

## ACERCA DE LA CIFRA NEGRA DE LA CRIMINALIDAD OCULTA \*

RAUL CERVINI

1. Introducción — 2. Cifra negra como pauta decriminalizadora — 3. Investigaciones en el campo de la cifra negra — 4. Evaluación y conclusiones.

### 1. Introducción

Es considerable la confusión que tradicionalmente ha existido sobre algunos conceptos básicos empleados en el campo de la investigación de la criminalidad oculta. Ello puede atribuirse — entre otras causas — a que históricamente, gran parte de los que estudiaban el tema analizaban las cifras sin desentrañar su real significación, sin valorar la dañosidad social implicada en cada caso de impunidad latente o manifiesta.

A partir de los años 60 la política criminal, redescubierta en Europa, debido a la crisis de la dogmática y por la urgente necesidad de encontrar soluciones nuevas a problemas viejos y, sobre todo, a problemas nuevos de la sociedad contemporánea, se convirtió en la fuerza impulsora de un gran movimiento internacional de reforma del derecho penal.

Gracias al impulso de ese “espíritu de la reforma” se va delineando el sentido y alcance de las diferentes manifestaciones de la criminalidad oculta. En ese contexto renovador la existencia de las llamadas cifras “negra” y “dorada” de la criminalidad denuncian disfunciones del sistema de distinto tipo y reclaman, también, soluciones diferentes.

A través de esta exposición procuraremos poner de manifiesto la natural relación existente entre ciertas formas de delincuencia oculta, de poca dañosidad social, incluidas dentro de la “cifra negra” de la criminalidad y un conveniente criterio decriminalizador.

Por cierto que eso no es nuestra posición, como lo hemos expresado en un trabajo anterior, respecto a esas otras categorías de análisis de la criminalidad oculta (estas sí de gran nocividad social), vinculadas al ejercicio abusivo del poder político, la fortaleza económica e incluso a la especialización

(\*) Originalmente publicado en el n. 3 de la Revista de Direito da Defensoría Pública del Estado de Rio de Janeiro, 1989. Forma parte del trabajo de tesis que prepara el autor sobre *Descriminalización y depenalización*.

profesional (cuya manifestación más relevante es el dominio funcional u operativo de los medios tecnológicos), conocidas como "cifra dorada" de la criminalidad.<sup>1</sup>

Sucede que bien entendidas las tendencias de decriminalización y criminalización, como enseñaba Barbero Santos<sup>2</sup> deben hacerse operar simultáneamente como instrumentos de un mismo e imprescindible proceso renovador del derecho penal. En tal sentido, se debe proceder a descriminalizar en forma paulatina los "delitos de relleno" y, al mismo tiempo criminalizar cuando no existe ningún otro recurso para la comunidad (ultima ratio), aquellas conductas de grupos privilegiados de auténtica nocividad social, que han quedado fuera del primer filtro, es decir, del primer nivel de selección abstracta normativa y, en todo caso, previa evaluación de los costos individuales y sociales de estas nuevas normas incriminadoras.

## 2. Cifra negra como pauta decriminalizadora

Como corolario natural del principio decriminalizador del respeto a las autonomías culturales, se ha señalado que una prohibición no debe incluirse en una ley penal si no es posible ponerla en vigor, o más precisamente, si sólo un pequeño porcentaje de infractores es captado por el sistema penal.<sup>3</sup>

(1) Raúl Cervini, "Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado", Revista Doctrina Penal, n. 40, octubre-diciembre. Año 10. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 689 y ss.

A través del juego muchas veces combinado de estos actores de poder, se filtran del sistema penal hechos gravemente perjudiciales para la comunidad nacional e internacional, que no son incriminados por las normas penales y otros comportamientos teóricamente susceptibles de penalización que no son generalmente perseguidos jurídicamente, o por lo menos no lo son con la eficacia que la comunidad aspira. Nos limitaremos a señalar que los casos más notorios de delincuencia dorada pueden categorizarse de manera esquemática de acuerdo a la variable prevalente en cada hipótesis, y sin desconocer que muchas veces la realidad exhibe un resultado final de inmunidad que es producto de la interacción de varios factores. De acuerdo a ello, entre las expresiones de criminalidad dorada vinculadas al ejercicio abusivo del poder político y al terrorismo, encontramos las formas de corrupción y colusión político-económica: la utilización abusiva de privilegios e inmunidades, las prácticas que afectan el derecho a la privacidad, los actos atentatorios contra la cultura, los de terrorismo de Estado, etc.

Dentro del elenco de las expresiones más notorias de criminalidad dorada vinculadas al ejercicio abusivo del poder económico, pueden señalarse: la criminalidad ecológica, la criminalidad social, y las variadas formas de delincuencia económica nacional e internacional que no pasan por el sistema penal.

Son de destacar entre aquellas vinculadas al ejercicio abusivo de la especialización profesional y al dominio funcional-operativo de los medios tecnológicos: la criminalidad por abuso a las formas jurídicas, la criminalidad realizada por medio de instrumentos de alta tecnología diferentes a los ordenadores convencionales y la delincuencia a través de sistemas computarizados.

(2) Marino Barbero Santos, "La defensa social, treinta años después", Revista Doctrina Penal, n. 8, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 212.

(3) Nigel Walker, "La técnica de sentenciar en una sociedad racional". Editorial Monte Avila, Caracas, Venezuela, 1969, p. 48.

Surge inmediatamente la cuestión: ¿hasta qué punto debe ser pequeño el porcentaje?, lo cual es prácticamente imposible de responder con precisión y muy difícil de responder siquiera vagamente mientras no se haya respondido la cuestión más fundamental: ¿por qué es la inaplicabilidad relativa un argumento decriminalizador?

Desde la perspectiva de la mínima intervención se señala que la existencia de esa "cifra negra", a la que Aniyar de Castro define como la diferencia que existe entre la criminalidad real (cantidad de delitos cometidos en un tiempo y lugar dados) y la criminalidad aparente (criminalidad conocida por los órganos de control),<sup>4</sup> denuncia respecto de algunos delitos un porcentaje de inaplicabilidad probadamente sustancial y en algunos casos prácticamente absoluto, que debilita la credibilidad de todo el sistema penal.

A esto contestan algunos autores, fundamentalmente vinculados al llamado "nuevo realismo americano" que en la historia de todo Código Penal se observan innumerables ejemplos de prohibiciones, que se ha permitido se tornaran obsoletas, sin que haya evidencia de que esto haya debilitado el respeto por las partes operativas del Código. Además, agregan otro argumento en favor de retener, o incluso de insertar, prohibiciones no aplicables al señalar que la ley influye sobre la conducta, no meramente porque la gente se siente disuadida por las posibles consecuencias de infringirla, sino, también porque se toma como una declaración de lo que la sociedad en cuestión mayoritariamente condena.<sup>5</sup>

La primera de esas aseveraciones, parte del dogma positivista de que todo lo que tiene forma de ley y está incorporado a un texto penal es ley penal. Entendemos, siguiendo a Zaffaroni<sup>6</sup> que la imprescindible efectividad de un texto penal sólo surgirá cuando todas sus normas sirvan al hombre para algo (valor significativo), de lo contrario, no estaremos ante un derecho penal antropológicamente fundado y esos textos serán fuente de permanentes tensiones sociales y conflictos.

Por otra parte, la respuesta al segundo argumento es de principio y surge de una compleja evaluación crítica, que arranca en el mismo proceso de criminalización de conductas culturalmente aceptadas y se continúa a otro nivel, con el análisis de la ejecución de las normas, especialmente del estudio de la formación del estereotipo del delincuente y de la llamada distribución diferencial de la inmunidad, que más adelante examinaremos. Pero desde ya adelantamos, que nos sentimos inclinados a pensar que si aquellos que son juzgados por un delito dado son considerados por sus conciudadanos como una pequeña y desafortunada selección de los que han cometido el mismo delito, el público considerará su enjuiciamiento como injusto y ese sentimiento colectivo ciertamente hará perder reputación a todo el sistema. Que tal sentimiento bien podría ser irracional — especialmente si los infractores comprendieron que estaban corriendo el riesgo de ser juzgados — no impedirá que sea un sentimiento muy diseminado y disgregante.

<sup>4</sup> Lolita Aniyar de Castro. "Criminología de la reacción social", Instituto de Criminología, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1977, p. 81.

<sup>5</sup> Nigel Walker, ob. cit., p. 50 y ss.

<sup>6</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, "Manual de Derecho Penal", Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 4.ª edición, 1985, p. 302.

Dilucidados — al menos provisoriamente — estos puntos, nos abocaremos al análisis de esas formas de criminalidad oculta conocidas como “cifra negra”, cuya existencia se conecta, inequívocamente, a nuestro modo de ver, con una tesitura decriminalizadora.

### 3. Investigaciones en el campo de la cifra negra

A) Desde hace varios decenios, la atención de muchos criminólogos y observadores sociales se ha visto atraída por ese fenómeno llamado “la cifra negra” o “campo oscuro de la delincuencia”, aunque desde un enfoque que, como señala agudamente Hulsman,<sup>7</sup> no era específicamente crítico del sistema en sí.

La criminología empírica remarcaba como una anomalía, en efecto, que un buen número de infracciones penales, variable según su naturaleza, no fuera conocido “oficialmente” ni detectado por el sistema y, por lo tanto tampoco perseguido.

Nos recuerda Hassemmer<sup>8</sup> que el primer intento de la criminología clásica de diluir las implicancias derivadas de la existencia de las cifras oscuras, fue a través de la tesis sobre la “diferencia constante” entre la delincuencia real y la que llega a ser conocida: la criminalidad real y la conocida, las cuales se encuentran siempre en la misma proporción una respecto a la otra. Con esta tesis la existencia de las cifras oscuras no podría inquietar lo más mínimo a la criminología tradicional, pues sus relaciones y estimaciones básicas resultarían correctas, incluso aunque la delincuencia conocida fuera cuantitativamente menor que la realmente existente. Sin embargo, se trataba de una concepción estática que partía de premisas falsas pues, o bien desconocía el fenómeno del cambio social, o bien que dicho cambio social influía sobre la criminalidad, reciclando, dinámicamente, sus diferentes instancias.

En los últimos años, desde otra perspectiva y con otro rigor científico, su existencia provoca diversas interrogantes que van mucho más allá de las insuficiencias de los dispositivos policiales de detección y control o de la ineficiencia de ciertas técnicas criminalísticas, involucrando al funcionamiento de todos los segmentos del sistema penal.

Se puede afirmar que uno de los ataques más certeros a la criminología tradicional, de corte positivista, se ha centrado justamente en el hecho de que sus estudios estaban dirigidos al examen de poblaciones de reclusos como índice significativamente representativo de la delincuencia real de la sociedad, y basados fundamentalmente en las estadísticas oficiales.

<sup>(7)</sup> Louk Hulsman, “La perspectiva abolicionista en Derecho Penal y criminalología”, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad del Externado de Colombia, Volumen VIII, n. 25, Bogotá, D.E. Colombia, enero-abril 1985, p. 89 y ss.; y Louk Hulsman y J. Bernart de Celis, “Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa”, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1984, p. 53 y ss.

<sup>(8)</sup> Winfried Hassemmer, “Fundamentos de derecho penal”, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 75.

Históricamente, la criminología positivista se concentró en la ilusoria tarea de encontrar caracteres diferenciales que pudieran explicar el delito a través del delincuente “fichado”, descuidando lo que hoy en día vemos como evidente, o sea, el hecho de que las poblaciones carcelarias no son un índice significativo en relación a la proporción real de delincuentes de una sociedad, puesto que si bien muchos individuos cometen actos penados por la ley, en muchos casos no son detectados, o si lo son, en ocasiones se les da un tratamiento diferente.

Remarca Baratta que el sistema sólo puede reclutar una parte infinitesimal de su clientela potencial, y que precisamente los estudios sobre la “cifra oscura” de la criminalidad y sobre la propia organización de la justicia penal demuestran claramente que “el sistema sólo puede aplicar las sanciones penales previstas por la ley a un porcentaje de los reales infractores que, en un promedio relativo a todas las figuras delictivas, en las sociedades centrales, no es superior al uno por ciento”.<sup>9</sup>

Y todo ello, según el mismo autor, a causa de la inadecuación, del enorme desencuentro que existe en este sistema entre los programas de acción (proceso legislativo: criminalización primaria) y los recursos administrativos de los cuales el sistema dispone para implementar dichos programas (criminalización secundaria).

B) Evidentemente, si los estudios sobre delincuentes versan en su mayoría sobre las estadísticas oficiales realizadas en poblaciones de reclusos, tendremos una visión distorsionada e incompleta de las dimensiones reales del problema de la criminalidad en nuestras sociedades, porque ya no podemos cerrar los ojos al hecho de que la justicia es aplicada en forma diferencial, al punto de que, según Hassemer, los presos se encuentran en las instituciones penitenciarias no porque se conozca su condición real de delincuentes, sino en base a una imputación de tal condición fundada en una definición.<sup>10</sup> Y conforme a esto podemos preguntarnos, como lo hace la criminóloga venezolana Miriam Gicovate Postaloff,<sup>11</sup> ¿es que realmente los individuos que integran una población carcelaria son diferentes a los de la masa que no ha sido detectada, o que habiéndose detectado no ha sido procesada? Y llegados a ese punto, preguntamos también ¿cuáles son los caracteres que poseen aquellos individuos que son efectivamente detectados y procesados?

Se hace necesario entonces, recurrir a las nociones de estigma y estereotipo del delincuente, las cuales hacen hincapié en la existencia de una idea o ideas preconcebidas sobre cuál o cuáles son las características del delincuente, sobre cuya base se proyectan y dirigen inclusive las medidas y operaciones policiales.

<sup>(9)</sup> Alessandro Baratta, “Requisitos mínimos de respeto de los Derechos Humanos en la ley penal”, Revista Criminología y Derecho I, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, p. 7 y ss. En el mismo sentido ver: Alessandro Baratta, “Principio del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en Revista Doctrina Penal, n. 40, octubre-diciembre, Año 10, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 623 y ss.

<sup>(10)</sup> Winfried Hassemer, ob. cit., p. 75.

<sup>(11)</sup> Miriam Gicovate Postaloff, “Los procesos de decriminalización”, Imprenta de la Universidad Nacional de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, Venezuela, 1982, p. 55 y ss.

Precisamente, la tesis de Denis Chapman <sup>12</sup> se dirige a la desmistificación de las categorías de delincuentes. Su idea central es la de que el crimen es un fenómeno generalizado dentro de la sociedad, que no solamente los etiquetados como desviados o delincuentes quebrantan las leyes aunque las condenas se descargan sistemática e inexorablemente sobre ellos, mientras que otros miembros de la sociedad y ciertos grupos gozan de virtual impunidad.

Para este autor, no existe más diferencia entre los caratulados como delincuentes y no delincuentes que la condena o sea que, dos individuos pueden haber cometido delitos pero sólo el que es condenado va a ser considerado como tal. Esa "incidencia diferencial de la condena" se debe fundamentalmente a los procesos sociales que dividen la sociedad en clases criminales y clases no criminales, e incluso, al ambiente institucional protector en el cual pasan la mayor parte de sus vidas o en el cual pasan parte del tiempo o participan en algunas de sus actividades.<sup>13</sup>

Contemporáneamente, analizando las causas de la disfuncionalidad operativa del sistema, Arno Pilgram <sup>14</sup> manifiesta que el fenómeno de selección se produce a través de un proceso de filtración escalonado, ya que más allá del propio legislador, tanto los autores como las víctimas, los testigos, la Policía, los Fiscales y los Tribunales, operan en calidad de "filtros" determinantes en la elección de cuáles acontecimientos deben ser definidos como delitos y de cuáles personas deben ser calificadas como delincuentes, con todas las consecuencias que ello implica.<sup>15</sup>

- (12) Denis Chapman, "El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales. Estigmatización y conducta desviada", Recopilación de Rosa del Olmo, Maracaibo, Venezuela, Centro de Investigaciones Criminológicas, 1974, p. 169 y ss. Sobre el mismo punto ver: Sonia Navarro Solano, "Estigmatización, conducta desviada y victimización en una zona marginada", editado por Ilanud, San José, Costa Rica, 1983; y José Enrique Castillo Barrantes, "Becker y Chapman, criminólogos internacionalistas". El Interaccionismo simbólico en criminología visto en dos de sus representantes, editado por Ilanud, San José, Costa Rica, 1980.
- (13) Denis Chapman, "El estereotipo del delincuente...", ob. cit, ut supra, p. 170.
- (14) Arno Pilgram, "Kriminalität in Österreich Studien Zur Soziologie der Kriminalitätentwicklung", Viena, 1980, cit. por Eugenio Zafaroni en "Sistemas penales y derechos humanos en América Latina". (Primer Informe), Documentos y cuestionarios elaborados para el Seminario de San José, Costa Rica, 11 al 15 de julio de 1984, Buenos Aires, p. 140.
- (15) Desde un enfoque dogmático diferente M. Pavarini en: "Ricerca in tema de criminalità economica", "La questione criminale", 1975, pp. 537-545, ensaya una clasificación de las causas de impunidad en dos grandes categorías. En primer lugar se encuentran las causas de tipo legislativo que se refieren tanto a la estructura general del derecho punitivo burgués, como a la configuración de los tipos penales y a la propia naturaleza ideológica del derecho penal como instrumento de matriz clasista. En segundo lugar, señala la existencia de las causas relacionadas con la aplicación de la ley penal, que aluden tanto a las dificultades de criminalización primaria (cuando la norma incriminadora existe pero no es efectivamente aplicada), como a las de criminalización secundaria (cuando la norma incriminadora existe pero no es efectivamente aplicada), como a las de criminalización secundaria (cuando la norma penal es aplicada pero el condenado no es estigmatizado, es decir que no sufre la señalización social o jurídica como consecuencia de la pena). Winfried Hassemer, "Fundamentos del Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 76 y ss., refiere a una serie de factores que operan sistemáticamente:

Agrega con acierto el Profesor Zaffaroni, que si bien el Estado de Derecho requiere entre otras condiciones básicas el absoluto sometimiento de todos los habitantes a la ley, cualquiera sea la posición social que ocupen y la función que desempeñen; en la realidad se constata una desfiguración de ese Estado de Derecho que se obtiene fundamentalmente en el plano social mediante la creación, a través de los medios masivos de comunicación, de un estereotipo criminal integrado sobre la imagen de los sectores marginados y de la criminalidad convencional, ya que por diferentes vías se ocultan o disimulan los crímenes llamados “de cuello blanco”.

Diversas investigaciones especialmente en los Estados Unidos de América y Escandinavia, han puesto de manifiesto que el riesgo de ser aprehendido aumenta significativamente en razón inversa al estado socio-económico.<sup>16</sup>

Esto coincide con la forma en que se estructura la represión penal de ciertas manifestaciones delictivas privilegiadas; por ejemplo: la económica, que siempre excluye la criminalización, es decir, que no condiciona carreras criminales y que, por sobre todas las cosas, no tiene un efecto estigmatizante.

Se puede decir entonces, que el estigma actúa como un componente funcional al sistema social ya que al crearse los estereotipos se crean elementos simbólicos fácilmente manipulables. Así, el estereotipo del delincuente es que proviene del proletariado o del subproletariado, crece en condiciones económicas y afectivas reputadas como precarias que lo van determinando a ser un individuo adulto inestable, agresivo a la sociedad e incapaz de incorporarse a su proceso productivo. En definitiva, ese estereotipo del delincuente se concretiza en aquellos integrantes de los grupos marginados.<sup>17</sup>

C) Sobre la base de lo expuesto, numerosas investigaciones sobre esa cifra negra de la criminalidad, han intentado poner de manifiesto la exacta cantidad de esos hechos legalmente punibles que el sistema ignora o descuida.

a) no resultan perceptibles todos los delitos que se cometen, b) no todo delito conocido por las autoridades resulta esclarecido por la policía, d) al esclarecimiento policial de un delito no sigue siempre una querrela criminal, e) no todo delito por el que el Ministerio Fiscal haya formulado querrela pasa a juicio y termina en sentencia, f) aún cuando se llegue a juicio y se constate el delito, no siempre el acusado resulta condenado.

<sup>(16)</sup> Servin Carlos Versale, “Las cifras doradas de la delincuencia”, Revista Latinoamericana de Criminología para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, de la ONU, Año I, n. 1, San José, Costa Rica, abril 1976, p. 22.

<sup>(17)</sup> El concepto de marginalidad tiene alcance y connotaciones diferentes vinculados al estadio de desarrollo alcanzado, pero específicamente en América Latina, como señala Zaffaroni, la marginalidad es estructural y comprende al 50% de la población no incorporada al sistema de producción industrial. Para este autor, marginales — en América Latina — son aquellos que no obstante ser miembros de la sociedad de un país, no logran penetrar la intimidad de sus estructuras. Como tales podrían calificarse: los pobladores periféricos de las grandes urbes, los campesinos, los indígenas, todos aquellos que se encuentran en ínfima situación ocupacional o de salarios; y precisamente hacia ese segmento social está dirigida la función de contención que cumple el sistema penal en el área.

Los procedimientos empleados a ese fin son muy variados. En ese sentido, el autor alemán Hassemer<sup>18</sup> remarca la utilidad de tres variables metodológicas fundamentales, a saber: 1) encuestas a los autores o técnica de la autodenuncia; 2) encuestas a las víctimas; y 3) encuestas a los informadores.

A esas técnicas de base podemos agregar: 4) el sistema de las variables heterogéneas propugnado por Vehmer,<sup>19</sup> e incluso 5) la técnica del seguimiento operativo a los agentes del control formal (policía y tribunales), que se encuentra insinuada en la obra de Hood y Sparks<sup>20</sup> y luego desarrolla metodológicamente Aniyar de Castro.<sup>21</sup>

1. Por medio de la técnica de la autodenuncia se somete a interrogatorio a un grupo de personas de la población general sobre los hechos delictivos que han cometido, hayan sido procesados o no. Se trata de establecer el número real de personas que cometen o han cometido delitos, lo cual amplía nuestro panorama de la delincuencia real, al realizar comparaciones entre el porcentaje de delinquentes oficiales y el de los desconocidos. Esto requiere, por supuesto, la escogencia de una muestra representativa de la población.

Ciertamente, surge la interrogante de cuántos individuos, que aún habiendo cometido delitos no han sido detectados lo admitirían, cuando se está realizando una encuesta de esta naturaleza, por más profunda y reservada que esta sea. En consecuencia, como afirma Hulsman<sup>22</sup> en este ámbito es difícil dar cifras precisas y aquellas que se proponen son, frecuentemente poco fiables y varían de un país a otro.

No obstante la reserva expuesta, el mismo autor, cita para dar una pauta de la magnitud del problema, una encuesta en profundidad que realizó en una empresa de Friburgo, Alemania. De esa investigación resultó que, de 800 hechos acaecidos en el marco de esa firma y que hubieran podido ser criminalizables, uno sólo lo había sido.

2) La encuesta a las víctimas se caracteriza precisamente porque la información es obtenida mediante el interrogatorio a individuos de la población general sobre los delitos de que han sido objeto, es decir que nos proporciona una orientación diferente ya que permite investigar las razones para la ausencia de denuncia, y por otra parte, entre los que han sido denunciados, cuáles no han sido registrados o procesados y por qué.

Resulta claro que a través de este método se puede alcanzar un índice bastante real en el caso de algunos tipos delictivos como pueden ser a vía de ejemplo: hurto, rapiña, daño. Pero en otros delitos como los de violación, los resultados pueden verse alterados por consideraciones de tipo social (problemas de imagen). Ciertamente que tampoco las encuestas reflejarán las cifras reales en aquellos delitos en los cuales el autor es su propia víctima, como es el caso de los juegos de azar, que requieren una especie de

(18) Winfried Hassemer, ob. cit., p. 76.

(19) B. Vehner, citado por Lopez Rey, M. "Criminología", T. I. Editorial Aguilar, Madrid, 1975, p. 478.

(20) Roger Hoods y Richard Sparks, "Problemas claves es criminología", Biblioteca para el Hambre Actual, Ediciones Guadarrama, Madrid, España, 1970, p. 74.

(21) Lolita Aniyar de Castro, ob. cit., p. 8.

(22) Louk Hulsman, "La perspectiva abolicionista...", ob. cit., p. 93.



complicidad entre indiciado y agraviado. Por último debemos tener en cuenta aquellos acontecimientos que no son considerados delictivos por la propia víctima, ya sea por valoraciones subculturales o por tratarse de esos hechos especialmente próximos que la gente no sitúa en el registro de la "criminalidad" a que refiere Hulsman.<sup>23</sup>

En América Latina, podemos recordar la investigación de campo dirigida por el Profesor mejicano Luis Rodríguez Manzera<sup>24</sup> en la ciudad de Jalapa, Estado de Veracruz, donde con la ayuda de alumnos de la Universidad encuestó a 3.000 personas con el fin de establecer los márgenes de victimización oculta, y por ende, la tasa de hechos que no llegan a conocimiento de la justicia.

Las conclusiones fueron sorprendentes: 1 de cada 2 personas aceptó haber sido víctima de un delito durante el año anterior a la encuesta (1975), pero solamente el 22% denunció el delito, lo que indicaría que 4 de cada 5 delitos quedaron en la "cifra negra" y no fueron conocidos por las autoridades (al menos por denuncia del damnificado).

Al expresar las razones que inhibieron la denuncia de estos hechos, el 45% dijo que poniendo el hecho en conocimiento de las autoridades "sólo se pierde tiempo y las autoridades no hacen nada", el 26% no hizo la denuncia por considerar que el hecho no valía la pena", el miedo a la venganza alcanzó el 11% y el temor a vergüenza a la investigación llegó al 2,2%.

O sea que la desconfianza en las autoridades fue señalada por la mayoría como la primer causa de impunidad de los victimarios, seguida en segundo término por la consideración de que la conducta lesiva no era realmente grave.

Por su parte, en los Estados Unidos, la Comisión Presidencial que se encarga del cumplimiento de la ley y de la administración de la justicia, realizó en 1980 una encuesta cuyas conclusiones — pese a la diversidad del marco sociocultural investigado — resultaron relativamente similares a las que obtuviera Rodríguez Manzanera en Jalapa, vaois años antes.<sup>25</sup>

(23) Louk Hulsman, "La perspectiva abolicionista...", ob. cit. en nota n. 4, de p. 93, expresa: "Se pide a las personas que participan en estas encuestas que digan — en un contexto anónimo, evidentemente — si en el curso de un período determinado, han sido víctimas de infracciones, de cuáles, por parte de quién, si han presentado una denuncia, etc. Los resultados de estas encuestas me han impresionado particularmente. El cuestionario preguntaba: "¿Ha sido usted víctima al alguna agresión" (lo que en el sistema penal se suele llamar delito de "lesiones personales). "¿Fue el autor un extraño?". "¿Fue alguien que usted conociera?". "¿Fue alguien de la familia?". Pues bien, nadie respondió afirmativamente a esta última pregunta, en circunstancias en que esta clase de situaciones es muy frecuente (en los Países Bajos se puede decir que un 50% de las mujeres han sido golpeadas por sus maridos). He visto en la negación de la evidencia una especie de signo: cuando se trata de *acontecimientos próximos*, la gente no los sitúa en el registro de la criminalidad".

(24) Luis Rodríguez Manzanera, "Victimización en una ciudad mejicana", Revista *Iland al Día*, Año 4, n. 10, San José, Costa Rica, abril 1981, p. 77 y ss.

(25) Luis Salas, "La justificación de los estudios de victimización en América Latina", Revista *Iland al Día*, Año 4, n. 10, abril 1981, San José, Costa Rica, p. 37.

Respecto a las motivaciones que inhiben la denuncia de las víctimas, existe un trabajo específico e inédito de Hilda Marchiori cuyas conclusiones conocemos a través de Elías Neuman.<sup>26</sup> Ellas son, por su orden:

- El temor del victimizado a serlo nuevamente. (Miedo al autor del delito.)
- Por considerar que no es grave la conducta lesiva.
- No confiar en la justicia.
- Temor a perjudicar al autor porque es miembro de la familia.
- La pérdida de tiempo que implican la denuncia y los trámites judiciales.
- La víctima agredió al autor y se sabe tan responsable del delito como éste.
- La denuncia la perjudica: violación, estafa, etc.
- La víctima no tiene pruebas o desconoce al autor.
- Para evitar ser victimizados nuevamente por la policía, peritos forenses, jueces.
- Por la presión familiar y social al ser identificada como víctima de ciertos delitos que la marginan y humillan.

3. Las encuestas a los informadores, tienen la ventaja de que, por tratarse de una muestra sobre hechos relativos a terceras personas, proporcionan en una primera instancia datos bastante desinhibidos y fiables, siempre que se realicen dentro de un reducido marco subcultural y geográfico, respecto a conocimientos propios e inmediatos en el tiempo,<sup>27</sup> sobre tales bases y a los efectos de preservar un mínimo rigor metodológico los informantes deben ser interrogados sobre si han tenido conocimiento directo de la comisión de algún delito en un determinado período de tiempo y en un lugar específico.

4. El sistema de variables heterogéneas, en la teoría, debido principalmente a su flexibilidad operativa y diseño escalonado parece que resume todas las ventajas de los métodos ya analizados, no obstante en su aplicación práctica se ha mostrado como un procedimiento por demás complejo y costoso. Los criminólogos norteamericanos Riley y Nelson<sup>28</sup> recuerdan que una encuesta de este tipo, realizada por el Bowdoin College, requirió tres niveles de control informático para arribar a resultados de un rigor medio, entre los que mencionan:

— es sustancialmente mayor la cifra negra de delitos leves que la de los graves.

— las víctimas tienen una creciente tendencia a la auto-composición en el campo de las infracciones menores y de mediana gravedad.

(26) Elías Neuman, "Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales", Editorial Universal, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 48.

(27) H. M. Black Jr. "Introdução a pesquisa social", 2.ª edic., Ediciones Zahar, Rio de Janeiro, 1976, p. 70.

(28) Metilda White Riley y Edward E. Nelson. "A observação sociologica", Ediciones Zahar, Rio de Janeiro, 1976, p. 199 y ss.

El mismo procedimiento fue utilizado por López Rey<sup>29</sup> en Turquía a fin de detectar la cifra negra de abortos en esa región lo que atribuye principalmente al trasplante inapropiado de un método complejo pensado para un país en otro estadio de desarrollo.

5. Por último, la técnica del seguimiento operativo de los agentes del control social, (policía y tribunales) revierte el enfoque y dirige sus esfuerzos a estudiar las causas reales de vulnerabilidad y disfunciones de todos los segmentos del sistema penal.

Como ya hemos señalado, todos los segmentos del sistema penal intervienen en un proceso de filtración escalonado y si bien es cierto que una gran cantidad de víctimas se abstiene de denunciar los hechos delictivos a la policía, ésta tampoco transmite todos los acontecimientos que se le comunican a la justicia, la cual, a su vez, archiva la mayor parte de los hechos que se le someten.

Precisamente, los criminólogos Hood y Sparks<sup>30</sup> tratando el poder discrecional de la policía con relación a ciertos delitos se preguntan: ¿no dependerán en ciertas oportunidades sus actuaciones, de lo que ellos consideran personalmente acerca de si una actividad es o no delictiva?, por ejemplo: en torno a los delitos de juegos de azar, aborto, drogas, etc., para luego agregar que algunos observadores creen que el número de crímenes registrados refleja simplemente el despliegue de los recursos que la policía tiene a su disposición, y otros, incluso, sugieren que la policía tiene interés en mantener una creciente razón criminológica.

En íntima relación con esto, Biderman y Reiss,<sup>31</sup> hacen referencia a otro aspecto sumamente importante, como lo es el hecho de que una organización operacional como la policía, prefiere no enterarse más que de lo que puede abarcar con sus recursos y selecciona sus observaciones para que encajen con los fines propios de la organización, su estrategia y sus tácticas.

Complementariamente, Hulsman,<sup>32</sup> recogiendo los resultados de una investigación realizada por P. Robert y C. Faugeron, nos dicen que en Francia, el Ministerio Público, que decide sobre la oportunidad de perseguir los hechos punibles, archiva dos tercios de los asuntos que le son sometidos, y que investigaciones serias realizadas sobre el poder discrecional de los agentes encargados de introducir los hechos en el sistema, demuestran que “en los diferentes niveles de selección, operan toda clase de criterios que no tienen nada que ver con los principios legales: por ejemplo, un asunto es admitido o no según el grado de acumulación de expedientes del tribunal respectivo”.

#### **4. Evaluación y conclusiones**

La valoración del real significado e implicancias de la “cifra negra” de la criminalidad se presta, como es obvio, aún contemporáneamente, a varias lecturas. Estas se exhiben en un amplio espectro que va desde esa particular teoría de la

(29) M. Lopez Rey, ob. cit., p. 483.

(30) Roger Hoods y Richard Sparks, ob. cit., p. 74 y ss.

(31) Biderman y Reiss: tomado de Hoods y Sparks, “Los problemas...”, ob. cit., ut. supra.

(32) Louk Hulsman y J. Bernat De Celis, “Sistema penal y seguridad ciudadana...”, ob. cit., p. 53 (nota n. 6).

pena, que se ha desarrollado en los últimos años en Europa, llamada de la "integración-prevención" que pretende legitimar integralmente el funcionamiento del sistema penal aún aceptando su selectividad, al más radical abolicionismo.

A) Nos ocuparemos en primer término, de la teoría de la "prevención-integración", también conocida como "teoría de la prevención positiva" que ha encontrado su exposición más perfeccionada en el reciente tratado de Gunther Jakobs.<sup>33</sup> De acuerdo a Baratta<sup>34</sup> esta perspectiva sistemática parte de la concepción luhmanniana del derecho como instrumento de integración y estabilización social en los sistemas complejos y, en ese marco conceptual se explica el sentido y función del delito, la pena e incluso de la propia "cifra oscura" en la obra de Jakobs.

1. El delito es visto como una amenaza a la integridad y la estabilidad del conglomerado social, en la medida que es la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho que hace estremecer la confianza institucional. La pena a su vez, constituye para este autor, una expresión simbólica simétricamente opuesta a la representada por el delito que, como instrumento de prevención positiva, tiende a restablecer la confianza y a afirmar la fidelidad al derecho, ante todo y principalmente con relación a los terceros. O sea, que para este nuevo enfoque sistémico, la reprochabilidad del comportamiento no se funda en la lesión de bienes jurídicos y en el principio de culpabilidad, sino, principalmente, en prevención positiva del significado simbólico de la actitud del individuo contraria a la norma.

2. Sobre esas bases, en ese contexto, la existencia de una abultada "cifra negra" de delincuencia no provoca ningún resquemor respecto del funcionamiento real del sistema, más aún, esta teoría ciertamente legitima el principio de selectividad y los mismos procesos de inmunización de la respuesta penal, ya que, como bien expresa Baratta<sup>35</sup> el delincuente condenado es visto como "un individuo portador de la función punitiva, la cual está centrada en el restablecimiento de la confianza institucional del resto de la comunidad, confianza quebrada por la infracción, en la afirmación de los valores acogidos en el sistema legal y en la integración social". El Profesor de Saarbrücken subraya las implicancias antihumanistas y autoritarias de esta doctrina que reduce al condenado a ser un chivo expiatorio, seguramente escogido entre innumerables infractores por encontrarse ubicado en una franja de mayor riesgo y, "sacrificado en lugar de estos para salvaguardar un dudoso interés general, sin respetar los principios de justicia e igualdad".

3. Es remarcable y seguramente no casual, la coincidencia en los argumentos de la teoría analizada y los que han desarrollado, al otro lado del océano, algunos autores integrantes del "nuevo realismo americano", referidos en el punto II A, de este trabajo.

(33) Gunther Jakobs, "Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechungslehre", DeGruyter, Berlín, New York, cit. por Alessandro Baratta, "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica", en Revista de Derecho Penal n. 29, enero-marzo de 1965, Edit. Depalma, Buenos Aires, p. 4.

(34) Alessandro Baratta, "Integración-prevención...", ob. cit., p. 3 y ss.

(35) Alessandro Baratta, "Requisitos mínimos...", ob. cit., p. 11.

B) En el otro extremo, en la vertiente abolicionista, expresa Hulsman<sup>36</sup> que la cifra negra ha dejado de aparecer como una simple anomalía para constituir una constante y se pregunta: ¿cómo encontrar normal un sistema que no interviene sino marginalmente, que es tan excepcional desde el punto de vista estadístico, en la vida social?

Es evidente, agrega el mismo autor, que si aquellos principios o postulados teóricos sobre los cuales afirmamos en el discurso, que reposa el sistema penal, como lo son: ja igualdad, la seguridad, el debido proceso, etc., sólo se aplican a un número limitado de situaciones y personas, su efectiva vigencia se encuentra sustancialmente falseada, y el sistema en su conjunto se verá como “una construcción espontáneamente extraña a la vida de la gente”. Desde su perspectiva abolicionista, Hulsman, concluye que es la propia noción ontológica de crimen y delito, lo que ha caído en crisis, pues la “cifra negra” denota claramente que los hechos llamados por la ley delitos “no son vividos como hechos de naturaleza aparte, separables de otros acontecimientos”.

C) Por nuestra parte, en el entendido de que el derecho penal es el último recurso de la comunidad y en el contexto de ese principio garantizador de la intervención mínima creemos que la alta cifra negra de cierto tipo de delitos de poca dañosidad social, puede ser en muchos casos el resultado de un cambio en la sensibilidad de la sociedad, ya que cierto tipo de conductas, tipificadas como delictivas, de hecho han dejado de sentirse como peligrosas y lesivas (perdieron valor significativo) respecto a un bien jurídico que pudo ser importante en un momento dado.

Y en consecuencia, parece aconsejable proceder a su paulatina decriminalización. Ciertamente, un detenido análisis de las disfunciones del sistema en el campo de numerosas conductas normalmente comprendidas dentro de la “cifra negra”, nos conduce inequívocamente en esa dirección decriminalizadora.

1. Las diferentes encuestas reseñadas y lo que es más importante, el propio funcionamiento real de todos los segmentos del sistema penal, ponen de manifiesto que existe, fuera de toda duda, una enorme cantidad de acontecimientos formalmente considerados como delictivos y teóricamente merecedores de que se aplique a su respecto la ley penal, que al decir de Hulsman “no son experimentados o evaluados como tales por las presuntas víctimas o por los agentes del sistema, personalmente interpelados mediante denuncias concretas”.<sup>37</sup>

2. Ciertamente que entre estos casos se encuentran aquellas actividades delictivas que no son fácilmente percibibles, es decir, aquellas conductas que no se dirigen (directamente) contra una víctima concreta, como es el caso de los delitos contra el medio ambiente u otros intereses más o menos difusos. Tales delitos tienen grandes posibilidades de permanecer en el campo oscuro de la criminalidad, pues no se producen frente a una víctima que pudiera ser capaz o estar dispuesta a poner en marcha los mecanismos de control

<sup>(36)</sup> Louk Hulsman y J. Bernat de Celis, ob. cit., p. 54.

<sup>(37)</sup> Ibid. p. 54.

del sistema (delitos sin víctima) y es también cierto, que en determinadas situaciones muy extraordinarias ciertos delitos — con víctima — puedan resultar difícilmente controlables por ésta, así por ejemplo, los hurtos que permanecen sin descubrirse en los grandes almacenes que suelen contabilizarse como “diferencias inventariales”.

3. No obstante, hechas las salvedades de rigor, reiteramos que existe un buen número de conductas tipificadas como delictivas que no son así sentidas por las propias víctimas o los agentes del control formal, por tratarse — usando la terminología de la moderna teoría normativa de la cultura <sup>38</sup> y del Profesor Zaffaroni <sup>39</sup> de tipos contenidos en normas que no pueden ser incorporadas culturalmente, en cuanto no suscitan respuestas simbólicas, al carecer del más mínimo fundamento antropológico, es decir por que no tienen para los involucrados un valor significativo.

4. También se percibe objetivamente, que en muchas otras situaciones, como señala Langón Cuñarro <sup>40</sup> las víctimas consideran, tratándose de asuntos de poca monta, más adecuado y mejor para sus intereses un tratamiento informal de la situación (arreglos privados) antes que enfrentarse a las incomodidades operativas del sistema; como ocurre frecuentemente en los casos de penetración ilegítima en fundo ejeno, ilícito previsto en el art. 356 del Código Penal.

En otros casos, agrega el mismo autor, es la propia ley la que fomenta y estimula los arreglos particulares y cita a tal efecto el art. 59 de la ley de cheques n. 14.412 que impone la clausura de los procedimientos judiciales, si el deudor paga su deuda, intereses y gastos.

D) En cualquiera de las hipótesis últimamente enumeradas, la lógica de la mínima intervención penal nos conduce a una tesis de prudente decriminalización de esas conductas. Consecuentemente, consideramos necesario rever el catálogo de ilícitos procurando eliminar de los textos aquellos tipos penales de poca dañosidad social, respecto de los cuales la prohibición no es posible hacer efectiva, casos en los que la regulación de la conducta — a nuestro modo de ver — debe buscarse fuera del ámbito penal.

<sup>(38)</sup> Gertrude Jaeger y Philip Selznick, “A normative theory of culture”, en *American Sociological Review*, 1964, pp. 29, 653, 669.

<sup>(39)</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, “Manual...” ob. cit., p. 302.

<sup>(40)</sup> Miguel Langon Cuñarro, “Curso de Introducción a la Criminología”, Tomo I, Edit. Universitaria, Montevideo, 1986, p. 75.