al carácter extremo de la situación que nos rodea.

O puede volverse nulo debido a la formación y a la práctica profesional.

Este no es el lugar para denunciar el profesionalismo. Es una bendición recibir un servicio profesional de alta calidad cuando ese servicio es lo que pedimos y lo que sabemos que necesitamos. Pero es inevitable hacerse una pregunta. La formación profesional implica una larga especialización; implica el perfeccionamiento de ciertas habilidades, pero también de ciertos valores. Una larga especialización implica alejarse del núcleo básico de la experiencia humana. La profesionalización suele garantizar un buen trabajo realizado en el área en cuestión, pero reduce las probabilidades de que se le preste atención a la totalidad de los valores, al popular sentido común. Lo que le ocurrió a la medicina en la época nazi no es tan peculiar; no hay garantías intrínsecas.

En este contexto, podemos volver a concentrarnos sobre el derecho. Es una profesión que trabaja con valores. Si no se puede confiar en los abogados, ¿en quién se puede confiar?

Depende del tipo de justicia.

Depende, primero y principal, de lo cerca que esté la justicia del núcleo básico de la experiencia humana común. ¿Se trata de una justicia arraigada en este núcleo, o de una justicia aislada de ese área y en cambio completamente anclada en las necesidades de la nación, en las necesidades del gobierno, o en el manejo general del sistema económico/industrial? O, una idea más cercana a lo que yo creo es el ideal, ¿cómo se puede alcanzar el nivel legal más alto en todos estos

sectores especiales sin perder de vista las normas y valores básicos provenientes de la fuente de experiencia humana común?

## 12.2 ¿Cuál es el lugar del derecho?

Dag Østerberg (1991) divide las principales instituciones sociales en cuatro categorías básicas. Una es la de la producción, en la que predomina el cumplimiento racional de los objetivos. Otra es la de las instituciones reproductivas, en la que predominan la asistencia y el servicio. En una tercera categoría, encontramos las instituciones de la política y el poder, y en la cuarta instituciones que se ocupan de la coordinación de principios, valores y formas de pensar. A esta última pertenecen las instituciones culturales y científicas, y es donde se produce y reproduce el conocimiento, donde tiene lugar la discusión sin fin sobre cómo percibir el mundo y sobre las relaciones entre la naturaleza y los seres humanos.

¿Y cuál es el lugar del derecho? Hedda Giertsen (1991) se ocupa de este problema en un trabajo titulado "El derecho como actividad humanística". Su respuesta se refleja en el título. En vez de considerar el derecho como parte del poder y la política, ella destaca los aspectos esencialmente humanos de la toma de decisiones sobre cuestiones legales. El derecho tiene que ver con la conceptualización y la evaluación; muchas veces trabaja con fenómenos conflictivos y no se limita a tratar con pesos exactos en una escala unidimensional.

Con la modernidad, todo esto ha cambiado. Se ha empujado el derecho en dirección a la primer clase general de instituciones, la de la producción. El derecho se está convirtiendo en un instrumento utilitario, apartado de su proximidad con las instituciones culturales. De esta manera, el derecho pierde cualidades esenciales, en particular sus raíces en el núcleo básico de la experiencia humana.

La clasificación del conjunto total de instituciones en cuatro tipos básicos permite ver los problemas que significa integrar elementos de un tipo de institución en instituciones que pertenecen a las otras categorías básicas. Las soluciones de un tipo de institución no necesariamente son adecuadas para los otros. Las universidades no se pueden administrar como fábricas (aunque algunos rectores intenten hacerlo) sin que se pierda parte de la habilidad imaginativa y crítica. De la misma manera, las cortes no pueden funcionar como herramientas de control sin sacrificar su influencia más importante como protectoras

de los valores; una tarea que llevan a cabo al explicitarlos, al contrastar unos con otros y al ocuparse de que los objetivos particulares de algunos entornos institucionales no tengan un peso indebido en la totalidad. El derecho como disciplina humanística se mantiene en contacto con *las actividades puramente humanas y por lo tanto también con la experiencia común*. Con ese anclaje, el poder judicial está preparado para enfrentar lo increíble y reaccionar instintivamente, tal como le ocurre a cualquier individuo en la mesa familiar. Tal vez no haya ninguna ley contra las ejecuciones con respirador, pero no está bien y hay que frenarlo.

Recuerdo un invitado de Polonia que vino a visitar nuestro instituto hace muchos años, en medio de la peor época de opresión de los países del este. El número de presos aumentaba sostenidamente, dejando atrás el bajo nivel previo a la Segunda Guerra Mundial. Las cifras todavía no se censuraban, por lo que pudimos pedirle a nuestro invitado, el Dr. Jerzy Jerzinski de la Academia Polaca de Ciencias, que nos explicara esa tendencia. Dijo que no era ningún misterio; los jueces anteriores ya no estaban, los nuevos eran del partido. Pero las sentencias más severas no se debían a la política del partido, tenían más que ver con una cierta afiliación cultural. Los anteriores provenían de la *intelligentsia*; pertenecían a una suerte de élite cultural, lo que podría ser criticable. Esto probablemente significaba que eran bastante *snoobs* -me temo que estoy apartándome de lo que nos pueda haber dicho el Dr. Jerzinski para continuar con mi propia interpretación-, pero también que tenían mayor contacto con la gente polaca que trabajaba con los problemas básicos de su tiempo, desde Sófocles hasta Dostoievski. También significaba que tenían mayor contacto con gente que en su estilo de vida personal probablemente manifestaba tendencias y dilemas que se mantendrían encubiertos en los círculos cercanos al centro de poder. Un juez con una base cultural sólida, tanto en lo que hace a la lectura como a la vida, no caería con tanta facilidad en la trampa de creer que aquellos a quienes condena pertenecen a una raza completamente diferente a la suya.

Se puede establecer un terreno común a todas las clases a través del reclutamiento de todas ellas: se pueden tomar las medidas necesarias para que los jueces provengan de todas las clases sociales, con la variedad de orígenes étnicos que represente al país. El peligro que se corre en este proceso es la pérdida de las raíces. El juez de clase baja puede identificarse con la clase alta y adoptar sus características de tal

manera que parezca haber nacido en esa clase. La única alternativa viable parece ser preservar ese terreno común a través de una verdadera integración del derecho con la cultura. Esto significaría, en la formación y en la práctica, fortalecer los principios generales del derecho y desalentar todos los tipos de especialización. También significaría fomentar el trabajo con valores y normas básicas, y una mayor habilidad para equilibrar muchos valores, muchas preocupaciones e incluso *muchas instituciones, sin dejarse llevar por soluciones rápidas y simplistas.*

Pero tales acciones requieren fuerza y jueces blindados. La arrogancia es un tipo de protección posible; eso es lo irónico de la situación. En una sociedad injusta, el juez que llega a su cargo por las vías más democráticas posibles, un igual entre los iguales, podría estar mal equipado para demostrar un respeto independiente por los valores básicos. En una sociedad que presenta grandes desigualdades, parece ser particularmente importante vincular al juez tanto como sea posible a todos los otros trabajadores de los símbolos, del significado, de la interpretación y del desarrollo futuro del núcleo común.

El apoyo del núcleo común también requiere libertad con respecto a otras autoridades. Un juez reducido a ser un funcionario que aprieta un botón para obtener la respuesta correcta está muy lejos de ser libre.

El derecho penal es el área legal que más necesita que el poder judicial sea independiente y se vincule a la cultura. Permítanme tratar de ilustrar esta idea.

### **12.3 Una cantidad apropiada de dolor**

Hemos visto que el nivel de dolor que impone una sociedad no está determinado por los delitos cometidos, que el castigo no es una simple reacción ante los actos viles, que el nivel de castigo no afecta demasiado el nivel de delitos y que la ley no es un instrumento natural para administrar la sociedad. Esto también nos libera de la carga de la utilidad; aun para aquellos que optan por la concepción utilitarista del castigo, queda claro que tenemos derecho a optar. Para el resto de nosotros, esto siempre estuvo claro.

Pero esta libertad plantea inmediatamente nuevos problemas. Si el delito no provoca el castigo, ¿cómo habremos de determinar la cantidad apropiada de dolor que se puede repartir dentro de una determinada sociedad? Somos libres, pero sin claras pautas establecidas. ¿Por

qué no habríamos de tener más gente en la cárcel de la que hay actualmente? ¿Por qué no un quinto de la población masculina o en todo caso un tercio? ¿Por qué no volver a introducir los azotes públicos? ¿Y por qué no hacer un uso más extensivo de la pena de muerte?

Es posible encontrar una respuesta. Es posible, si intentamos conservar la proximidad entre la institución de la ley y las otras instituciones culturales. Una cantidad apropiada de dolor no depende de la utilidad social, del control del delito, de si funciona o no. Depende de normas que se basan en valores. Es una cuestión cultural.

Este problema se puede enfocar de dos maneras principales. Una es crear teorías penales que se basen en autoridades fuertes e incuestionables. Las teorías utilitaristas tienen al Estado como cimiento. La mayoría de las teorías no-utilitaristas tienen a las escrituras de Dios, profetas u otras autoridades; se basan en la concepción de que la verdad existe en algún lugar, una autoridad absoluta la define y la tarea del religioso es solamente traducirla al idioma moderno. El representante de las teorías no-utilitaristas de este tipo es un vocero de Dios, de la misma manera que el utilitarista es el vocero del Estado. Pero incluso una perspectiva cultural puede ser capturada por el estado; Hitler mismo decidía sobre cuestiones relacionadas con el arte, sobre todo pintura y música. Pero esas no eran las únicas expresiones culturales que le parecían importantes. Se trataba de manifestaciones que expresaban al estado y que debían ser decididas por el estado, es decir por él. Franco, Mussolini y Stalin tuvieron inclinaciones similares.

Una alternativa para la concepción de la ley como algo preexistente, proveniente de Dios o de la naturaleza, es la que sostiene que los principios básicos de la justicia están ahí todo el tiempo, pero sus formulaciones concretas tienen que re-crearse una y otra vez. Según esta alternativa la justicia no está formada por principios preexistentes que deben ser excavados utilizando los métodos del derecho o de las ciencias sociales, sino por el conocimiento común que cada generación debe formular en principios legales. Esto implica la concepción de cada ser humano como un agente moral y, para relacionarlo con el derecho natural, de todos y cada uno de nosotros como un profeta.

El castigo puede entonces considerarse como un reflejo de nuestro entendimiento y de nuestros valores, y por lo tanto está regulado por normas que la gente aplica todos los días sobre aquello que es posible y aquello que no es posible hacerle a los demás. Estas normas se ven

en la práctica, no sólo las registran los sondeos de opinión. Más que una herramienta de la ingeniería social, el nivel y el tipo de castigo es un espejo de las normas que reinan en una sociedad. Entonces la pregunta para todos y cada uno de nosotros es: ¿estaría de acuerdo con todo mi conjunto de valores vivir en un estado que me representara de esta manera en particular? El Teatro Nacional de Oslo me representa como noruego. Lo mismo puedo decir de Henrik Ibsen y Edvard Grieg. Pero lo mismo ocurre con el hecho de que ejecutamos a 25 prisioneros después de la Segunda Guerra Mundial. La matanza de Quisling es parte de mí. También lo es el tamaño de la población carcelaria, que también en mi país puede caracterizarse como "Una Afrenta a la Sociedad Civilizada" (Stern 1991, p. 1-8). Pero al pertenecer a la cultura occidental industrializada, por supuesto también me representa lo que ocurre en los Estados Unidos. De alguna manera también me afecta que a mis familiares culturales les parezca aceptable hacerles semejantes cosas a tantos de sus hermanos ciudadanos.

No es obligatorio tener un teatro nacional o fondos para los artistas. Los argumentos a favor sólo se pueden basar en valores morales. En mi opinión es correcto tenerlos; son muy caros, pero necesarios. Lo mismo ocurre, en última instancia, con las críticas a ciertas formas de castigo. No está bien cortar dedos como castigo, no actualmente. Nos pareció bien hasta 1815, cuando fue abolido del código penal. Para mí tampoco está bien tener a 2.500 personas en la cárcel. Somos libres de elegir el nivel de dolor que nos parece aceptable; no hay pautas establecidas, excepto en nuestros valores morales.

Aquellos que trabajamos cerca del sistema penal tenemos responsabilidades especiales, pero no como expertos. Como criminólogo siento cada vez más que mi función es similar a la de un crítico de libros o de pintura. El guión no es coherente y nunca va a poder serlo. Los autores -la comisión de asuntos legales del *Storting*, por ejemplo- no se encuentran en la situación de poder dar una descripción plausible, dentro del marco de una ley, de la totalidad del problema que enfrentan. Un sistema legal sin espacio para maniobrar crea guiones y representaciones como los que se encuentran en los regímenes totalitarios. Todo está predeterminado, para beneficio de la autoridad.

La autoridad, y en los estados democráticos los políticos, siempre tratan de dar la impresión de que la suya es una tarea racional que se enmarca en un campo en el que el pensamiento utilitarista es obvia-

mente importante. Nuestra oposición, como trabajadores de la cultura -o miembros de la *intelligentsia*, como dirían en Europa del Este-, consiste en demoler ese mito y traer toda la operación nuevamente al campo de la cultura. El hecho de repartir dolor, a quién y por qué, contiene un conjunto infinito de serias preguntas morales. Si hay algún experto en estos temas, se trata de los filósofos. También suele haber expertos en decir que los problemas son tan complejos que no podemos actuar sobre ellos. Tenemos que pensar. Tal vez esa no sea la peor alternativa cuando la otra opción es el reparto de dolor.