

## OBSERVACIONES SOCIOLOGICAS AL CONTROL JURIDICO

ELVIRA L. R. GARRAGIONE DE YANTURA TORRES  
Profesora Adjunta (1) de Sociología

En los últimos tiempos es frecuente por parte de los sociólogos el análisis de la desviación. Los estudios efectuados en esta materia los han conducido, aún por sendas diferentes a la convicción, prácticamente unánime, de que la frecuencia y alcance de las desviaciones, incluyendo, claro está, los delitos, se relacionan en mucho con el tipo de estructura de una sociedad dada y su sistema jurídico. Las conclusiones obtenidas también son de importancia cuando ellas conciernen al tema del control social y al modo de encaminar al desviado a fin de reintegrarlo al orden común.

Frete a lo que acabamos de señalar, nuestra preocupación en el tratamiento de este tema puede enunziarse de la manera siguiente: El derecho es el intérprete de la política jurídica que representa el sentir general; sus normas prescriben como obligatorias conductas mínimas para el regular funcionamiento social. Siendo así, ¿de qué manera se toman en cuenta en el derecho las aludidas conclusiones sociológicas en el tratamiento de los delinquentes y en el sistema de control social?

Del análisis hasta ahora efectuado se deduce claramente que no obstante la importancia de las conclusiones a las que arriba los sociólogos y su indudable incidencia en cuanto al control social, es nula la influencia que ejerce sobre el derecho.

### I. El Sistema Jurídico

En conformidad con las normas vigentes en una comunidad las conductas de los miembros de ella pueden distribuirse en dos grupos. Hay, de un lado, conductas que son permitidas o legítimas, y, de otro lado, conductas que son prohibidas. Esta distinción no es absoluta, en cuanto al grado de lo permitido y de lo prohibido. Pues, así como

dentro de lo permitido caben conductas que, además, por sus mismas características son alentadas, así, también, entre las conductas prohibidas, hay diversos grados de prohibición que se pueden establecer mediante diferentes criterios. Fundamentalmente se trata del tipo de sanción y del estigma que la comprobación de haber realizado una conducta acarrea a su autor.

Tanto la sanción como el estigma están debidamente determinados en el sistema social mediante normas vigentes en el mismo.

Por no interesar al tema y al propósito de este trabajo prescindiremos de las categorías que se consideran, y discutos, como existentes dentro de lo permitido al establecer una distinción entre lo simplemente permitido y lo facultativo.

Las clasificaciones normativas de las conductas, que obviamente se mueven dentro del plano de la realidad, también responden a la realidad o están sujetas a ella. La mutación de la realidad provoca siempre un cambio en lo prescripto por las normas, pues la separación entre el orden normativo y la realidad sólo puede ser relativa.

Kingsley Davis (*La Sociedad Humana*, T. I, pág. 51 y siguientes) pone claramente de manifiesto la relación existente entre la realidad y la normatividad. Así, indica que las normas de un orden no pueden hallarse alejadas de lo que acontece. En apoyo de esta tesis trae el siguiente ejemplo, suficientemente ilustrativo: "Una regla que exigiera que todos los hombres tuviesen tres esposas carecería de valer si no le permitieran las proporciones existentes entre los sexos".

Consignientemente, es posible establecer una distinción entre conducta legítima y conducta ilegítima, de manera tal que en la sociedad humana resulta existiendo siempre lo que puede designarse como una doble realidad; por una parte un sistema normativo que encarna lo que debería ser, y, por la otra, un orden fáctico que consiste en lo que es. Por su misma índole, estos órdenes no pueden ser completamente idénticos, ni tampoco completamente disemejantes. El orden normativo actúa como determinante, aunque no como el único determinante, del orden fáctico.

El sistema normativo trata de lograr resultados en el mundo fáctico. Por eso mismo está sometido a constantes modificaciones por los sucesos de ese mismo mundo. En efecto, se ha de tener presente que la conducta "desviada" no es solamente un problema para el infractor; problema más importante es el grado de peligro que esa conducta representa para la comunidad.

Kelsen en su *Teoría General del Derecho y del Estado* (Imprenta Universitaria, 1968), al referirse al caso especial de las normas jurídicas habla de *Validez y Eficacia*. Validez del derecho significa que las normas son obligatorias, que los hombres deben conducirse del modo que las normas prescriben. Eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma que de acuerdo al orden jurídico deben comportarse, o sea que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. "No se requiere que la conducta real de los individuos se ajuste de manera absoluta a ese orden. Por lo contrario, tiene que haber posibilidad de cierto antagonismo entre el orden normativo y la conducta humana real a la que se refieren las normas del propio orden. De no existir tal posibilidad, el orden normativo carecería completamente de significación. Lo que ocurre necesariamente bajo el imperio de las leyes naturales no puede ser prescripto por normas de conducta. La norma básica de un orden social al cual correspondiere siempre y sin excepción la conducta real de los individuos, se enunciaría de este modo; los hombres deben conducirse en la forma en que realmente se conducen; o bien en esta otra; debes hacer lo que realmente haces. Semejante orden estaría tan desprovisto de sentido como otro al cual la conducta humana no correspondiese nunca, sino que fuese siempre y en todos los aspectos contrario. En consecuencia, el orden normativo pierde su validez cuando la realidad deja de coincidir con él, al menos en cierto grado. La validez de un orden jurídico depende, pues, de su concordancia con la realidad, de su eficacia. La relación entre la validez y la eficacia, de un orden jurídico, o, por decirlo así, la tensión entre el *deber ser* y el *ser* únicamente puede ser determinada en virtud de un límite superior y otro inferior. La concordancia no puede exceder de cierto *maximum* ni quedar por debajo de cierto *minimum*". Al decir de Soler el derecho no surge de una voluntad incondicionada sino y principalmente de una serie de hechos consumados.

#### *Clasificación de las normas por tipo de sanciones:*

De acuerdo a lo expuesto se puede efectuar una clasificación de las normas teniendo en cuenta el tipo de sanción que enuncian. Y esas sanciones responden obviamente al grado de prohibición que se establece para la conducta a que se refieren. Siguiendo este criterio, Davis presenta una clasificación de las normas sobre la base justamente de las

sanciones que ellas consignan; el modo en que las mismas son aplicadas y cómo surgen y se impusieron. Así, las divide en:

Usos sociales, costumbres, ley consuetudinaria y la ley promulgada.

1) Los usos sociales responden a "las prácticas cotidianas con controles sociales, informales", como la mormuración, el ridículo, la pérdida del trato amistoso, etc., que se originaron mediante una acumulación tradicional.

Davis hace notar que es posible violar alguno de los usos sociales, pero que es imposible violarlos todos, porque el individuo se vería excluido del contacto social.

El mecanismo que hace válido este tipo de sanciones se basa en la necesidad de gratificación que los individuos experimentan. A la necesidad de gratificación se halla ligada la importancia que se atribuye a la opinión ajena y que en la época actual es la fuente principal de la dirección de toda actividad. Ella tiene gran significación en las sociedades pequeñas aunque en este tipo de sociedades la dirección de la personalidad generalmente estaba orientada desde adentro, no existiendo la superconformidad que se busca compulsivamente en las sociedades modernas.

Por otra parte, las normas no califican en la misma forma la conducta de todos los individuos, pues se fijan distintas exigencias, en virtud de la estratificación social, la ocupación, el sexo, la profesión, la clase, la edad, etc.

En conformidad con lo expuesto, no es necesario que haya violencia en la sanción; para el individuo desviado el precio de la desviación puede ser muy elevado aun no aplicándole violencia alguna.

2) Las costumbres son consideradas "de mayor importancia para el bienestar social y por lo tanto son sancionadas con más fuerza". El énfasis que se pone en la sanción de la costumbre está en relación directa con la importancia de la necesidad que ella, la costumbre, satisface. Por otra parte las costumbres garantizan su propia defensa y procuran reacciones altamente sentidas en caso de desconocimiento de las mismas, aunque sean también de orden informal como las de los usos sociales.

3) Davis distingue también entre costumbre y ley consuetudinaria, según que exista o no una organización especial que tiene por objeto hacerla cumplir. Cuando tal organización existe, se trata de "ley consuetudinaria".

4) Por último, hemos de mencionar lo que Davis llama "la ley promulgada". Este sistema es imprescindible en las sociedades más complejas o evolucionadas, donde es necesario establecer normas susceptibles de ser conocidas por todos y aparece ostentadamente con la maquinaria formal de la sanción, para que sea posible la vida social.

En este caso las normas pueden ser consideradas como un resultado de la institucionalización cultural.

Las normas son de diferente índole, en conformidad con el tipo y grado de cultura, hasta llegar a la forma de la ley promulgada. Todas ellas, cualquiera fuera el nivel del desarrollo cultural, prescriben conductas. En ellas se establece lo que el grupo espera de sus integrantes, o lo que espera de cada uno de ellos individualmente. En la ley consuetudinaria y más aún en la ley promulgada se prescriben sanciones graves para asegurar el cumplimiento de la conducta deseada y obtener mayor acatamiento a las normas.

#### *Aparente propósito del derecho.*

El propósito declarado de las normas jurídicas es el control social.

Por otra parte, cualquier comunidad que haya evolucionado hasta llegar a poseer normas jurídicas, tiene junto a las normas de este tipo, las de otros tipos, que mencionamos anteriormente. Es decir, la aparición de leyes no anula ni quita validez a las otras normas. El que nuestro país tenga un sistema de normas escritas y sancionadas con un modo de promulgación establecida, no excluye la existencia de usos, costumbres, etc.

Hart observa que aunque no se puede construir ninguna escala precisa, la concepción de la importancia relativa atribuida a los diferentes tipos de reglas, se refleja tanto en la medida de sacrificio del interés privado que ellas exigen como en el plano de la posición social en procura de la conducta regular. Siendo así, se justifica la pregunta de cuál es el criterio que determina la prohibición de ciertas conductas mediante leyes, mientras que las demás quedan liberadas a otras clases de normas<sup>1</sup>.

Entendemos que el criterio selectivo de tales conductas, si es que existe, indica indudablemente cuáles son las pautas de la cultura social, ya que el control de la conducta desviada es por definición un objetivo cultural.

<sup>1</sup> *El concepto del derecho*, p. 211.

No obstante ello se advierte que el sistema de ley promulgada no provoca un mayor acatamiento a este tipo de normas, sino que por el contrario implica un divorcio generalmente definitivo del transgresor con el resto de su comunidad.

#### *Importancia de las prohibiciones legales*

Hemos dicho anteriormente que el hecho de que una conducta fuera sancionada mediante una ley, aparentemente se debía a la mayor importancia acordada al acatamiento a la misma, aparte de la complejidad del sistema social.

Las normas según este punto de partida tienen por objeto inducir a los individuos a que se comporten de determinada manera.

Durkheim (*Las reglas del método sociológico*, pág. 99, Editorial Auzandri) dice textualmente: "El crimen consiste en un acto que ofende determinados sentimientos colectivos dotados de una energía y de una firmeza particulares".

Así las normas sociales contemplan exigencias que facilitan y mejoran las relaciones sociales. Cuando una conducta es reclamada mediante una ley, se supone que las exigencias sociales respecto de la misma son más terminantes, es decir, que hay un mayor interés social en esa conducta. Ciertamente, este enfoque no constituye una novedad. Así, por ejemplo, Stuart Mill considera que a los intereses sociales fundamentales que más obligan a la comunidad se halla unida la idea de justicia, que, para él, es un indudable antecedente del derecho. En su libro *El Utilitarismo* (Editorial Aguilar, edición 1960) que publicó en 1863, Mill habla de un sector dentro de las normas morales que representan lo esencial del bienestar humano, al que asocia la idea de justicia. "La justicia" es el nombre que se da a ciertas necesidades morales que consideradas colectivamente ocupan un rango más elevado en la escala de la utilidad social. La observancia de ellas es la que mantiene en paz a los seres humanos. Si la obediencia a ellas no fuera la regla y la desobediencia la excepción, cada uno sería un enemigo frente al cual se debería estar permanentemente en guardia.

El derecho tendría por objeto, entonces, asegurar "estas utilidades sociales que son mucho más importantes y por ende más absolutas e imperativas que todas las otras de la misma clase. Por ello estas necesidades deben ser defendidas como lo son naturalmente, por un sentimiento, no sólo diferente en grado, sino en especie. Deben distin-

guirse del sentimiento más moderado que va anejo a la mera idea de promoción del placer humano o conveniencia, ante todo por la índole más definida de sus mandatos, y luego, por el carácter más severo de sus sanciones". Pero Mill, a pesar de que señala la jerarquía existente entre las necesidades sociales que motivan sistemas de normas diferentes, no dice cuáles son las materias de estas normas, sólo ofrece unos pocos ejemplos de las más necesarias al régimen de convivencia social. La protección de esas necesidades consideradas mínimas, coinciden generalmente con el catálogo de lo prohibido dentro del sistema.

Los sociólogos, por su parte, suelen hablar de la existencia de prerequisites funcionales necesarios para la vida de cualquier sociedad. Originariamente esta concepción ha tenido su punto de partida en una comparación de todo sistema social con un organismo vivo. Consecuentemente, lo mismo que cualquier organismo vivo, una sociedad necesita que se den ciertos elementos mínimos considerados indispensables para que pueda sobrevivir.

Los requisitos considerados fundamentales toman en cuenta en primer término al individuo en particular. Ante todo, en cualquier régimen social debe contemplarse la satisfacción de necesidades biológicas fundamentales, y la integración social y cultural.

Elo se obtiene con las pautas culturales y en especial con las normas jurídicas que definen mediante sanciones el mínimo de orden cuya desaparición o por debajo del cual es muy improbable la subsistencia del sistema. Refiriéndose a este tema, Talcott Parsons expresa: "Primero, un sistema social no puede estar estructurado de manera que sea radicalmente incompatible con las condiciones de funcionamiento de sus actores individuales, componentes, en cuanto organismos biológicos y en cuanto personalidades o con la integración relativamente estable de un sistema cultural. Segundo, el sistema social, a su vez en ambas frentes, depende del requisito mínimo del apoyo proporcionado por los otros sistemas. En este sentido, tiene que haber una proporción suficiente de sus actores componentes adecuadamente motivados por actuar de acuerdo con las exigencias de su sistema de roles, positivamente en la realización de las expectativas y negativamente en la abstención de toda conducta demasiado lesiva, es decir, desviada".

Ya en el siglo XVII sostenía Hobbes que la no existencia de un orden jurídico implicaría una guerra de todos contra todos y el aniquilamiento del género humano.

Para Pound el derecho, aun el derecho primitivo existió simplemente para atender al interés social en la paz y el orden<sup>2</sup>.

En definitiva, el derecho tiene por misión fundamental garantizar la seguridad general, la salud, o como lo expresa Durkheim, "la represión" de lo que conmueve a la conciencia general, es decir, la protección de sus instituciones fundamentales contra las formas de acción que amenazan su existencia.

La búsqueda de la seguridad que le otorga el derecho, lleva al hombre al sacrificio y a la reivindicación de su libertad<sup>3</sup>.

Es cierto que conforme las creencias muchas veces erróneas de los grupos sociales pueden coexistir prohibiciones sin sentido unidas a las que realmente protegen el sistema social. Pero ello no implica desconocer ciertas necesidades mínimas para que sobreviva cualquier sociedad.

Hart (en *El concepto del derecho*, p. 213) sostiene: "Entre tales reglas obviamente exigidas por la vida social se encuentran aquellas que prohíben, o al menos restringen, el libre uso de la violencia, las que exigen ciertas formas de honestidad y veracidad en el trato con los demás, y las que prohíben la destrucción de cosas tangibles o su apoderamiento en perjuicio de otros. Si la observancia de estas reglas elementalísimas no fuera concebida como cosa corriente en cualquier grupo de individuos que viva en proximidad vecina los unos con los otros, vacilaríamos en describir a ese grupo como una sociedad, y tendríamos la certeza de que no podría durar mucho tiempo".

Ihering, en *El fin del derecho*, luego de establecer lo que él considera como estructura del Derecho se pregunta cuál es la función o contenido del mismo. Declara que para justificarlo es necesario tener

<sup>2</sup> POUND, BOSCOE, op. cit., pág. 62, hace una larga enumeración de los que llama los intereses sociales que deben ser protegidos por el derecho y que son: la seguridad general; la seguridad de las constituciones sociales ya fueras democráticas o religiosas o políticas, la moral general, la conservación de los recursos sociales, el interés en el progreso, y fundamentalmente el interés en la vida individual. Tales, en su opinión, son los intereses sociales que se reconocen o deben a ser reconocidos por el derecho moderno. Considerado funcionalmente, el derecho es una tentativa de satisfacer, reconciliar, armonizar, ajustar, estas subyacentes y a veces antagonicas pretensiones y demandas, ya sea asegurándolas directamente, o a través de delimitaciones o comprensiones de intereses individuales para conciliar la mayor suma de intereses, o los intereses que más pasan en nuestra civilización, con el mínimo sacrificio del esquema de intereses como tal".

<sup>3</sup> SOLEK, SEBASTIAN, *En el Derecho*, T. I, pág. 18, disconformidad referida a un mundo de normas creado para regir las relaciones interhumanas y dotado de poder de coacción al que llamamos derecho.

presente que el derecho significa la garantía de las condiciones de vida de la sociedad aseguradas por el poder coercitivo del Estado<sup>4</sup>. Más adelante, expresa que la sociedad recurre a la ley cuando necesita de su ayuda y que la aplicación de una pena no se justifica sino cuando no puede obtenerse la realización de determinada conducta por otros medios<sup>5</sup>, pues el delito es la colocación en peligro de las condiciones de vida de la sociedad, peligro que el legislador comprueba que sólo puede evitar mediante la pena. Sostiene luego que la pena deberá variar conforme al peligro en que se vea colocada la sociedad.

También refiriéndose a este tema, Stuart Mill expresa: "El individuo o la comunidad sólo tienen que inmiscuirse en la libertad de acción de un tercero, con el único fin de protegerse a sí mismo, el empleo de la coacción con un miembro cualquiera de una comunidad civilizada, no se justifica más que cuando se pretende evitar un daño a los demás. Un interés material o moral, no constituye un motivo legítimo. Mientras no se trate más que de él mismo, el individuo goza de una independencia sin límites; su responsabilidad frente a la sociedad comienza cuando los demás pueden ser lesionados por sus actos".

Comprobemos, entonces, a través de la opinión de varios autores de singular jerarquía, que el derecho tiene por objeto y tal vez como

<sup>4</sup> IHERING, RUDOLF VON, *El fin del derecho*, Editorial Ateneo, pág. 213. Estas condiciones de vida a las condiciones subjetivas que la rigen. Son condiciones de vida no sólo aquellas de las cuales depende la existencia física, sino también todos los bienes, los gozos, que en el sentir del sujeto, son los únicos que dan valor a su existencia. El honor no es una condición de la vida física, y, sin embargo, para el hombre de honor, ¿qué valdría la existencia si éste sufriera pérdida? Para guardarlo expone voluntario su existencia. Lo honesto, la nacionalidad, no son condiciones de la vida física; y no hay un pueblo amante de la libertad que no haya preferido la muerte a la esclavitud. El que se mata por desprecio a la vida puede, sin embargo, cumplir todas las condiciones anteriormente necesarias para la existencia. En una palabra: los bienes, los gozos, de los cuales para vivir siente el hombre la necesidad, no sólo tienen un carácter material, que es objeto de las luchas de la humanidad; el honor, el amor, la educación, la religión, las artes de ciencia. La cuestión de las condiciones de vida, lo mismo del individuo que de la sociedad es una cuestión de educación nacional o individual.

<sup>5</sup> IHERING, *op. cit.*, pág. 238. En la colocación en peligro de las condiciones de vida de la sociedad, dos cosas pueden variar la importancia y deben por esto mismo ser tomadas en consideración para la medida legislativa de la pena: las condiciones de vida de unas no son tan urgentes como las otras, las hay que son esenciales y otras que lo son menos; el peligro; toda lesión no es para la sociedad un mismo riesgo. Cuanto más estimamos un bien, mayor es nuestro cuidado para conservarlo. La sociedad obra de igual modo cuando se trata de proteger jurídicamente sus condiciones de vida, que constituyen los bienes sociales. Cuanto más preciado es el bien, más grave es la pena. Lo difícil de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales.

única justificación la protección, del individuo y de las instituciones fundamentales del sistema.

Consecuentemente, dada la importancia indudable que para la supervivencia del sistema social y la garantía formal de la convivencia tiene el asegurar que los individuos se abstengan de cometer las conductas prohibidas por el orden jurídico, se ha de advertir que el sistema social y también en gran parte el sistema jurídico contribuyen y provocan esas conductas prohibidas. Más aún, de acuerdo a serias investigaciones sociológicas realizadas, es el sistema social el que en definitiva determina el que algunas conductas sean prohibidas; es él quien califica de desviadas o aberrantes a sus infractores, y por otra parte les impide evitar la comisión de dichas conductas.

Señalemos desde ya, y lo veremos de nuevo más adelante, que inclusive la remisión de un individuo a la cárcel lo pone en contacto con una comunidad que aprueba el delito y que reforzará en él la inclinación a sus actividades delictivas.

## II. La desviación

*El sistema social como productor de desviación.*

El título de este apartado se refiere a un hecho puesto de manifiesto en forma bastante reciente por los sociólogos.

La atención que la sociología desde principios de siglo dedicó al estudio de la criminología la llevó a preguntarse en forma sistemática qué es lo que produce el delito.

La interpretación biológica que atribuía el delito a características biológicas o hereditarias del delincuente fue cayendo en descredito. Numerosas investigaciones sociológicas entre las que se destacan la teoría de la asociación diferencial (Glaser), la de la transmisión cultural de valores delictivos (que formula William White entre otros), y la teoría de la anomia formulada por Merton concluyen que es la propia sociedad la que provoca generalmente la desviación y el crimen.

Así dice Merton: "algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inoportunista, y no una conducta conformista".

Según el propio Merton, su trabajo es una demostración de que el pecado (delito) es socialmente inducido.

Es así que una cultura puede crear un gran interés en los fines culturales inducidos sin dar, en cambio apoyo a los medios conducen-

tes a esos fines, engendrar lo que Durkheim llamó "anomia", o falta de normas.

A su vez, Taft<sup>6</sup> sostiene que "obtenemos los criminales que nos merecemos". Refiriéndose a la cultura norteamericana con su énfasis desmedido en el éxito, indica que en esa cultura existe un conflicto considerable que a menudo toma la forma del crimen. En tales circunstancias los castigados no sentirán vergüenza por haber cometido los delitos, sino simplemente pena por haber sido sorprendidos. Es decir que tal cultura debe contar con una cierta cantidad de delitos, los cuales deben ser atribuidos a sus peculiaridades estructurales.

Es decir que muchos sociólogos importantes sostienen que el delito es un producto social, tal que en lo fundamental puede formularse así: El hombre está motivado a tener una imagen satisfactoria de sí de acuerdo a grupos y normas del grupo al cual pertenece. Si se aparta de ellas, no es debido a sus características biológicas ni a una tendencia suya hacia el mal, sino a un defecto en la misma socialización o atribuible a la sociedad.

Parsons observa que las normas no son reguladoras, sino constitutivas de la naturaleza humana. La conformidad a las normas es normal. La conciencia perturba a quien no adapta a ellas su conducta. El comportamiento desviado se explica por circunstancias especiales; normas ambiguas, anomia, conflicto de roles o por mayor énfasis de la cultura en las metas valoradas que en los medios para alcanzarlas.

### III. El sistema Judicial como Preservador en Desviación

Con un criterio y desde un punto de vista totalmente distinto del que acabamos de examinar, Sebastián Soler, sostiene que la legislación proliferante es una madrastra muy maldada a la que hay hasta cierta complacencia en desobedecer<sup>7</sup>.

Es así que el cumplimiento de los deberes, depende, en primer lugar, de que no sean excesivamente complicados; y aquí incide la proliferación legislativa con sus minúsculas previsiones que hacen que la gente no pueda manejarse por principios generales.

"Cuando el derecho se desarticula y diluye en estatutos carentes de unidad sistemática, cuando es en la regulación anecdótica ocasional de las relaciones jurídicas, el simple conocimiento de sus veri-

<sup>6</sup> TAFT, DONALD, *Criminología*, pág. 224.

<sup>7</sup> SOLER, SEBASTIAN, *Fe en el Derecho*, pág. 68.

custos se torna una tarea difícil, a la cual los ciudadanos corrientes están poco inclinados a entregarse".

Muchos son los defectos que puede tener un sistema jurídico, fuera del indulto, que contribuyen a su violación.

Acercá de este apartado aparece como sumamente interesante lo sostenido por Sprott en cuanto a la conducta futura de los delincuentes encarcelados:

"Después de todo, el criminal tiene que mantener su posición social. La sociedad le ha condenado. Por lo tanto debe conseguirse otro respaldo. El penado experimentado encuentra que no hay nada absolutamente intolerable en la vida del presidio. No siente culpabilidad. Cada cual sabe lo que el otro ha hecho y nadie puede despreciar por ello a un compañero. La vida en la cárcel es una clase de vida, de nada sirve lamentarse, arreglámonos lo mejor posible. El presidiario inexperto, que quizás se siente avergonzado y nervioso, agradece el encontrarse entre hombres que han pasado por sus mismas penurias, han sobrevivido, parecen pasarla bien, están dispuestos a aceptarlo y resultan, algunos, simpáticos. Naturalmente, quiere que piensen bien de él, y, por lo tanto, acepta el techo de su nuevo grupo". Quizá este cuadro recarga los colores. Sin duda, algunos prisioneros sufren remordimientos y muchos sufren tanto por sus privaciones que se convencen de no haber nada que los ponga nuevamente en peligro de volver a la cárcel, pero tenemos que recordar que cuando se envía a un hombre a presidio se lo hace miembro de una comunidad que toma el crimen a la ligera y que, por así decir, está calculada para reforzar cualquier actitud antisocial que el novicio pueda tener.

Se ha de inferir de lo expuesto que la sociedad carcelaria perpetúa las características del delincuente a su regreso a la comunidad. Constituye un elemento coadyuvante al mantenimiento y la realización de conductas prohibidas. Es decir el derecho produce desviación al crear las reglas cuya infracción provee desviación y las condiciones para que se produzcan.

De este modo, como lo expresara Becker, el delito es una transacción que tiene lugar entre el grupo social y la persona que es mirada por ese grupo como transgresor.

El grado en que un acto será considerado delito depende de quien lo haya cometido y de quien resulte perjudicado por él. Es, así, probable que el delincuente de élite baja sea más castigado que el

de clase media, y así sucesivamente. Las reglas tienden a ser aplicadas en mayor medida a una persona que a otras o con criterios diferentes. El delito es una exención que depende, no sólo del delincuente, sino también del juez y del grupo que así lo declara.

Un elemento importante de lo expuesto lo constituye el hecho de que es necesario investigar los procesos mediante los cuales las personas llegan a ser diferenciadas como desviadas que no revela en ninguna medida sólo una actitud o actitudes del individuo rotulado como desviado sino fundamentalmente una reacción social y calificación para él mismo.

#### IV. EL CONTROL SOCIAL.

Ya hemos visto, aunque muy sucintamente, ejemplos de cómo el derecho también contribuye a la desviación. Pero todavía no hemos considerado el tema que llamamos control de este trabajo. Se trata de examinar de qué medio se vale la técnica jurídica para provocar la conducta deseada. En esto, necesariamente hemos de recurrir a la Teoría General del Derecho de Kelsen, quien sostiene que el derecho es la técnica social específica que provoca conductas mediante sanciones. La sanción entonces es el elemento del control social jurídico que pretende cumplir una función retributiva y ejemplarizadora.

Su fin principal como elemento del derecho es justamente de control social y desaliento de las conductas que el orden ha declarado delictivas. Esta técnica es general y responde como elemento prácticamente definitorio de la existencia de un orden jurídico. Dice Kelsen: "Si llamamos ordinariamente jurídicos a todos los órdenes sociales tan extraordinariamente diferentes en sus contenidos, que han prevalecido en diferentes épocas y entre los pueblos más diversos, podría suponerse que estamos empleando una expresión casi desprovista de sentido".

Pero Kelsen aun dentro de su estricta teoría ha advertido que tal vez la técnica jurídica no sea la más adecuada y que la humanidad podría quizás emanciparse de dicha técnica.

Dice más adelante:

"Cuestión sociológica muy importante es la que atañe en saber cuáles son las condiciones sociales que hacen necesaria esta técnica. Ignoro si podemos contestar satisfactoriamente tal pregunta. Tampoco sé si es posible a la humanidad emanciparse totalmente de tal técnica social. Pero si el orden social no hubiera de tener ya en el futuro el

carácter de un orden coactivo y la sociedad pudiera existir sin "derecho"; entonces la diferencia entre la sociedad del futuro y la de nuestra época sería incommensurablemente mayor que la que hay entre los Estados Unidos y la Babilonia antigua o entre Suiza y la Tribu de los Ashanti".

Confirma lo que ya hemos adelantado si las conclusiones sociológicas sobre la desviación son aunque no más fuerte relativamente válidas, corresponde que las mismas se apliquen en la teoría jurídica. Pero he ahí que el orden jurídico tiene en cuenta muy poco estas conclusiones en su sistema de control social.

Ahora bien, ¿cómo actúa el control social frente a una desviación o su posibilidad?

La sociedad elabora controles de la conducta desviada mediante diferentes tipos de sanciones que se aplican a los infractores y que los individuos pueden anticipar a la realización de esa conducta.

Asimismo el propósito declarado del derecho es el control social o sea disminuir las actividades desviadas y desalentarlas.

Nuestro interés, es entonces, poner en evidencia qué, pese a la profunda importancia concedida a la efectividad del derecho, las normas jurídicas no previenen el delito y en todo caso no lo disminuyen sino que, por el contrario, refuerzan el círculo vicioso de la desviación.

A ese respecto los sociólogos han obtenido algunas conclusiones sobre el modo de obtener un control social más efectivo entre las que no pueden dejar de mencionarse aun cuando desde un punto de vista teórico las formulaciones de Parsons en cuanto al nivel del "apoyo" respecto del desviado.

Al respecto este sociólogo establece que la diferencia más fundamental entre una reacción formativa de un círculo vicioso y una reacción de control social parece hallarse, pues, en la mezcla de tolerancia con la disciplina de negarse a actuar a la recíproca.

Así dice Parsons: "En el caso del tipo ideal puede decirse que la definición del desviado como delincuente pone de relieve de manera abrumadora el aspecto negativo. Constituye una especie de expulsión del grupo social, con muy poco interés en que se regrese a él. Se utiliza al delincuente, en un sentido, más bien como "cabeza de turco" sobre quien proyectar unos sentimientos dentro de un contexto para que se refuercen los valores institucionalizados. Lo que le ocurre a él, es sólo secundario". Ciertas tendencias modernas de la práctica

criminológica, en que se introduce el aspecto "curativo" llegan a confundirse con la enfermedad.

De lo expuesto surge que una vez que se ha colocado a un individuo el rótulo de delincuente, los métodos de control social respecto a él, tienden a fallar.

En este sentido nos parece que el sistema jurídico actual no tiene en cuenta los principios sociológicos sobre desviación.

El papel de control que analizamos es más bien negativo para los fines que se propone.

*La sanción jurídica no cumple su propósito aparente*

Como ya dijimos este trabajo está dirigido a llamar la atención sobre la marcada incongruencia entre las políticas jurídicas seguidas y las teorías sociológicas concernientes al control social.

Aun cuando es muy difícil saber exactamente en qué forma actúa el control social, los sociólogos actuales no dudan también en atribuir a la deficiencia del sistema social y cultural el índice de la delincuencia. Si efectivamente es así, se ha de reconocer que se está ante una verdad de importancia capital para la institucionalización de una política adecuada.

Lo señalado no es contrarrestado por la argumentación fundada en el supuesto de que la pena tiene un efecto ejemplarizador y moralizante. Con respecto a tal argumentación, debemos destacar una observación sociológica que la contradice y que resulta suficientemente llamativa como para que se la tenga presente en una política jurídica. Según Schwartz y de acuerdo a numerosas análisis efectuados directamente con delincuentes, se advirtió que "la aplicación de una sanción puede proporcionar un motivo inesperado para violar la ley". La explicación de esta sorprendente conclusión se encuentra en el hecho de que los "potenciales transgresores" no se identifican con los castigados, pues éstos son vistos como transgresores flagrantes. Así, cuando se detiene a un delincuente, los potenciales transgresores estiman que su detención se justificó por el modo burdo de hacer las cosas.

Si la apuntada consideración fuera tomada como fundada en los hechos, dejaría de tener valor el principio de la aplicación de la pena como ejemplo para los que pueden sentirse tentados por el delito.

Con lo expuesto no queremos decir que tal vez lo más importante para la comunidad frente al delincuente sea encerrarlo a fin de protegerle.

Pero si, como resultado de serios trabajos de investigación efectuados, sólo un pequeño porcentaje de los delincuentes es detectado y el resto que alcanza proporciones alarmantes es dejado en libertad, la política seguida tampoco tiene mucho que ver en este criterio de protección a cuyo fin recordemos el ejemplo de la delincuencia de cuello y corbata.

Asimismo, al detener y encarcelar a un presunto transgresor, éste pierde su empleo, y muy probablemente su familia. El proceso judicial lo estigmatiza definitivamente y es muy improbable que tenga la oportunidad de reintegrarse a la vida normal.

Ericson dice respecto de este problema: "Así comienza un círculo vicioso que posee las características de una profecía que se realiza a sí misma", para emplear la hermosa frase de Merton. Por un lado, parece evidente que la repugnancia de la comunidad a aceptarle dificulta su readaptación. Por otro, la experiencia estidiana parece indicar que tales reparos son totalmente razonables, pues es sabido que un gran número de ex presidiarios reinciden en sus actividades criminales y que muchos enfermos mentales dados de alta sufren posteriores recaídas. Por tanto, si bien la suposición corriente de que estos individuos no suelen curarse ni reformarse, puede basarse en una premisa equivocada, se afirma esto con tal convicción y frecuencia, que posiblemente desencadena los hechos que luego 'demuestran' lo atinado de la presunción. Si al reincorporarse a la marcha de la comunidad tiene que vencer los reparos de la misma, será comprensible que también él empiece a preguntarse si realmente ha conseguido superar su actitud... y reaccione ante esta incertidumbre recayendo en su conducta irregular".

Este perjuicio encuentra también su expresión en la actitud oficial de las agencias de control, como por ejemplo la policía. Esta no podría actuar de una manera verdaderamente eficaz si no considerase a los ex presidiarios como un grupo de delincuentes en potencia, una reserva de la que proceden todos los sospechosos; las clínicas mentales no podrían asumir la responsabilidad de su misión si no tuviesen en cuenta el hecho de que sus ex pacientes se hallan expuestas a frecuentes recaídas. De este modo el prejuicio queda ratificado y tiene fuerza en muchos niveles del orden social, no sólo entre las opiniones de la masa mal informada, sino en las teorías más dignas de crédito de la mayoría de los agentes de control.

### *La eficiencia del derecho*

En definitiva nos encontramos con que el control social organizado por el derecho no cumple su propósito aparente de prevenir y desalentar la comisión de delitos.

Por otra parte el modo en que está organizado este control crea sucesivas e importantes razones que contribuyen a mantener la delincuencia.

Este hecho pone de manifiesto la incongruencia entre el avance sociológico y el mantenimiento de las características del sistema jurídico que prácticamente se ha mantenido estático.

En efecto, el sistema jurídico desde su aparición y como elemento definitorio y prácticamente exclusivo se funda en la sanción. Al derecho se le ha confiado la protección de las necesidades mínimas para la convivencia social que podríamos llamar prerequisites funcionales para la subsistencia del sistema.

El precio que se paga es muy alto visto desde el punto de referencia colectiva, y también desde el individual.

Sin embargo sus resultados no son satisfactorios. Recordando lo que dijimos al principio el problema de la delincuencia puede ser analizado a partir de sus causas o en el modo del control.

La insuficiencia del derecho en el control social se debe a nuestro juicio a un análisis insuficiente de la génesis de la desviación.

Mientras que los sociólogos, psicólogos o antropólogos estiman que la conducta del individuo o su acción social depende de por lo menos tres sistemas principales, como lo son el sistema social, el cultural, el de la personalidad y varios subsistemas, parecería que tradicionalmente las únicas variables admitidas por el derecho para explicar o excusar la conducta del delincuente, son minoridad, imputabilidad, etcétera.

Es decir que si tomamos como variable a estudio o bien variable dependiente la delincuencia, las causas que son consideradas como productoras de la misma son referidas por el derecho únicamente al presunto transgresor.

Este marco de referencia teórico-jurídico se ha mantenido ineluctable desde hace más de un siglo.

Por el contrario las ciencias sociales están muy convencidas de que la delincuencia es el resultado de muchas variables. Es decir "la

delincuencia como fenómeno social debe ser estudiado también desde el punto de vista social".

El derecho a nuestro juicio ignora totalmente las conclusiones sociales y este deviene en un estancamiento en su desarrollo científico y en una cada vez mayor inepticia desde el punto de vista del control social.

En definitiva, los delitos considerados como "violación" de las normas jurídicas tienen causas que los provocan. Asimismo el derecho provee una forma de control para su disminución.

Estos dos aspectos van íntimamente relacionados por cuanto se supone que mediante el control social se trata de eliminar o disminuir también las causas productoras de delitos.

Pues bien, el derecho presupone una explicación insatisfactoria para la comisión de los delitos al atribuir los mismos únicamente a los delincuentes.

Este error de apreciación en las causas del delito se traduce inevitablemente en un error en el modo del control social.

Es decir que el método de control utilizado se vuelve ineficaz por no ser correcto y dirigirse solamente a uno de los elementos en juego.

#### *Algunas observaciones sobre nuestro derecho*

Hemos consultado las estadísticas de criminalidad de nuestro país en el período 1960/64, que parecieran en 1964 en un informe del Registro Nacional de Reincidencias.

Las referidas estadísticas indican que para el año 1964 hubo 20.783 sentencias condenatorias.

De ellas solamente 7.200, es decir el 34,64 %, ordenaban el cumplimiento de la condena efectivamente, quedando 12.311 con condena condicional.

Además 1.139 condenados habían cumplido su condena durante la prisión decretada preventivamente.

Del citado informe resulta también que de los condenados, un total de 4.389 eran reincidentes.

A los efectos de nuestro trabajo no nos interesa el tipo de reincidencia, es decir si el condenado al salir en libertad comete el mismo tipo de delito u otro.

En cuanto a los motivos que inducen al delincuente a la comisión del delito, el más importante es el lucro que en el año 1964 alcanzó al 50 % de los delitos.

En la citada estadística no se solera qué número de delinquentes que efectivamente cumplieron su condena se transformaron en reincidentes.

En relación con este punto cabe decir que según el tipo de delito y los antecedentes del imputado, éste puede cumplir su condena en libertad en cuyo caso pesan sobre él muy pocas restricciones.

Como las estadísticas no mencionaban oficialmente este resultado que nos interesaba, hemos consultado en forma directa algunos expedientes. A través de los datos obtenidos hemos podido llegar a la conclusión de que el delincente que cumplió condena encarcelado, es generalmente el reincidente.

Su vuelta a la cárcel, parece, como dijimos más arriba, inevitable, dada esa circunstancia y la imposibilidad de romper el círculo vicioso de la desviación.

No obstante ello las reformas sancionadas al Código Penal mediante la ley 17.567, que fueron puestas en vigor recientemente restringen la condena condicional y elevan el monto de las penas disminuyendo inclusive la posibilidad de obtener la libertad provisional.

Lo expuesto surge claramente del texto de la ley e inclusive de su mensaje de fundamentos que dice: "En cuanto al sistema de penas, el proyecto no sólo corrige las escalas, sino que consagra la elevación automática de éstas para el caso de reincidencia. Además confiere mayor importancia y seriedad a las penas de inhabilitación y de multa, y se restringe, en gran medida, la condena de ejecución condicional, cuyo cumplimiento se torna también más severo".

Las reformas introducidas en cuanto a la represión de la toxicomanía son un claro índice de lo expuesto.

En efecto, la nueva ley las sanciona incriminando a todos aquellos que resultan vinculados al consumo de estupefacientes, inclusive al consumidor "que tuviere en su poder cantidades que excedan su consumo personal".

De acuerdo a ello, pese a sostener las ciencias médicas y sociales que el toxicómano es un enfermo, la nueva ley sólo prevé la cárcel para éste.

Sería de lamentar que nuestro país que hasta el momento no encuentra entre sus males el del consumo de drogas, lo tuviera en adelante con la reforma sancionada.

Como ejemplo cabe recordar la proliferación de crímenes que la llamada "ley seca" prodigó hasta su derogación en EE. UU.