

La decriminalización: ¿Noción académica aberrante o necesidad jurídica imperante?^(*)

Por H.H.A. COOPER *

Resumen: La decriminalización es una necesidad imperante en los sistemas judiciales del mundo occidental. El autor llega a esta conclusión después de un minucioso análisis de la crisis de la administración de justicia en estos últimos años, según su experiencia directa, en los países del llamado sistema del *common law*, la que soporta una sobrecarga de conducta incriminada que, en gran parte, no está fundada en el grado de evolución socio-cultural ni en la pausa de valores, que se halla en proceso de cambios, en dichos países (S.J.A.).

Durante los últimos años, los sistemas jurídicos del mundo occidental se han visto cruelmente azotados con una creciente ola de crisis en la administración de la justicia penal. Año tras año la explosión demográfica, el crecimiento urbano incontrolado, la inflación económica junto con la inestabilidad del mercado, la desintegración de la familia, estos y todos los demás factores que influyen en la etiología de la criminalidad (1), han contribuido a crear una sobrecarga que pocos sistemas se encuentran preparados a resistir. A la par con esta intromisión gigantesca de nuevos elementos, dando lugar a nuevas responsabilidades onerosas para los órganos encargados de la administración de la justicia, van produciéndose los más radicales cambios en la pauta de valores socioculturales, los cuales representan un desafío ineludible a los fundamentos de una parte importante de nuestra legislación penal. El jurista inquieto no puede quedarse de un lado ante la aparente ineficacia de la justicia penal, mal que afecta, de un modo u otro, tanto a los países altamente desarro-

(*) Ponencia presentada al XXV Congreso de Criminología celebrado en Guayaquil Ecuador, 1975.

* Catedrático Visitante de esta Universidad, 1964-1968.

(1) Sobre las diversas teorías del delito, véase el magnífico aporte de Manuel López Rey y Arrojo en su "Criminología". Madrid, Aguilar (1975), pp. 90/166.

llados como a los en vías de desarrollo. Como respuesta lógica al dilema de un sistema tragando más de lo que pudiera digerir, se ha planteado como idea salvadora, el concepto de la decriminalización. Pasemos, en seguida, al examen de dicha noción a fin de determinar si la argumentación que la apoya representa solamente un ideal académico en abstracto o si, mas bien, responde a los imperativos del mismo régimen jurídico.

Desde un principio, parece deseable señalar las perspectivas y las limitaciones del presente trabajo. Como una abstracción académica, la materia de la decriminalización tiene carácter general. Desde el punto de vista práctico, sin embargo, es más factible considerar el fenómeno en el contexto de un régimen jurídico o regímenes jurídicos específicos. Pocos son los comparatistas cuya visión panorámica sea capaz de enfocar con igual vigor los problemas de esta índole, indiferente a su ubicación en el plan jurídico mundial. Los requerimientos de nuestra ciencia exigen un ensayo más modesto. Les traigo principalmente, la experiencia de algunos países apegados al sistema jurídico anglo-americano, el llamado sistema del "Common Law". Los países afectados mayormente por las peculiaridades de dicho sistema son mi patria el Reino Unido y nuestra antigua colonia, donde resido actualmente, los Estados Unidos de Norteamérica.

Antes de empezar una divulgación sobre el fenómeno de la decriminalización de estos dos países, es preciso ofrecerles unas cuantas observaciones generales acerca del sistema del "Common Law", a fin de borrar de nuestra consideración algunas de las equivocaciones comunes que suelen perturbar el entendimiento, cuando se pretende introducir la materia en debate ante juristas romano-civilistas. No cabe ahí ningún discurso de gran extensión, porque se presume cierto nivel de información básica entre gentes tan cultas y adiestradas. No obstante, la literatura en castellano sigue siendo muy deficiente (2) de modo que algunas impresiones persisten. A menudo es difícil captar la realidad a través de los libros.

En estos momentos, me limito a hacer referencia a tres puntos cardinales que se relacionan con nuestro tema principal. Suele decirse, entre juristas latinos, que el "Common Law" debe calificarse como derecho consuetudinario. Si esta última expresión se entiende como equivalente del derecho no escrito, quien

(2) Quien quiera referirse a un trato más extenso sobre la materia puede consultar mis "Diez ensayos sobre el Common Law". Lima, Editorial Universo (1967).

la emplea en tal sentido está equivocado. En los países del "Common Law" existe mayor cantidad de *lex scriptum* que en gran parte de los demás países. Están en vigor innumerables leyes, decretos, ordenanzas de todo rango, nacionales, federales, municipales, etc. En los Estados Unidos de Norteamérica hay una Constitución escrita con referencia a la cual se interpretan las leyes de menor jerarquía. Sin embargo, hay una notable distinción funcional entre los países del "Common Law" y los países, por ejemplo, del gran continente latinoamericano, cuyas raíces jurídicas sustraen la fuerza vital de los antiguos sistemas romano-civilistas.

En los países del "Common Law", el Juez juega un papel predominante: a él le corresponde no solamente la resolución de la misma causa dependiente de su decisión judicial, sino también, la interpretación autorizada de las leyes que rigen el caso. Las sentencias de los jueces de los tribunales superiores se incorporan a la jurisprudencia, adquiriendo en tal manera el carácter de una fuente de derecho. Así las sentencias del poder judicial vienen a ser normas jurídicas, no menos importantes que las mismas palabras escritas del legislador. Mientras que otros países también coleccionan y reflexionan sobre los pronunciamientos solemnes de sus jueces, el respeto por el fallo judicial en los países del "Common Law" llega hasta la veneración.

Llegamos a mi segundo punto. La descripción del proceso penal tradicional de los países del "Common Law", que se encuentra comunmente en la literatura en castellano, no corresponde, en nuestros días, a la realidad. Ni en la Gran Bretaña ni en los Estados Unidos de Norteamérica, reviste el juicio oral la importancia de antaño. Visto en términos de casos penales resueltos, el estudiante acucioso de la materia puede ver que la etapa más significativa del proceso penal va desapareciendo poco a poco y el papel que juega el sonado jurado de legos es, en la actualidad, ínfima.

Bajo el título, "El ocaso del Juicio Oral en los Estados Unidos de Norteamérica" los referidos hechos me indujeron a escribir (3): "Es algo asombroso, pues, poner de manifiesto que a través de la mayoría de las jurisdicciones penales de los Estados Unidos de Norte América, el juicio oral, como se describe en los textos (y puede agregarse hasta en la televisión) va pasando

(3) Publicado en 5 Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. Sept. Octubre de 1972, pp 63-73.

al olvido, y hasta en un promedio de 90% de los casos adjudicados en la actualidad, el condenado entra en la fase de la ejecución de la pena sin haber sido procesado en la forma tradicional". En Inglaterra, más de 90% de las causas criminales son adjudicadas ante los tribunales inferiores sin jurado, en ambiente de gran informalidad. Los hechos que conducen a tal resultado son iguales en ambos países. El volumen de causas en lo criminal es tan cuantioso en dichos países, que su procesamiento tradicional sería imposible y la insistencia a las formas estrictas previstas por la ley llevaría al colapso total del sistema.

El tercer punto representa una distinción fundamental entre el régimen jurídico inglés y el régimen estadounidense. Como es bien conocido, la Gran Bretaña carece de una Carta Constitucional. Nuestra famosa Carta magna de 1215 es una ley como cualquiera de las demás y puede ser derogada sin mayor formalidad. Efectivamente, su gran ley fundamental se sustituye por una teoría política proveniente de los hechos de su historia medieval (4). La constitución británica se fundamenta en la doctrina de la supremacía parlamentaria. Teóricamente, el poder legislativo predomina, de tal suerte que sus leyes, promulgadas en conformidad con sus antiguos procedimientos, no pueden ser rechazadas ni aun cuestionadas por los demás poderes del Estado. No existe, pues, la llamada inconstitucionalidad de las leyes, doctrina mediante la cual el poder judicial puede declarar la ineficacia de legislación por no conformarse a los preceptos de la carta fundamental. El poder del juez inglés es más sutil y tiene que ejercerse con mucha cautela. En cambio, los Estados Unidos de Norte América, por ser país federal con una diversidad de atribuciones compartidas entre los cincuenta Estados y los elementos del gobierno nacional, está bajo el imperio de una constitución escrita y rígida que consagra, en la forma más estricta, la doctrina de la separación de los poderes. Curiosamente, la constitución misma no atribuye al Poder Judicial la tarea de revisar la constitucionalidad de las leyes inferiores, ni tampoco le faculta, expresamente, a declarar inconstitucionales tales leyes que no se conformasen con los requerimientos de la Carta Magna.

(4) Sobre esto, véase "La relación contemporánea del Common Law con las convenciones, costumbres y constitución británica". H.H.A. Cooper, 9 Revista de Derecho Público de Chile, 1968, pp. 9-97.

De hecho, esta atribución tan formidable se la ha autoconferido la misma Suprema Corte en el curso de fallar en las causas correspondientes a su jurisdicción. Basta decir que la tiene, plenamente y, por consiguiente, este Tribunal Supremo está en condiciones de jugar un papel decisivo en el campo socio-jurídico. Sería justo decir que, mientras el impulso principal hacia los cambios sociales en el Reino Unido emana del Poder Ejecutivo a través del Parlamento, en los Estados Unidos de Norteamérica, durante estos últimos años, la fuerza renovadora ha sido el Poder Judicial. Mientras los legisladores a través de los Estados Unidos de Norteamérica han permanecido relativamente indiferentes a ciertos problemas relacionados con la administración de la justicia penal, los jueces han actuado con firmeza y sabiduría. Son los jueces los que han dado reglamentos para acelerar los procesos penales con fines de acabar con el trágico hacinamiento procesal. Son los jueces los que han decretado el mejoramiento de los centros de reclusión y hasta su clausura para poner fin a los abusos, maltratos y privaciones inconstitucionales, que comunmente se encuentran allí. Finalmente, si fuera necesaria una prueba más convincente de las mencionadas tendencias, el estudioso podría fijarse en el hecho de que los legisladores a través del Coloso del Norte ya andan buscando nuevas formas eficaces para reintroducir la pena de muerte, siendo la Corte Suprema el único baluarte en contra de este paso tan retrógrado.

Con la iluminación de estos antecedentes, podemos pasar a la consideración más específica de la decriminalización. Los hechos de la historia inglesa nos revelan un exceso de conducta incriminada. Durante el reinado de ENRIQUE VIII (1509-1547) se llevaron a cabo 72.000 ejecuciones (5). A principios del siglo pasado, más de 200 delitos eran sancionados con la pena de muerte. Durante todo el siglo XIX, mientras el país combatía aún los nocivos efectos de la llamada Revolución Industrial, un sector considerable del pueblo británico vivía bajo la sombra de la horca. Los inigualables escritos de DICKENS nos indican, gráficamente, como eran las condiciones en que vivían los hambrientos en los barrios humildes. Los escritos de MARX y ENGELS, pilares de la literatura izquierdista, fueron motivados por su estancia en la Gran Bretaña durante el siglo XIX. Había mucha

(5) Véase "La pena de muerte: reflexiones sobre la experiencia inglesa" H.H.A. Cooper. Revista Peruana de Criminología y Ciencia Penitenciaria. Oct./Dic. 1969 pp. 39-53.

criminalidad y mucha justicia de mano dura. La miseria de las condiciones existentes generaba una ola de delincuencia y la sociedad como reacción creaba las cárceles y los patíbulos para contenerla. Y el Poder Legislativo, que en aquella época representaba una corriente muy conservadora y sumamente protectora de los valores e intereses de los grandes propietarios e industriales, daba las leyes más represivas a fin de mantener el carácter de la colectividad tal como era. El sociólogo estadounidense, RICHARD QUINNEY, (6) nos ofrece la aguda observación de que "El derecho apoya un punto de vista a expensas de los otros". Nos hace recordar acertadamente que el contenido de nuestro régimen jurídico representa los intereses del sector o segmento de la sociedad que goza del poder de formular la política criminal. La norteamericana, doctora ARENDT ha hecho un análisis brillante sobre la violencia, (7) haciendo distinciones penetrantes entre el poder, la fuerza, la autoridad, y la violencia, de la cual se desprende que la forma extrema de la violencia es una sola contra las demás. Para poder llegar a tal extremo, son necesarios los instrumentos de la represión. Muy a menudo, los instrumentos de la represión son las leyes y los órganos de la justicia encargados de su aplicación. Un gobierno minoritario, obrando en un ambiente de grandes desigualdades y desequilibrio político, cuyo fin primordial es la conservación de los intereses de un grupo pequeño en contra de los de las masas, tiene forzosamente que incriminar mucha conducta. Para el Reino Unido, el siglo XIX fue turbulento y dinámico. Principió con la promulgación de las leyes más represivas en contra de los sindicatos, hecho bien entendible en este país que ha estado bajo semejante tiranía, y terminó, tras una serie de crisis y trastornos, con miras hacia un futuro lleno de esperanza, más equitativo y respetuoso de la dignidad humana de todas las clases de la sociedad. Indudablemente, la extensión del sufragio a la ciudadanía en general contribuyó en notable medida al progreso del país hacia esta felicidad política y social. El movimiento en la dirección de una participación mayor de todo el pueblo ganó fuerza durante el siglo en curso, de modo que el clima social empezara a favorecer la abolición de restricciones obsoletas y así nació un espíritu liberal y pujante que creció hasta poner en cuestión los mismos valores y moralidad que habían informado el pensa-

(6) Véase "Crime and Justice in Society". Boston, Little Brown (1969). p. 29.

(7) "On Violence". New York, Harcourt, Brace and World (1969), pp.42-43.

miento y acciones de los legisladores de la época anterior. Con respecto a mi patria, esos son los hechos que más han influido en el surgimiento de la corriente renovadora y en la elaboración de las leyes reformistas que van hacia la decriminalización de grandes segmentos de conducta anteriormente considerada y castigada como antisocial.

En lo referente a la Gran Bretaña, puede opinarse sin vacilación alguna que el movimiento decriminalizador obedece a las necesidades y realidades políticas del país. El poder judicial, pese a la magnitud de sus atribuciones, se ha mostrado, en general, elemento conservador debido sin duda a las peculiaridades de la técnica forense inglesa ya aludida. Asimismo, es preciso notar que tampoco han contribuido significativamente los teóricos, quienes trabajan en sus torres de marfil, en las Universidades y otros centros de educación e investigación superiores. Lastimosamente, tales actividades en mi patria no cuentan con el mismo apoyo económico consagrado a su mantenimiento por países como los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Soviética. Por ello, el impacto de los pensadores es menos directo y menos evidente. Más bien se puede decir que, en la Gran Bretaña, la decriminalización es políticamente inspirada y refleja no solamente una madurez gubernamental sino un reconocimiento normativo de la expansión de las ideas liberales y populares a través del sistema. En términos de la decriminalización pura, es decir el acto de legalizar formalmente, mediante la derogación de las leyes penales, conducta que conllevaba una pena en época anterior, estas tendencias no se manifiestan con tanta claridad. Al considerar, ampliamente, la administración de la justicia, en todas sus facetas, las influencias se revelan en la forma más obvia. Algunos ejemplos sirven para subrayar el punto. En el sentido más práctico, se ha visto, durante el presente siglo, una disminución constante en la severidad de la sanción penal. Hasta en el caso de los delitos más graves sancionados en la teoría, con pena de prisión o penitenciaría de por vida, los jueces ahora se encuentran facultados para imponer una forma de libertad vigilada, la llamada PROBATION, a su discreción, en circunstancias apropiadas. Mientras tanto, la calidad de la vida carcelaria también ha cambiado notablemente. Desde 1948, se ha abolido la pena dura que condenaba al individuo a un régimen de labores arduas y degradantes (8). Mas, la remisión de la pena es, en general, un

(8) Véase "The English Penal System in transition". J.E. Hall William, London. Butterworths (1970), pp. 55-63.

asunto puramente administrativo, y, en el promedio, los condenados a la pena de prisión, o penitenciaría de por vida, purgan su condena carcelaria en un plazo de menos de 9 años. Hasta 1957, el homicidio calificado llevaba una sola pena o sea la de muerte. La imposición de dicha pena constituía uno de los actos más solemnes y estremecedores en la vida de un juez inglés, sin embargo, por el ejercicio de una discreción administrativa, la atribución ejecutiva de la clemencia, la llamada prerrogativa real, pocos condenados perecieron ahorcados. Desde 1970 se ha abolido legislativamente, aún la imposición de la sentencia de muerte, salvo en casos extremadamente raros y de ahí un hecho curioso. Al mismo tiempo, ha habido un aumento en el número de penas largas impuestas por los jueces, y el porcentaje actual de condenados purgando pena de prisión, mayor de 5 años, es más elevado que la cifra correspondiente a los años que precedieron la Segunda Guerra Mundial. (9)

Sin embargo, es en el campo de la actividad sexual que se encuentran los grandes y radicales cambios tanto en la legislación como en las opiniones y actitudes del público. En el año 1967, estuve radicado en un país hermano, latinoamericano y tuve la ocasión de escribir las siguientes palabras: (10) "Todavía parece increíble a muchos que la nación que condenó a Oscar Wilde a fines del siglo pasado (y cuyos delitos no fueron mencionados por su nombre ante el público en general), tienen en vista un proyecto que permitiría la libre asociación de adultos del mismo sexo para realizar en privado los mismos actos que provocaron esa condenación". Los años anteriores habían producido una revolución socio-cultural en la Gran Bretaña. A través de la música de los BEATLES, las escabrosas revelaciones del Escándalo PROFUMO, la conducta pintoresca de los muchachos de cabello largo y vestimenta estrambótica y una gran diversidad de manifestaciones semejantes, el país sobrio y conservador rehizo su propia imagen y en forma no siempre de acuerdo con los gustos de una mayoría de sus habitantes. En este clima, se produjo el famoso informe WOLFENDEN entre cuyas recomendaciones se encuentra el proyecto de decriminalizar cierta conducta homosexual castigada desde la época del Rey ENRIQUE VIII, con penas de bastante severidad. Ante la sorpresa y hasta conster-

(9) Para una explicación, véase Hall Williams, op. cit., supra a nota 8. p. 370.

(10) "La relación entre lo moral y lo jurídico en el régimen penal inglés". Themis, Lima 1967. Número 5. pp. 27-33, 31.

nación de mis colegas latinos, y sus temores, felizmente infundados, de una inminente segregación de la sociedad británica, tuve que explicar, en el mismo artículo ya mencionado, que (11) "La reforma no es tan sensacional como algunos en el extranjero lo han imaginado. La conducta impúdica en público seguirá siendo sancionada y no habrá ningún cambio referente al "status": no habrá "matrimonios" entre personas del mismo sexo. Lo que la ley ha hecho es permitir tales relaciones dentro de la intimidad de sus propias casas entre personas inclinadas a ellas, lo que anteriormente les hubiera hecho culpables ante la ley. La corrupción de menores, los actos lascivos en público, el vestir los hombres con ropa femenina, continúan prohibidos por la ley". Se ve, en este ejemplo, un caso clásico de lo que el sociólogo neoyorquino EDWIN SCHUR (12) ha denominado: "Delitos sin víctimas". Tácitamente, el sistema reconoció que la persecución de tal conducta, difícilísima de detectar en sí con los escasos recursos policiales disponibles, no servía en nada a los intereses de una sociedad para la cual los mismos actos incriminados iban perdiendo reprochabilidad. Vale decir que en muchos países latinos, los referidos actos, así hechos materia de la decriminalización en mi patria, jamás habían sido considerados como delitos. Esto es ejemplo típico de como se hace en la Gran Bretaña los cambios más fundamentales sin romper el orden jurídico o llegar al borde de la revolución.

Antes de concluir con nuestra breve revisión de la experiencia británica, el delito de aborto extensamente tratado en este simposio, merece un poco de atención. Por la legislación de 1861, el aborto conllevaba una pena máxima de penitenciaría de por vida aunque las sentencias dictaminadas en casos concretos quedaron dentro de amplio margen de discreción judicial. Los mismos jueces, por interpretación de la ley, crearon en 1938 una excepción no muy extraña al jurista latino, de modo que un aborto lícito pudiese ser practicado por intervención médica para salvar la vida o, en ciertos casos, la salud de la mujer en estado de gravidez. (13) No obstante la prohibición casi absoluta de la ley penal, se llevaban a cabo, en promedio, unos 100.000 abortos ilícitos anuales, la gran mayoría bajo condiciones antihigiénicas

(11) *Ibid.* p. 35.

(12) Véase "Crimes without victims". Edward M. Schur. Englewood Cliffs. N.Y. Prentice Hall (1965).

(13) Sobre el aborto en general en este contexto, véase Cooper op. cit. supra a nota 10. pp. 36-37.

y peligrosísimas, muchos de ellos resultando, inevitablemente, en la muerte de las miserables y desesperadas mujeres arrastradas por circunstancias a este extremo. Consciente de estos hechos y en un clima de gran emoción y pasión ideológica, se plantea, tras casi cien años de martirio, la decriminalización parcial de este delito. El proyecto original fue muy modesto y representó nada más que el esclarecimiento de las dudas generadas por la jurisprudencia. El debate resultante tomó un sorpresivo giro acalorado y las varias facciones discutían sobre la cuestión de la santidad preeminente de la vida humana en oposición a las consideraciones humanas tocantes al interés de la mujer intervenida. Prevalcieron los argumentos humanistas dejando de un lado las fuertes objeciones religiosas opuestas por una diversidad de creyentes. Así se promulgó una ley de mayor trascendencia que efectuó, prácticamente, una decriminalización del aborto en el Reino Unido. Es digno de notar que tanto en el caso del aborto como en los de la pena de muerte y de la homosexualidad, la iniciativa dirigida hacia la reforma legislativa quedó en manos privadas. Ante estas cuestiones tan controvertidas, el Poder Ejecutivo que controla efectivamente la capacidad legislativa del Parlamento Británico (14), mantuvo su neutralidad, permaneciendo a la espera de la resolución de esta gran cuestión en el seno público.

Pasemos ahora a una consideración del problema de la decriminalización en los Estados Unidos de Norteamérica. Por razones bien obvias, la situación allí es de mayor complejidad y las conclusiones son mucho más discutibles. En un país tan grande y poderoso no es nada asombroso que los problemas socio-jurídicos también asciendan a proporciones incommensurables: es el funesto precio del desarrollo. Una Ley Federal de 1968 creó una nueva agencia del Estado dedicada exclusivamente al mejoramiento de la administración de la justicia y consagrada a la lucha contra el crimen. En estos últimos años, el presupuesto de este organismo, dependencia del Departamento de Justicia ya asciende hasta más de mil millones de dólares anualmente. Los resultados en comparación con los gastos han sido altamente desilusionantes. El estímulo intelectual del empleo de estos masivos recursos económicos ha sido enorme y el producto bruto, sólo en términos de investigaciones, informes, literatura de toda clase, causaría una indigestión mental al estudioso más

(14) Sobre este punto, véase Cooper, *ob. cit.* supra a nota 4. pp. 36-40.

ávido. Empero, desde el punto de vista de la reducción de la criminalidad, de la eliminación de los problemas que agobian cotidianamente la administración de la justicia, desde el punto de vista del hombre común y corriente, obligado a vivir en la sombra de una creciente ola de criminalidad, desde el punto de vista de los que miden objetivamente el cumplimiento por parte de los diversos órganos de la Justicia, el programa ha sido un rotundo fracaso.

Los encargados de la LEAA, la *Law Enforcement Assistance Administration*, han cambiado recientemente de tema. Ahora, nos dicen, hay que aceptar la imposibilidad de reducir la criminalidad mediante el empleo de todo ese dinero; por mucho que fuera nuestro aporte financiero, la criminalidad permanecería lo mismo o aún aumentaría. Es un pronóstico muy pesimista y no me propongo juzgar su exactitud en este momento. Lo menciono porque sirve para puntualizar los males que afectan la administración de la justicia de los Estados Unidos de Norteamérica y pinta en colores vivos el panorama dentro del cual la decriminalización se sitúa.

Para poder captar la esencia de la problemática socio-jurídica del país del Norte, es menester fijarse en detalles. El uso de la marihuana en los Estados Unidos de Norteamérica se ha extendido a todas las clases de la población durante los últimos 15 años, pese a las campañas de represión llevadas a cabo con fines de erradicar el hábito. Se ha calculado que hasta la mitad de la población ha hecho uso ocasional de la droga. Un examen del cuadro de penas en los diversos Estados demuestra la enorme disparidad entre ellas, pero basta decir para nuestros fines, que todo el peso del régimen penal se dirige, teóricamente, en contra de los simples poseedores de la sustancia prohibida. Es imposible en las condiciones actuales asegurar la debida ejecución de estas leyes: el mismo sentimiento público no menos que la congestión de los órganos de la administración de la justicia hacen imposible la imposición de dichas penas. Como nos explica cabalmente el maestro don Manuel LÓPEZ REY (15), "La brutalidad de no pocas de estas sanciones hace que su imposición se eluda mediante el subterfugio de considerar al convicto como autor de una simple falta de orden público, con sanciones que no exceden de seis meses de prisión o 500 dólares de multa. El resultado más visible es el descrédito de la ley penal,

(15) Ob. cit., supra a nota 1, p. 387.

la cual, por sí sola, no puede evidentemente resolver el problema". Pero hay otro lado más sucio de la moneda. En la misma ciudad de Nueva York, en el año 1970, se calcularon en más de 100,000 los adictos a la heroína (16). La conexión entre el uso de la marihuana y el crimen es discutible; la conexión entre el consumo de la heroína y el crimen es evidente. Se ha calculado que los adictos a la heroína solo en New York —y recuérdense que las cifras anteceden por mucho la tremenda inflación actual— gastan alrededor de tres millones y medio de dólares diarios en la satisfacción de su afición. El drogadicto es un ser enfermo y mayormente no produce como para obtener divisas lícitas ¿De dónde viene semejante cantidad de dinero en efectivo?. Sencillamente es el producto del hurto. Ni con las penas más draconianas, ni con la construcción de nuevos planteles judiciales y penales, ni con el nombramiento de nuevos jueces, ha podido el Estado de New York acabar con el mal (17). ¿Y a dónde va el dinero derrochado por el adicto? Mayormente a los gallinazos del crimen organizado —y pido perdón a esas hermosas aves por mencionarlas en tal contexto—, para fortalecer sus operaciones ilícitas y extender aún más su red de corrupción por el sistema. Dadas estas condiciones no debe sorprender, pues, que algunos aboguen por la legalización del uso de la marihuana, reforma muy modesta que suprimiría una carga enorme en beneficio de una mejor actuación a través del sistema jurídico. A estas alturas podemos plantear de nuevo la interrogante: ¿Qué es la decriminalización frente a estos hechos? ¿una mera noción académica aberrante o urgente necesidad jurídica?. La respuesta se encuentra cabalmente consignada en la congestión carcelaria; en el hacinamiento procesal; en la indiferencia y hasta cinismo del público frente al problema. La misma justicia reclama una solución valiente e inmediata.

La perfecta justicia es divina. El modelo humano, con el cual tenemos forzosamente que contentarnos, padece de múltiples imperfecciones. La morosidad procesal es la pura negación de la justicia (18). Además, este fenómeno genera sus propios efectos criminógenos. El régimen norteamericano camina —algunos

(16) Según el 2º informe del Comité sobre Crimen y la Heroína del 91º Congreso de los Estados Unidos. Número 91-1808, Washington, D.C. (1971).

(17) Véase, "The New York Experience" H.H.A. Cooper, 9 The John Marshall Journal of Practice and Procedure. Fall 1975. p. 134-142.

(18) Véase "la morosidad en el proceso penal: factor criminógeno" H.H.A. Cooper 16 Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Feb. Mar. 1975 pp. 25-33.

dirían cojeando— bajo una carga casi insoportable. Se ha visto la deformación procesal producida por el exceso de trabajo que afecta cada rincón del sistema. En lo penal se ven las transacciones, los arreglos y regateos, que no tienen lugar en el fuero civil. La orientación actual de la administración de la justicia es tan errada que el peso de la ley penal cae con mayor fuerza en los menos culpables y los menos reprochables. Desgraciadamente, a través de todos los estados, el diseño y funcionamiento del sistema actual favorece a los más avisados. El sistema actual esta atascado con los pobres, sin medios para pagar su rescate; con personas cuyas infracciones son realmente de poca consideración y con los ingenuos. Los vivos se burlan del sistema y los peces gordos pasan por las redes hacia la mar abierta. Las consecuencias para la buena administración de la justicia penal son desastrosas y evidentes. Seguramente, hay que obrar con más energía y una conciencia más equitativa y cristiana. Sin duda, en estas circunstancias, una política bien pensada encaminada hacia la decriminalización es la única salvación. Tal política permitiría la concentración de los recursos humanos y económicos disponibles para poder luchar más eficazmente contra la criminalidad de mayor peligrosidad. En lugar de perseguir los asuntos de poca importancia con igual o aun más entusiasmo que las cosas de mayor trascendencia, los poderes del Estado deben organizarse bajo una pauta de prioridades. La elaboración de nuestro esquema nos exige un examen acucioso y objetivo de todo lo que, en la triste realidad que he configurado, no sirva para proteger los valores esenciales de una sociedad moderna, una sociedad más bien en vías de transformación. La decriminalización es la eliminación de las ramas muertas para que el tronco pueda volver sano y recobrar su capacidad en pleno vigor. Es hora ya de acabar con las ficciones y fingimientos. La decriminalización igual al proceso de la criminalización misma es un proceso renovador y regenerador del derecho penal. No perdamos más tiempo discutiendo si la decriminalización es o no aconsejable: vamos adelante a considerar en concreto qué conducta debe ser decriminalizada.

En los Estados Unidos de Norteamérica, en estos momentos, se está produciendo una decriminalización forzada, de hecho y no *de jure*. En gran medida el cambio se produce por la vía procesal o por la inercia del sistema mismo. Existe pues una gran escoria de legislación penal de la que nadie hace caso. Las leyes contra la posesión ilícita de la marihuana en algunos Es-

tados se quedan en el papel. El repudio a la homosexualidad se ha desvanecido hasta tal punto, que personajes bien conocidos se declaran abiertamente como homosexuales. Hace pocos años se abrió un juicio en contra del conocido actor, LENNY BRUCE, en la ciudad de New York, por haber infringido las leyes penales que tienen como función la protección del pudor público. Fue condenado y como consecuencia directa del proceso, se suicidó. En nuestros días a pocos metros del lugar donde BRUCE cometió su delito, se estrenan películas de las más lascivas y cualquier persona puede comprar, sin temor a la persecución judicial, la pornografía más cruda y explícita. Las actitudes hacia la prostitución son también muy ambivalentes. En la misma capital norteamericana, el tráfico sexual ha llegado a proporciones alarmantes. A poca distancia de la Casa Blanca, la prostitución en flagrante y las leyes y su cumplimiento son muy deficientes. Algunos jueces consideran que la prostitución no debe ser reprimida y sus actitudes han afectado naturalmente a las autoridades policiacas. Y no hay que olvidar que en cada Estado puede prevalecer un criterio diferente. Notando estos ejemplos, uno se ve frente a un país atorado por una cantidad de preceptos obsoletos e inútiles, que, sin embargo, permanecen como obstáculo a la realización del bien colectivo. Recuerden que se trata de un país en que todavía en algunos lugares, la masturbación a solas en la intimidad de la casa propia, es un delito. Aun con este ligero esclarecimiento, opino que la decriminalización, como necesidad práctica, se hace evidente.

¿Quiénes son los beneficiados principales del triste estado de cosas que se ha advertido? Obviamente, pues, las gente más peligrosa, los vivos que saben aprovechar de la deficiente organización de los recursos disponibles en aras de una buena administración de la justicia penal. Un estudio del sociólogo argentino, Pedro DAVID (19), magníficamente documentado, sobre el problema del hurto en el Estado de Nuevo México, demuestra fehacientemente, como los inculpados en libertad bajo fianza cometen numerosos delitos más al esperar sus enjuiciamientos. Quienes viven del fruto de la prostitución, de los juegos ilícitos (20), del tráfico de las drogas, de la venta y divulgación de la pornografía, los buitres del crimen organizado, no están en favor de la decriminalización de ninguna parte de aquellas activida-

(19) "The World of the burglar". Albuquerque; University of New México Press (1974).

(20) Importante negocio de la mafia en las grandes ciudades es el "Numbers game", un juego ilícito de apostar en los números de algunos boletos que se hacen circular.

des y ellos se benefician dos veces de la penosa situación existente porque la dedicación de los escasos recursos de la colectividad en la infructífera persecución del crimen sin víctimas, significa una reducción correspondiente de los esfuerzos en contra de esta clase tan peligrosa de enemigos sociales. Permítaseme, concluir con unas palabras más, extraídas del artículo mío ya citado con demasiada frecuencia y poca modestia (21). "Se ve que existe una relación importante entre lo moral y lo jurídico que mantiene el vigor de este último y que le da su capacidad para desarrollarse y renovarse".

En el fondo, la reforma jurídica se basa en lo moral. A veces la reforma iniciada en lo jurídico se adelanta a la actitud moral frente a la misma cuestión, pero en tal caso su iniciativa se permite por la indiferencia de lo moral. Cada reforma en lo jurídico ha sido precedida por su verdadero cambio en lo moral, que ha reducido la oposición a la alteración, hasta el punto en que la resistencia es insignificante. Esta cualidad de lo moral se puede designar como la tolerancia, para distinguirla del principio más activo que, a menudo, toma o fuerza la iniciativa. Este último factor, que es producto de una honda inquietud, es el verdadero principio dinámico moralizador.

Mientras no existe ninguna tensión irreconciliable entre lo moral y lo jurídico, su funcionamiento regulador pasa inadvertido. Su otro nombre es nada menos que la justicia. Consciente de estar en este ilustre recinto, consagrado a los altos fines académicos de la justicia, y la preparación de futuras generaciones de profesionales, cuya cabal capacitación redundará en beneficio de su Patria, les ofrezco como lema una bonita frase del maestro VERSELE (22) quien, basándose en palabras de un colega y amigo venezolano, Juan Manuel MAYORCA nos instó, "El Derecho como un instrumento social sí, pero no hacer el derecho por el gusto de hacerlo". Hace unos años el maestro CARNELUTTI escribió su inolvidable obra "Demasiados Abogados", ¿No es hora apropiada para escribir un segundo tomo titulado "Demasiado Derecho"?

(21) Op. cit., supra a nota 10, pp. 37-38.

(22) Primeras Jornadas de Defensa Social. Caracas 1974 p. 197.

