

REVISTA DE
DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

MARZO 2015

AÑO V • NÚMERO 02 • MARZO 2015

DIRECTOR
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL
MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

CARLOS JULIO LASCANO
JOSÉ SÁEZ CAPEL
LOLA ANIYAR DE CASTRO
LUIS ARROYO ZAPATERO
DAVID BAIGLÍN
NILO BATISTA
ROBERTO BERGALLI
JORGE DELA RUA
EDGARDO ALBERTO DONNA

LUIGI FERRAJOLI
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
JULIO B.J. MAIER
SERGIO MOGGIA
FRANCISCO MUÑOZ CONDE
ESTEBAN RIGHI
NORBERTO SPOLANSKY
JUAREZ TAVARES
JOHN VERVAELE

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

COORDINADORES
MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

THOMSON REUTERS
LA LEY



REVISTA DE
DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRI (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORO (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)

THOMSON REUTERS
LA LEY

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA	JAVIER DE LUCA
FERNANDO ARNEDO	MANUEL MAROTO CALATAYUD
ALEJANDRO ALAGIA	JULIANA OLIVA
JAVIER IGNACIO BAÑOS	GRACIELA OTANO
RICARDO BASÍLICO	JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARÍA LAURA BOHM	NELSON PESSOA
MARIANO BORINSKY	GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA	MARCELO RIQUERT
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO	GUIDO RISSO
ROBERTO MANUEL CARLÉS	JOSÉ SAEZ CAPEL
CARLOS CARAMUTI	CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
CARLOS CHIARA DÍAZ	MÁXIMO SOZZO
HORACIO DIAS	SÉRGIO TORRES
JAVIER DE LA FUENTE	RENATO VANELLI
DANIEL ERBETTA	FELIPE VILLAVICENCIO
ADRIÁN FERNÁNDEZ	JULIO VIRGOLINI
RUBÉN E. FIGARI	VERÓNICA YAMAMOTO
GABRIELA GUSIS	MYRNA VILLEGAS DÍAZ
MARIANO GUTIÉRREZ	ROMINA ZARATE
AGUSTINA IGLESIAS	DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penal@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (0541) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

- La atenuación facultativa de la pena del participante en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado
Por **Francisco Muñoz Conde** 3

- La influencia de la política en las decisiones jurídico-penales
Por **James Reategui Sánchez** 14

- ¿Agravó el delito de Estupro?
Por **Mariano Petean Giuffre** 24

- Arma de fuego de uso civil cargada con municiones de guerra. ¿La munición modifica la calificación legal del arma?
Por **Norberto A. Brotto** 27

NOTA A FALLO

- El delito de estafa y su configuración
Por **Alexis Leonel Simaz** 32

- ESTAFAS / Calificación legal. Efectos de una "simple mentira". Entidades financieras. Arbitrariedad de sentencia (CS) 32

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

DOCTRINA

- Legalidad y justificación en los delitos impropios de omisión
Por **José Milton Peralta** 41

NOTA A FALLO	
El doble conforme condenatorio y los recursos extraordinarios Por Ricardo S. Favoretto	54
DERECHOS Y GARANTÍAS / Garantías constitucionales. Debido proceso legal. Doble instancia. Imputado por homicidio agravado por el vínculo condenado en la instancia casatoria. Rechazo de los recursos extraordinarios locales por cuestiones formales. Violación del debido proceso. Responsabilidad del Estado frente al orden supranacional. Derecho al recurso (CS)	54
POLÍTICA CRIMINAL	
DOCTRINA	
La inseguridad nuestra de cada día. Una execrable pandemia Por Jorge Kent	71
La legalidad penal-mediática. La mercantilización del "producto" político-crímenal entre viejos y nuevos medios de comunicación Por Mario Caterini	84
CRIMINOLOGÍA	
DOCTRINA	
Juzgamiento de crímenes de Estado en la Argentina: la aplicación de la figura de genocidio y de crimen de lesa humanidad Por Agustina Barrera	101
La justicia penal y la gestión de la violencia urbana juvenil en un contexto de frontera permeable en África Central (República Democrática del Congo, República de Angola, República del Congo) Por Raoul Kiengé-Kiengé Intudi	124
Hacia otra criminología del tercer mundo Por Rodrigo Codino	140
PROCESAL PENAL	
DOCTRINA	
La libertad del extraditado durante el proceso: ¿hacia la consagración de personas inexcarcelables? Por Federico A. Borzi Cirilli	151
NOTA A FALLO	
Algunas palabras sobre la derogada "secuela de juicio" en la jurisprudencia de la Corte Suprema Por Adolfo Calvete	155
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / Secuela del juicio. Alcance. Arbitrariedad en la interpretación del art. 67 del Cód. Penal en su anterior redacción (CS)	155

EJECUCIÓN DE LA PENA	
DOCTRINA	
Fundamentos para la exigibilidad de una ley de cupo carcelario para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Por Gabriel Bombini	169
PENAL ECONÓMICO	
Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica Por Pablo Galán Palermo	199
ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL	
DOCTRINA	
La enseñanza del derecho penal en la era de la revolución digital Por Carlos Christian Sueiro	221
VIOLENCIA DOMÉSTICA	
DOCTRINA	
La perspectiva de género en la lente de los jueces, fiscales y abogados como herramienta indispensable para el análisis de los casos de violencia sexual intrafamiliar Por Lucía Bercovich	245
PÁGINAS CLÁSICAS	
DOCTRINA	
Sobre el concepto del delito, como base para la elaboración de la teoría general del mismo Por Francisco Blasco y Fernández de Moreda	255

Hacia otra criminología del tercer mundo (*)

POR RODRIGO CODINO

Sumario: 1. La primera criminología autóctona en nuestro continente. El marco teórico. El compromiso político. — 2. Aproximación a otra criminología tercumerundista. a) La etnocriminología en África negra. b) La ley penal del "otro". — 3. La criminología tercumerundista en jardines arrasados.

1. La primera criminología autóctona en nuestro continente

Hace más de 40 años se producía un evento de enorme trascendencia para la criminología en América Latina. La reunión de criminólogos europeos y latinoamericanos en Venezuela en los años '70 con el objeto de analizar la violencia (1) marcó el inicio de una nueva etapa en el desarrollo del pensamiento criminológico regional (2). Las investigaciones que se desprendieron luego de ese encuentro y que se realizaron durante dos décadas, perfilaron una criminología local, es decir, de corte latinoamericana, distinta a la formulada en los países centrales, una criminología del tercer mundo o tercumerundista.

Mucho se ha discutido sobre si se puede realmente hablar de una criminología propia o tan sólo de una propuesta diferente en la forma de hacer criminología en nuestro continente después del reinado del positivismo criminológico. Quienes pusieron en duda sus características propias entendieron que este movimiento se trataba de una actitud voluntarista, es decir, de una proclama de los autores de cómo les gustaría que fuera esa

(*) Ponencia presentada en el III Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, ALPEC, Capítulo Honduras, 18-20 de noviembre 2014, Tegucigalpa, Honduras.

(1) Algunas comunicaciones de esta reunión en el XIII Congreso International de Criminología fueron recopilados por Lola Anlyer de Casan y publicados bajo el título "Los rostros de la violencia", Centro de Investigaciones Criminológicas, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1974.

(2) Nos referimos al rechazo al positivismo y al abandono del pensamiento criminológico positivista que había acompañado durante todo el siglo XX a la criminología regional, remplazándolo por uno crítico.

criminología (3) pero que no había sido más que una transnacionalización del saber criminológico de acuerdo a los modelos impuestos por los centros del poder ubicados en los países centrales. Se trataba pues, para esta posición, de una repetición exagerada del discurso criminológico europeo (4). Otros sostuvieron que en esa época la criminología en América Latina estaba estrechamente ligada a la discusión sobre el compromiso político del intelectual, el "deber ser" del criminólogo crítico, pero que esto había lesionado la capacidad del "ser" de la criminología crítica. La criminología crítica en América Latina aparecía más como una "gran narración" o una "importación cultural" pero sin un desarrollo que permitiera considerarla autónoma de la europea; incluso hubieron aquellos que la señalaron como "teóricamente subdesarrollada" o de "escaso nivel científico" (5).

Esta primera criminología autóctona tuvo dos momentos: uno teórico y otro sangriento.

El marco teórico. Nuestros criminólogos se ocuparon de los elementos centrales de la vida política latinoamericana que eran temas ajenos a los europeos. Entre ellos, la injerencia del primer mundo en las guerras civiles centroamericanas y su manejo ideológico en los medios, la doctrina de la seguridad nacional, la existencia de modelos

(3) Del Olmo, Rosa, "Criminología y derecho penal. Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual", en *Doctrina Penal*, año 10, nº 37, Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 36.

(4) Del Olmo, Rosa, "Un reencuentro con América Latina y su criminología, en Segunda ruptura criminológica, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990, págs. 137.

(5) Ver Sozzo, Máximo, "Traductores traductores: Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina", en *Reconstruyendo las Criminologías Críticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 404-406.

económicos diversos en el Primer y Tercer mundo, etc. (6), pero además realizaron investigaciones sobre la violencia en América Latina, sobre criminalidad de cuello blanco y sobre corrupción administrativa cuya contenido se examinó en seminarios en distintos países (7).

Esta criminología local tuvo en cuenta tanto las peculiaridades étnicas, lingüísticas y culturales de los países de la región como la injusta desigualdad en el campo económico. Para lograr un enfoque más adecuado de la realidad social latinoamericana y los fines del control social, se decía, había que poner en evidencia la dominación que había sufrido nuestro continente y el poder despotico de grupos, familias o individuos sobre la propia vida de indígenas, campesinos y proletariado que en convivencia con grupos de poder internacionales habían generado totalitarismos homicidas (8).

La criminología no podía seguir olvidando que era un sector de la política criminal general y una parte del conjunto concreto de cada pueblo con su geografía y con su historia (9).

Cualquier aproximación a una criminología en nuestro margen tenía que contar nuestra propia realidad. No tenía mucho sentido en América Latina referirse a un Estado Providente o benefactor, como se hacía en la criminología europea o americana, cuando no se compraría esa forma de Estado. Nuestra región estaba amenazada por otras ideologías estatales peligrosas como eran la

(6) Sobre ello, en extenso: Lola Anlyer de Castro, "La historia no consta de la criminología latinoamericana", en *Criminología de la Liberación*, Universidad del Zulia, Maracaibo, págs. 3-18; Anlyer de Castro- Rodrigo Codino, *Manual de criminología sociopolítica*, Edian, Buenos Aires, 2013.

(7) Sobre violencia en América Latina: seminarios de Quito (1976); Lima (1977) y Bogotá (1978); sobre criminalidad de ciudad blanca: seminario de Río de Janeiro (1979); sobre corrupción administrativa: seminarios de Panamá (1982) y Costa Rica (1983).

(8) Bergalli, Roberto, "Hacia una criminología de la liberación en América Latina", en *Capítulo criminológico*, nº 9/10, 1981/1982, pág. 151 y ss.

(9) Bertrand Ispita, Antonio, "La criminología comparada y su aportación a la política criminal: una reflexión tercumerundista", comunicación presentada en el coloquio internacional sobre el tema "La comparación como Método científico en derecho penal y en la criminología", Friburgo, 1978.

del capitalismo de Estado, la del Estado tecnocrático o la del Estado de seguridad nacional (10).

El compromiso político. Las páginas escritas por nuestros criminólogos no pasaron inadvertidas por algunos gobernantes autoritarios de turno.

Pertenecer a un movimiento de criminología crítica fue peligroso en América Latina (11). Varios miembros de esta criminología crítica latinoamericana fueron cayendo en manos de regímenes autoritarios, algunos tuvieron que exiliarse (12), otros tuvieron menos suerte.

Vale recordar los asesinatos -aun impunes- de Jorge Palacios Mota y Guillermo Monzón Paz en 1981, en Guatemala, profesores de la Universidad San Carlos de ese país, quienes profesaban un derecho penal y una criminología crítica. Este último autor había presentado una ponencia en el congreso de Venezuela de 1974 cuyo título era significativo y representaba el pensamiento crítico de la época: "La prensa de los países de América Latina en manos de la oligarquía criolla es una forma de violencia institucionalizada" Es probable que no exista tan solo un factor que determine la quema del Palacio de Justicia en Colombia en 1985 pero la muerte de Alfonso Reyes Echandía y Emiro Sandoval Huertas, como Presidente y Ministro de la Corte Suprema de ese país, ambos criminólogos críticos, dejó sospechas sobre la incompatibilidad de sus ideas en el poder político de ese entonces. Estos autores habían denunciado la formación de personal militar y policial en Estados Unidos y en Panamá y la injerencia norteamericana en asuntos internos colombianos con la presencia de tropas en suelo latinoamericano; señalaban que

(10) Zaffaroni, E. Raúl, *Criminología y derecho*, Conferencia pronunciada en el XXIX Curso Interamericano de Criminología de la Sociedad International de Criminología, en Pamplona, junio de 1980, publicado en el "Anuario de la Fac. de Derecho y Cs. Sociales de Rosario", Universidad Católica Argentina, Rosario, 1981, págs. 523 y ss, reproducido en "Política criminal latinoamericana", Hammurabi, Buenos Aires, 1982, pág. 31 y ss.

(11) Así lo expresan: Szabo, Denis-Rico, José María, "Criminología y Represión en América Latina", en *Capítulo Criminológico*, nº 8/10, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1981/1982, pág. 151 y ss.

(12) Tuvieron que dejar Argentina, entre otros: Luis Martínez del Pont, Emilio García Méndez, Juan Pegoraro, Roberto Bergalli (quien además fue encarcelado y torturado); El Salvador: Atílio Ramírez Amaya.

la justicia militar había suplantado a la ordinaria confiriéndole la potestad de administrar la justicia penal, lo que era inconstitucional (13); indicaban que la creación de la ley penal constituyó un acto de violencia estructural inter-clasista interna, porque emanaba de un consenso coactivo manipulado por una minoría económico-política que detenía el poder y que golpeaba frecuentemente a la mayoritaria clase dominada (14); sostienen que delincuente era la persona a quienes los autores de la ley definía como tal pero que había otros delincuentes que eran señalados por los medios masivos de comunicación sin importar si eran realmente inocentes (15).

El compromiso político de nuestros criminólogos no fue tan sólo el "deber ser" de la criminología latinoamericana sino más bien formó parte del "ser" de esa criminología que, a juicio tuyo, fue definida como una criminología de la liberación que se opuso a una criminología positivista que era claramente una criminología de la opresión (16).

En América Latina la criminología crítica adquirió un sentido de un movimiento de resistencia, un movimiento de transformación del control penal que no perdió de vista, en ningún momento, su conexión con la política como herramienta de transformación social (17).

Con razón se dijo que esta criminología latinoamericana representó una experiencia científica autónoma y una nueva producción teórica, porque permitió que ciertos temas como la violencia y la dominación permanecieran como el hilo conductor de la criminología crítica. Contrariamente al escepticismo europeo, la esperanza imperante en América Latina, reflejaba una situación en la que aparecía con claridad la relación inmediata

(13) Reyes Echandía, Alfonso, Criminología, Temis, Bogotá, 1991, págs. 289-290.

(14) Sandoval Huertas, Emilio, La violencia de contenido criminológico, Tesis de magíster, Universidad Externado de Colombia, 1979, págs. 13-16.

(15) Reyes Echandía, ob.cit., pág. 291.

(16) Baratta, Alessandro, Discurso de inauguración, Criminología Crítica, Primer Seminario, Universidad de Medellín, 1984.

(17) Perea de Andrade, Vera Resina, "A criminología crítica na América Latina e no Brasil en busca da utopía adormecida", Revista de Derecho Penal y Criminología, La ley, año IV, n° 10, noviembre de 2014, Buenos Aires, págs. 58 y ss.

entre violencia del sistema penal y violencia estructural, una situación en la cual la frontera de la lucha entre dominantes y dominados se hacía más evidente (18).

2. Aproximación a otra criminología tercumerundista

La criminología crítica tercumerundista que aparece en los años '70 y '80 en Latinoamérica no distaba demasiado de la criminología africana de la misma época pues tanto una como otra tuvieron el mismo hilo conductor: la dominación y la violencia.

Debemos admitir, no obstante, la escasa divulgación que tuvo entre nosotros otro saber que no fuera el proveniente de los países centrales (19). En el caso de África, esta dificultad se debió a la propagación de aquella idea hegeliana que indicaba que este continente no tenía historia, por lo cual era innecesario referirse a él (20). Hegel decía que África propiamente dicha permaneció cerrada a todas las relaciones con el resto del mundo; ella era la tierra del oro y descansaba sobre sí misma, la tierra de la infancia, oculta en la oscuridad de la noche lejos del día de la historia consciente de sí misma (21).

(18) Baratta, Alessandro, Discurso de agradecimiento por su condecoración por parte de la Universidad de Medellín, en Criminología crítica, ob.cit., pág. 228.

(19) Con fines intelectuales creemos que no es conveniente olvidar el pensamiento de uno de los fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal (actual AIDP) sobre el continente africano. El jurista belga Adolphe Prins entendía que la colonia del Rey Leopoldo en el Congo podía servir para deportar a los vagabundos -delincuentes en potencia- en una suerte de control social de los excluidos (ver Prins, Adolphe, La defensa social y las transformaciones del derecho penal, Ediar, Buenos Aires, 2010).

(20) Entre nosotros, a principios del siglo XX, se la expusieron de este modo: "El africano posee realmente una capacidad de pensamiento y de trabajo que la europea? Ello es evidente; el negro no ha inventado el telégrafo ni el ferrocarril, no es artista ni creador, no es empresario perseverante... Y no se necesita gran perspicacia para entenderlo así, dado que, hasta hoy, en ningún clima y bajo ningún gobierno, ha prestado a la humanidad servicio de clase intelectual y directora" (ver Burge, Carlos Octavio, Nuestra América (Ensayo de Psicología Social), Casa Vaccaro, Buenos Aires, 1918, pág. 136).

(21) Sobre este prejuicio véase Pauline Denise, Las civilizaciones africanas, Eudeba, Buenos Aires, 1962.

Más allá de esto, creemos que es conveniente revisar al menos en criminología, la regla según la cual el pensamiento de occidente, al que podemos llamar del norte o central, es por lo general la única fuente inagotable de conocimiento universal y el único lugar en donde emana un saber genuino. Suele considerarse a todo aquello que no es occidente, como por ejemplo, el mundo antiguo, el oriente, el mundo primitivo, el tercer mundo, el mundo en vías de desarrollo, como un lugar de sabiduría pueblerina, de tradiciones antiguas, de hábitos y de significaciones exóticas y, sobre todo, una fuente de datos sin procesar. Estos otros mundos han servido y sirven de base a los teóricos del norte para iluminar con sus teorías y verdades trascendentes con las que nos imponen su saber pero desconocen por completo el saber propio o auténtico que se desarrolla en el sur (22).

a. La etnocriminología en África negra.

Después de la segunda guerra mundial y como consecuencia de la política de descolonización, existió un renovado interés en África respecto a la situación de los llamados "indígenas". A partir de ese momento, desde la antropología (23), se comenzaron a realizar algunas investigaciones teniendo en cuenta las realidades sociales complejas y conflictivas de esos pueblos, haciendo especialmente hincapié en el fenómeno de la colonización y la dependencia (24).

(22) Sobre ello, Comaroff, Jean-Comaroff, John, Teoría desde el sur o cómo los países centrales evolucionan hacia África, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.

(23) Los estudios pioneros fueron los de Georges Baudouin, Sociologie des Brazzavilles noires, A. Colin, Paris, 1955; Sociologie actuelle de l'Afrique noire, Presses Universitaires de France, Paris, 1955. También puede verse, del mismo autor, Áfrique ambiguë, Plon, París, 1963; existe traducción castellana: África ambigua, Editorial Sur, Buenos Aires, 1964.

(24) La revolución, los desdoramientos sociales y políticos, la guerra y el genocidio, desparieron la inquietud de los intelectuales humanistas preocupados en defender los derechos humanos incluso fuera de Europa. Hacía los años 70-se decía- que los antropólogos deberían tener una mayor influencia sobre los jefes políticos humanos en los países subdesarrollados en los que podían ejercer su labor para desmitificar la situación social del país y aunar fuerzas para combatir la explotación colonial. Así, la antropología debía operar una revolución en tres niveles: el objeto, en el campo de estudio y en la teoría. La nueva antropología no debía analizar a las sociedades primitivas en vías de desaparición sino a las sociedades en pleno cambio o mu-

Para entender estas realidades complejas era necesario hacer un análisis histórico completo de las sociedades primitivas y los cambios sociales que se habían producido con la colonización. En primer lugar, los que habían tenido lugar con el contacto entre los invasores blancos y los africanos, es decir, haciendo hincapié en la resistencia de estos últimos a las leyes impuestas por los colonizadores a las comunidades independientes y el uso de la fuerza física de estos para vencer aquella resistencia; en segundo lugar, el período en que una parte de la población africana, lejos de su sociedad tradicional, adquirió las técnicas y formas sociales del grupo dominante y, por último, el período de resistencia al poder colonial y que llevó a la libertad nacional de los países africanos (25). Podríamos agregar, también, las dictaduras que azotaron el continente luego de las independencias (26) y actualmente al colonialismo financiero.

La colonización había implantado en África negra sistemas jurídicos modernos que se habían superpuesto a mecanismos tradicionales de regulación de los conflictos. La criminología tradicional había hecho abstracción de este dualismo, lo que había impedido descubrir los aspectos criminológicos propios de la sociedad africana. Para poder entender este fenómeno, era necesario apelar a una criminología que tuviera en cuenta a la vez la supervivencia de estos circuitos ancestrales y los que aparecieron como otras formas de control social. A esta criminología se la llamó etnocriminología (27) aunque se la debía

tacitar; las investigaciones tendrían que ser colectivas y no individuales y el compromiso político del investigador debía servir a la construcción de la teoría (Copans, Jean, Critiques et politiques de l'anthropologie, François Maspero, París, 1974, págs. 116-120).

(25) Magubane, Bernard, "Un regard critique sur les critères utilisés dans l'étude des changements sociaux en Afrique coloniale", en Anthropologie et Impérialisme, textos elegidos y presentados por Jean Copans, François Maspero, París, 1975.

(26) Citamos, a título de ejemplo, la dictadura de Mobutu que se inició con el asesinato de Lumumba en 1960 en la República Democrática del Congo; el encarcelamiento de Modibo Keita tras un golpe de Estado en 1961 y que da origen a la dictadura de Moussa Traoré en la República de Malí. (27) Seguimos en todo la obra fundamental de la época: Brillon, Yves, Etnocriminología de África negra, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1980. Este texto fue el corolario del encuentro entre criminólogos

pensar en un sentido más amplio como formando parte de una sociología del desarrollo o de una sociología de las mutaciones (28).

La etnocriminología permitía dejar de lado el etnocentrismo europeo que tendía a demostrar que el fenómeno criminal era siempre el resultante de los mismos factores. Pero para evitar ese reduccionismo, se debía recurrir a quienes estudiaban de cerca las entidades étnicas y que reconocían en esos grupos un derecho a la diferencia.

El criminólogo tradicional no tenía las herramientas para analizar las conductas desviadas ni las conductas criminales en países africanos. En primer lugar, porque fijaba su atención preferentemente en las zonas urbanas en donde se presumía que se concentraban las "verdaderas conductas criminales" o sea, aquella que se asemejaban a las naciones industrializadas. En segundo lugar, porque por su formación estaba más inclinado a adoptar un discurso macro-sociológico que difería de aquél micro-sociológico propio de los etnólogos, lo que lo hacía generalizar las observaciones y ocultar las características propias de los grupos tribales. Por esas razones, un enfoque antropológico y criminológico, debían ser complementarios (29).

La justicia comunitaria pre-colonial se caracterizaba por buscar en primer lugar la reparación del daño y la anulación del sentimiento de odio y venganza que el crimen o el delito habían

europeos y africanos que, bajo el impulso del Centro Internacional de Criminología Comparada de la Universidad de Montreal -dirigido en ese entonces por Denis Szabó-, concluyó con un protocolo de cooperación e investigación con el Instituto de Criminología de Abidjan, en Costa de Marfil. Este Instituto de criminología, único en África Occidental, organizó durante tres años de 1972 a 1975 distintos coloquios con representantes de Senegal, de Níger, de Nigeria, del Alto Volta (Burkina Faso), de Camerún, de Zaire (República Democrática del Congo), de Gana, de Togo, de Mali y de Dahomey (Benín). Los temas abordados durante esos coloquios fueron: a) Las necesidades y perspectivas en materia de prevención del crimen y del tratamiento del delincuente en África occidental (1972); b) La criminalidad real, aparente y legal en África occidental (1973); c) Prevención del crimen y planificación (1974) y d) Justicia moderna y justicia tradicional en África occidental (1975).

(28) Tal como lo había definido Georges Balandier (Cr Brillon, Yves, *Ethnocriminologie de l'Afrique noire*, ob.cit., pág.15).

(29) Brillon Yves, *Ethnocriminologie de l'Afrique noire*, ob.cit., pág.20-21.

desencadenado entre las familias afectadas. Las partes en cuestión buscaban una solución, un compromiso, equitativo y rápido, una satisfacción compensatoria que asegurara a la víctima una reparación. Y esta reparación, permitía reconciliar las familias antagonistas. La idea de infligir un castigo sin tener en cuenta la indemnización de la parte lesionada era completamente extraña al derecho comunitario (30).

Por el contrario, la justicia basada sobre el castigo del culpable que fue importada por la colonización no tomaba en cuenta a la víctima durante el proceso. Este nuevo sistema jurídico, que encerraba en una prisión al culpable de un crimen o de un delito, en lugar de apaciguar el sentimiento de venganza entre las familias podía atizarlo ya que la familia del culpable perdía a uno de ellos pudiendo convertirse a la vez en víctimas e incluso podía provocar en la familia de quien demandaba la prisión el rechazo por parte del grupo social que veía en esa forma de justicia una traición a los miembros de la comunidad (31).

Las normas sociales tradicionales. La dificultad de conocer las normas sociales tradicionales en África precolonial se debe al carácter no escrito de las mismas. Sin perjuicio de ello, los referentes de tribus o grupos étnicos siempre fueron los garantes de su transmisión y aseguraron su interpretación auténtica. Dentro de esta normatividad podemos distinguir las creencias populares y las normas de carácter fundamental.

Las creencias populares. Si bien nos resulta imposible recrear las distintas concepciones o creencias religiosas presentes en ese continente, parece encontrarse en toda África la noción de fuerza vital, que no se limita a los seres vivos sino que se extiende a los difuntos y a la naturaleza (32). Esta fuerza vital sería el sinónimo del ser, es decir, lo que tendrían de común entre sí todos estos entes o entidades. Este elemento aparece como el más preciado, el valor supremo. En este contexto, los actos susceptibles de favorecer la vida, conservarla, protegerla y de este modo aumentar el potencial

(30) Brillon Yves, *Ethnocriminologie de l'Afrique noire*, ob.cit., pág.15.

(31) Brillon Yves, *Ethnocriminologie de l'Afrique noire*, ibidem.

(32) Deschamps, Hubert, *Las religiones del África negra*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág.11.

vital de la comunidad y de sus integrantes serían positivos. Por el contrario, los actos que dañen la vida, la propiedad de una persona o de un grupo de personas o cualquier otro que afecte al individuo o a la colectividad, serían negativos.

Las normas fundamentales. En las sociedades tradicionales existen personas que están investidas de un poder sobrenatural que les permite interactuar con las fuerzas naturales. Los ancianos del grupo social; los adivinos y brujos, los gemelos, los jefes políticos revisten esta categoría y ejercen un derecho por sobre los demás en el seno de la comunidad. En el ámbito judicial todas las instancias son presididas por alguno de estos y cumplen el rol de "juez" cuando resuelven conflictos entre miembros de un mismo grupo social o el rol de "abogados" cuando se tratan de resolver los litigios con miembros de otros grupos (33).

En efecto, en los diferentes niveles de la vida comunitaria el mantenimiento de la paz social siempre fue un objetivo de importancia capital en las sociedades de África pre-colonial: la armonía social implicaba la sobrevivencia del grupo. Es por ello que todo concepto que marcará una estigmatización rigurosa entre personas de un mismo grupo social era considerado como sumamente riesgoso. De este modo una diferencia radical entre "normales" y "desviados", entre "buenos y malos", entre "vencedores y vencidos" podía ser a menudo fuente de rencores, de deseos de venganza o de nuevos conflictos (34).

Uno de los corolarios de esta concepción de vida fue la exigencia imperativa de la conciliación como modo de regular los conflictos, la cual era facilitada por la reparación del daño causado a la víctima. Todo conflicto, cualquiera fuere la causa o el origen, daba lugar a la conciliación para mantener las relaciones pacíficas en el seno de la comunidad. Todo acto susceptible de reforzar

(33) Sobre ello, refiriéndose a la República Democrática del Congo: Kienye-Kienye Intudi, Raoul, *Le contrôle policier de la délinquance des jeunes à Kinshasa*, Editions Kazi, Bruselas, 2011, págs. 60 y ss.

(34) La expulsión de un individuo de su grupo, como sanción de la violación de las normas esenciales, sólo era decidida como último recurso y con el fin de preservar el grupo de todo peligro, especialmente la disgregación social o las catástrofes que expresaban la cólera de los ancestros (Kienye-Kienye Intudi, Raoul, *Le contrôle policier de la délinquance des jeunes à Kinshasa*, ob.cit., pág.62).

(35) Adherimos sin reservas a la tesis del Profesor argelino Alejandro Alagia según la cual existieron, y existirán sociedades sin castigo (ver en extenso su obra, Hacer sufrir, Ediar, Buenos Aires, 2013).

la fuerza vital era justo mientras que aquél que la debilitaba o disminuía era considerado injusto. El mal sufrido por una infracción era ante todo un atentado a la fuerza vital y la reparación tenía la función de restablecerla (35).

El proceso penal no consistía en determinar la regla abstracta aplicable a un conflicto y en señalar a un vencedor y a un vencido. Por el contrario, la concepción de la justicia en África precolonial podía ser considerada como "horizontal" pues era pronunciada por los miembros del grupo pero utilizando todos los medios para llegar a una solución que reconcilie a las partes y de este modo preservar la cohesión de la comunidad (36).

b. *La ley penal del "otro"* (37)

En África negra la colonización representó un catáclismo, una desfiguración cultural que vino a romper con las cosmogonías primitivas y a erosionar los equilibrios de las sociedades tradicionales. La introducción de una economía de tipo monetaria, la implantación de industrias y la importación de nuevas tecnologías que representaban la civilización occidental produjo cambios radicales en los distintos grupos étnicos.

El colonialismo produjo el contacto entre sociedades capitalistas, altamente industrializadas y con una ideología individualista, con sociedades de tipo colectivista, exclusivamente agrícolas, a lo que se sumó la concentración urbana en algunas ciudades.

Los colonizadores convencidos de la superioridad de su cultura y el aspecto civilizador de su misión acudieron al derecho como un instrumento de progreso que debía servir a facilitar la unión política y el desarrollo económico en los países africanos (38).

(35) Adherimos sin reservas a la tesis del Profesor argelino Alejandro Alagia según la cual existieron, y existirán sociedades sin castigo (ver en extenso su obra, Hacer sufrir, Ediar, Buenos Aires, 2013).

(36) Kienye-Kienye Intudi, Raoul, *Le contrôle policier de la délinquance des jeunes à Kinshasa*, ob.cit., pág.68-70.

(37) Utilizamos la expresión de nuestro colega Raoul Kienye-Kienye Intudi, profesor de criminología de la Universidad Nacional de Kinshasa, República Democrática del Congo.

(38) Brillon Yves, *Ethnocriminologie de l'Afrique noire*, ob.cit., pág.58.

A fin de asegurar el "orden colonial" las reglas jurídicas y los sistemas penales de las metrópolis fueron instauradas en principio sólo respecto de los colonos, comerciantes, misionarios y administradores. Hubo, desde un comienzo, una coexistencia de dos tipos de derecho según el principio "ratione personae", es decir, una jurisdicción basada sobre una diferencia de status: uno para los africanos (derecho comunitario), otro para los europeos y para los considerados "asimilados" (39).

Ahora bien, este dualismo no fue incondicional. Si bien los tribunales indígenas podían aplicar el derecho comunitario éste no podía ir en contra de la "justicia natural y de la moral" (40).

Conforme a ello, los países africanos fueron puestos en situación de dependencia en relación a las autoridades coloniales. Los derechos de los autóctonos cesaron de ser derechos autónomos, es decir, creados únicamente por africanos y para africanos que evolucionaba según sus necesidades. En los hechos, el poder de legislar fue monopolio de los colonizadores.

Hasta 1940, en la colonia belga y hasta en 1946, en las colonias francesas, los regímenes penales presentaban este dualismo jurídico que distinguía entre europeos o negros asimilados a indígenas. En los hechos, el derecho penal africano fue poco aplicado porque la mayoría de las administraciones que juzgaban los autóctonos ignoraban el derecho comunitario y aplicaban las sanciones de acuerdo a los códigos europeos.

Desde la década del '40 entonces se generalizó la aplicación de los códigos penales europeos a todos los habitantes de las colonias africanas. Algunas disposiciones en particular establecieron la represión de la magia y la charlatanería, la compraventa de huesos humanos, el canibalismo, las ordeñas, la estafa de la dote, etc. Sin embargo,

(39) La teoría de la asimilación de los pueblos colonizados tuvo su origen en el libro de referencias sobre la colonización francesa: Leroy Beaulieu, Paul, De la colonisation chez les peuples modernes, Guillaumin et c. Libraires, París, 1874.

(40) Sobre ello, Beullon, Charlotte, "Nouvelles perspectives sur le droit judiciaire du Congo belge et les acteurs de la justice criminale: la procédure d'assimilation des jugements indigènes", en Droit et Justice en Afrique coloniale, Université Saint Louis, Bruselas, 2013, págs. 143-164.

estas acciones legislativas unilaterales no tuvieron ningún consenso en la población local por lo que las prohibiciones quedaron disociadas de las prácticas y de las concepciones de las comunidades africanas.

Cuando los países africanos lograron su independencia, los gobiernos locales elaboraron códigos penales inspirándose en la legislación colonial. Se produjo, asimismo, una aceleración de la política de implantación de una justicia "moderna" con la construcción de tribunales, se multiplicó en las ciudades la presencia policial y las brigadas de gendarmería. No obstante ello, el código penal en África estaba lejos de representar la expresión de los valores sociales establecidos y sirvió, por el contrario, como herramienta de dominación. Este instrumento tuvo por objeto la transformación de las costumbres y las tradiciones y fue el reflejo de la voluntad de una élite para imponer normas diferentes a una mayoría considerada como no evolucionada socialmente (41).

La historia de las ex-colonias europeas es más conocida: golpes de estado, guerras civiles y leyes de excepción.

3. La criminología terciermundista en jardines arrasados

La distinción efectuada hacia los años 70 y 80 entre una criminología propia de los países centrales frente a una criminología emergente de países periféricos o marginales, reviste aun actualidad, aunque quizás corresponda decir que en los países del norte se sigue formulando una criminología que analiza el poder punitivo en estados con jardines ordenados mientras que la criminología del sur reflexiona el poder punitivo en jardines arrasados (42).

Cuarenta años más tarde las criminologías terciermundistas deben responder a otras preocupaciones siempre inquietantes, pero no obstante ello no dejan de tener un mismo hilo conductor: la violencia y la dominación.

La violencia en nuestros continentes ha adquirido diversas configuraciones a lo largo de estos

(41) Brillot Yves, Ethnocriminologie de l'Afrique noire, ob.cit., págs. 61-63.

(42) Zaffaroni, E. Raúl, La palabra de los muertos, ob.cit., págs. 4.

últimos cuarenta años. Mientras que en muchos países africanos las guerras civiles siguen produciendo muertes masivas, en América Latina la violencia política parece haber disminuido al consolidarse los procesos democráticos. Sin embargo, la violencia letal, fuera de hipótesis bélicas, alcanza números realmente preocupantes en Latinoamérica, lo que la coloca como el continente más violento del mundo, desplazando incluso al continente africano.

En África el fenómeno de la brujería aparece o reaparece con fuerza en este inicio del siglo XXI (43). La brujería es percibida como una de las principales causas del malestar individual y del infortunio personal contra los cuales conviene protegerse por todos los medios posibles.

La originalidad que reviste la violencia de la brujería en otras formas de violencia social reside en que tiene a menudo como punto de partida una interpretación paranoica en un contexto de precariedad y de tensión sobre los recursos económicos. Pero esta amenaza no representa tan sólo un sentimiento sino que es el arma favorita del abuso de poder en el contexto de relaciones sociales desiguales. La amenaza sirve a quien detenta la autoridad para perpetuar la dominación y obtener la sumisión deseada. Por lo general, las víctimas de esta persecución son las categorías sociales más vulnerables: los pobres y los enfermos, en definitiva, aquellos que presentan algún signo de debilidad (44).

Los chivos expiatorios del siglo XXI en el sur tienen particularidades propias pero rasgos comunes. Tanto en el continente africano como en América Latina las víctimas de la violencia resultan ser en su mayoría la población más joven y más pobre.

Hace algunos años en algunos países africanos el abandono de jóvenes en las calles acusados de brujería alcanzó cifras exponentiales. Este fenómeno parece haber disminuido en algunos lugares aunque los mismos jóvenes pobres siguen siendo

(43) Fundamentalmente en República Centroafricana, Gabón, Camerún, República del Congo, Malí, República Democrática del Congo (ver, Rusay Eric (dir.), Justice et sorcellerie, Karthala, París, 2006).

(44) Martiniello Bruno-Bouju Jaky (dir.), "La violence de la sorcellerie dans l'Afrique contemporaine", en Sorcellerie et violence en Afrique, Karthala, París, 2012, págs. 7-28.

el objeto de violencia institucional (45) mediante ejecuciones sumarias. La respuesta penal estatal responde a la demanda incansante de mayor seguridad instalada desde los medios masivos de comunicación. La violencia policial en el Congo no difiere esencialmente de la de Brasil (46).

En contexto latinoamericano son también los jóvenes de barrios precarios sometidos como una amenaza y designados como los únicos responsables de la violencia urbana, a quienes es necesario controlar o eliminar, es decir, cárcel o muerte.

Ha de advertirse que esta situación parece no ser casual, pues asistimos a otra forma de dominación en los países del sur.

La dominación mediática que ejercen grupos concentrados de poder económico con claro diseño político: reafirmar un modelo de sociedad en la que sólo quedan incluidos unos pocos y se excluya al resto controlándolo para que no moleste (47).

La criminología del tercer mundo debe enfrentarse a una nueva criminología de tipo publicitario que intenta a través de corporaciones financieras mediáticas promover nuevos estados gendarmes y mantener mediante la represión a la población excluida del sistema (48): los jóvenes pobres son su carne de cañón (49).

(45) Sobre ello, Klenge-Klenge Intudi, "La Justice pénale et la gestion de la violence urbaine des jeunes en contexte de porosité frontalière en Afrique centrale (République Démocratique du Congo, République d'Angola, République du Congo)", en Revue Internationale de Criminologie y de police técnica y científica, Bruselas, 2014. Asimismo, del mismo autor, "La réforme du système pénitentiaire congolais dans un contexte de crise", artículo inédito.

(46) Malaguti, Vera, O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história, Revan, Rio de Janeiro, 2033. Asimismo, Vera Malaguti (org), Paz armada, Instituto Carioca de Criminología, Revan, Rio de Janeiro, 2012; Batista Nilo, "Abaí ha tempo de sair as forças armadas da clássica militarização da segurança pública", en Paz Armada, ob. cit.

(47) Sobre ello, en extenso, Zaffaroni E. Raúl, La Palabra de los muertos, ob.cit.

(48) Zaffaroni, E. Raúl, La Palabra de los muertos, ob.cit., págs. 5.

(49) Los números de muertos entre la población más joven son aterradoras en Brasil, en Venezuela, en México, en Honduras, en Guatemala, en El Salvador pero también

Pero la perversión que alcanza el juego público no se detiene en señalar a un grupo social como chivo expiatorio para que intervenga el aparato represivo sino que va aún más lejos y atañe a las víctimas.

Los medios masivos de comunicación distinguen a las víctimas según su pertenencia a un estrato social: existen víctimas de primera y víctimas de segunda clase (50). Las imágenes televisivas –el instrumento más eficaz para esta empresa– jerarquizan a las víctimas de hechos delictivos, algunas se muestran, otras se ocultan, algunas valen más y otras valen menos. Es frecuente ver entonces en imágenes solo como víctimas aquellas que tienen algún interés comunicacional para señalar al chivo expiatorio pobre que es, en suma, quien importa.

en la República Democrática del Congo, en la República del Congo, en República Centroafricana alcanzando cifras de dos dígitos o casi tres por cien mil habitantes (Informe global de Homicidios 2013, Oficina de la ONU contra la droga y el delito, UNODC).

(50) Sobre ello, Zaffaroni, E. Raúl, La palabra de los muertos, ob.cit.; Anívar de Castro-Rodrigo Codina, Manual de criminología sociopolítica, ob.cit.

En definitiva, estamos asistiendo a una especie de fascismo societario (51) en el sentido en que se impulsa a que grandes segmentos de la población sean rechazados, excluidos o eliminados.

El panorama desolador que presentamos requiere un esfuerzo conjunto de las criminologías del tercer mundo, pero para ello, los latinoamericanos necesitamos unirnos con nuestros colegas africanos en una comunidad de problemas y experiencias (52). En el sur, el desafío sigue siendo el mismo de siempre y consiste en disminuir la violencia y luchar contra la dominación. ♦

(51) Bosaventura de Sousa Santos, Una epistemología del Sur, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, pag.226. Este autor distingue el fascismo político al fascismo societario: "a diferencia del fascismo político, el fascismo societario es pluralista, coexiste con facilidad con el estado democrático y su tiempo-espacio preferido; en vez de ser nacional, es a la vez local y global".

(52) Son muy importantes a esta finalidad conocer los trabajos sobre criminología que se llevan a cabo actualmente en la Escuela de Criminología de Lubumbashi (RDC), recientemente publicados. Digneufre Françoise-Lufunda, Kaumba (Dir.), Criminologie et droits humains en République Démocratique du Congo, Larcier, Bruselas, 2008.

PROCESAL PENAL