

LA INGENIERÍA INSTITUCIONAL CRIMINAL.

Sobre la necesaria interdisciplinarietà
constructiva entre derecho penal
y politología

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Resumo: Os saberes, inclusive o saber penal, estão em contato uns com os outros. Tal contato permite que seus sistemas de compreensão sejam interdisciplinares o que significa a existência e comunicação de conhecimento. A relação entre saberes não deve representar relação de apoderamento, de defesa ou de subordinação, mas relação construtiva de interdisciplinarietà. Uma das características do saber penal é o de se apontar dos dados que lhe convém de outros saberes e rechaçar o resto. Tal é a relação mantida com as ciências como a criminologia, a política criminal, a medicina legal, a história penal, etc. e que todas elas são apontadas como ciências auxiliares. A interdisciplinarietà construtiva postula um diálogo inevitável entre os saberes que se respeitam mutuamente. Sob este prisma são analisadas a política criminal e a ciência política que abarca a chamada engenharia institucional.

Palavras-chave: Política criminal – Ciência política – Criminologia – Relação entre a dogmática penal, a política criminal e a criminologia.

1. Cada saber tiene su propio horizonte de proyección y su funcionalidad particulares. Si no los tuviese le sería imposible decir algo sobre un ámbito de la realidad (sobre un paraje óptico) porque no sabría cuál es ese paraje ni para qué quiere decir algo. Sin embargo no puede evitar el roce de sus límites con otros saberes e incluso superponer parte – a veces considerable – de su propio horizonte con el de otros saberes, todo ello sin contar con que, aunque quiera negarlo o ignorarlo, le es imposible ocuparse de un paraje óptico (de ciertos entes) sin una cierta comprensión del ser de todos los entes, o sea, de la ontología (filosofía).

Existen saberes que se ocupan de otros parajes ópticos o parcialmente del mismo desde otras funcionalidades, con los que el derecho penal – como cualquier otro saber – se roza y otros con los que superpone parcialmente su horizonte de proyección o universo abarcado. Los primeros son saberes tangenciales y los segundos saberes secantes.

Estos tocamientos o superposiciones entre saberes no son meros pedidos de auxilio a otras disciplinas, sino verdaderas hipótesis de trabajo interdisciplinarias de las que ningún saber puede prescindir, so pena de caer en autismo o, lo que es

peor y más frecuente, en el prejuicio. En efecto: el cultor de un saber se maneja en la vida cotidiana con los conocimientos del lego respecto de otros ámbitos de la realidad que están fuera de su horizonte de proyección y, por ende, es vulnerable a cualquiera de los prejuicios comunes en la sociedad a la que pertenece. El conocimiento técnico sobre esos ámbitos puede chocar con el prejuicio y crearle los mismos problemas de redefinición del común de las personas y llevarle a poner en marcha mecanismos de defensa o "reclusura".¹

Para evitar el autismo y el prejuicio es indispensable apelar a la hipótesis de trabajo interdisciplinario, que no significa que el saber pierda su horizonte y su función, sino que la construcción de su sistema de comprensión sea interdisciplinaria. Lo interdisciplinario no es, pues, el saber particular, sino la obra del científico: los libros siguen separados en las bibliotecas, pero los hombres siguen dialogando y comunicándose sus conocimientos, y el nivel del sistema de comprensión que ensayen se hallará en directa relación con la calidad y cantidad de esa comunicación.

Esta regla general del saber humano es todavía más importante en la ciencia social, particularmente en el derecho y, muy especialmente, en la especial sensibilidad del fenómeno que es propia del derecho penal, como lo demuestra toda su trayectoria ideológica.

2. Si bien es común a toda la manualística penal el estudio de sus "relaciones" con otros saberes, esto no basta para caracterizarlas si no se las enfoca como relaciones de interdisciplinariedad constructiva de su sistema de comprensión.

Es bueno que, antes de entrar a la consideración que dejamos esbozada, precisemos que el tema presenta un tratamiento muy complejo por parte de la doctrina, con notoria anarquía terminológica y conceptual. No podemos ocultar la sensación de alta confusión a su respecto, a la que creemos que contribuye una sucesión de equívocos entre los cuales no son menores los siguientes.

a) El vocablo *relaciones* ha servido para salir del paso a través de su uso equívoco, con el que a veces parece que se caracterizan esfuerzos apropiatorios de entes de otros horizontes, en otros casos, actitudes de contradicción o de defensa frente a amenazas consideradas invasoras o críticas y, por fin, en otros revelan acatamiento a lo dicho en otras disciplinas. En síntesis, por relaciones se entienden casi siempre relaciones de apoderamiento, de defensa o de subordinación, pero muy pocas veces se trata de verdadera relaciones de interdisciplinariedad constructiva.

b) Una característica particular del saber del derecho penal ha sido su marcada tendencia a la invención de ciencias serviles, que prefirió llamar "auxiliares". Este fenómeno no es conocido por el saber jurídico civil, por ejemplo, donde a nadie se le ocurre inventar la etiología del incumplimiento contractual como ciencia auxiliar, y ni siquiera la sociología de la familia es considerada tal. Me-

(1) Cf. Cordon W. Allport, *La naturaleza del prejuicio*, Bs. As., 1962, p. 39.

nos aún el derecho constitucional considera auxiliar a la ciencia política ni el derecho financiero toma por tal a la economía política o a una parte de ella.

Este apoderamiento satelital de todas las disciplinas secantes dio lugar a propuestas de “ciencias penales” en cuyo rubro suelen incluirse la psicología judicial, la criminalística, la medicina legal, la estadística criminal, la psiquiatría forense y, por supuesto, la criminología, la política criminal, la historia penal, la filosofía penal, etc.

Cuando de este conjunto se excluye al derecho penal, se pretende que las restantes son ciencias “auxiliares”, lo que carece de sentido, porque desde el punto de vista de cada una de ellas lo “auxiliar” puede ser el derecho penal. Cuando se adopta el criterio de incorporar al conjunto el mismo derecho penal, se ha llamado a la totalidad así configurada “cuadro de las disciplinas criminológicas”, “enciclopedia penal”, “enciclopedia criminológica”, “ciencia general de la criminalidad”, “ciencia penal general”, “ciencia total del derecho penal”, etc.²

La cuestión se remonta al siglo pasado y penetra hasta muy entrado el presente: para von Liszt el derecho penal era una disciplina jurídica, pero no se completaba el saber sin apelar a una fuerza contraria a la que ponía límites, que era la política criminal, asentada en el estudio de las causas del delito y la eficacia de la pena³; para Adolf Prins se trataba de una ciencia jurídica, pero también social, pues el mismo objeto jurídico considerado desde el punto de vista de la defensa social recibía el nombre de criminología o sociología criminal y lo relacionada con las ciencias morales y políticas, la estadística, la antropología y la psiquiatría⁴; Ferri llamaba sociología criminal a un todo que estudiaba el delito como hecho individual y social para proveer una defensa social que podía ser preventiva o represiva, siendo el derecho penal una rama de esta última función, junto a las técnicas carcelarias y los institutos postpenitenciarios⁵.

Esta afición, que desemboca en la creación indefinida de pseudociencias – al menos en cuanto a su autonomía –, revela que el criterio de auxiliaridad no es más que el resultado de pugnas de poder académico por un lado, y de pobreza de discurso propio por el otro, lo que en cualquier caso indica la conveniencia de su rápido reemplazo por la interdisciplinariedad.

c) Un fuerte movimiento de rechazo a cualquier interdisciplinariedad pretendió juridizar todos los datos de las demás disciplinas en forma casi esquizofrénica. Esta tendencia (que depurada metodológicamente fue el neokantismo) ha favorecido en definitiva las relaciones de apoderamiento y rechazo selectivo de datos.

(2) Sobre estas denominaciones, Celestino Porte Petit, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México D.F., 1958, p. 33; el trabajo póstumo de Ladislao Thot, *Síntesis de las ciencias penales*, en *Rev. Penal y Penitenciaria*, 1936, I, p. 5 y ss.

(3) F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, 1891, p. 13.

(4) A. Prins, *Ciência penal e direito positivo*, Trad. de H. de Carvalho, Lisboa, 1915, p. 13.

(5) Enrico Ferri, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 39 y ss.

No se concibe un diálogo interdisciplinario cuando un saber decide apoderarse con total arbitrariedad de los datos que le conviene y rechazar el resto y, además, se atribuye la facultad de modificar a gusto los que quiere. La fuerza de este momento puramente normativo del derecho penal es tan enorme, que sus trazos son seguidos incluso por quienes afirman no compartir sus fundamentos. Esta tendencia constituye una reacción frente a lo que se llamó el "reduccionismo sociológico" del derecho penal, propio de la criminología positivista del siglo pasado y comienzos del presente, resucitado en versiones más cercanas con la pretensión de una "ciencia única" o de un único modelo científico conforme a los patrones de las ciencias naturales.

Tanto el aislamiento normativizante como el reduccionismo de cualquier signo impiden la interdisciplinariedad (el primero porque la interrumpe arbitrariamente, el segundo porque asume otra disciplina). La interdisciplinariedad constructiva postula un diálogo inevitable entre saberes que se respetan mutuamente y, al mismo tiempo, elude el reduccionismo, porque no puede emprender ningún diálogo sin partir de un horizonte y de una función propios.

La tendencia juridizante pura – y en especial el neokantismo – rechazó y filtró los datos de las ciencias sociales, pero también se apropió de otros saberes jurídicos, creando incluso capítulos del propio saber penal, cuando en realidad son conceptos que sólo pueden elaborarse interdisciplinariamente.

3. Dentro de la interdisciplinariedad constructiva con saberes secantes no jurídicos, se destaca especialmente la referida a la política criminal.

La expresión "política criminal" se ha empleado en diversos sentidos, prácticamente desde el s. XVIII, pero por efecto de su difusión fue perdiendo contenido semántico. Para precisarlo deberíamos referirnos a su historia y a los diferentes momentos ideológicos a que estuvo sometida, lo que es tarea de una exposición más amplia.

En líneas generales es hoy dominante un concepto de política criminal que le asigna la función de establecer cómo debe configurarse el derecho penal para cumplir mejor su función de protección de la sociedad.⁶ El pensamiento positivista la consideraba un saber que es útil al legislador: se decía, por ejemplo, que es "el arte (en el legislador) de adaptar a las exigencias de cada pueblo las propuestas de la sociología criminal para la defensa preventiva y represiva".⁷ Desde un ángulo muy diferente, para el pensamiento liberal que consideraba al derecho penal derivado de la razón y la criminología era el "derecho penal filosófico", se la consideró como una "doctrina de práctica legislativa".⁸ Hoy se entiende que resulta importante para el dogmático, o sea, que no es sólo un saber destinado a

(6) Así, Jescheck-Weigert, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlin, 1996, p. 22.

(7) E. Ferri, op. cit., p. 100.

(8) Cf. Francesco Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazione*, Torino, 1874.

legisladores sino también a intérpretes de la ley y jueces,⁹ pues para las nuevas corrientes ya no es – como para Liszt – un saber empírico fundado en la criminología y en la penología, a la que el derecho penal debía poner límites: en la actualidad se la considera inserta en el derecho penal y no enfrentada al mismo.¹⁰

De cualquier manera, se mantiene un concepto tradicional legitimante, que tiene pocas diferencias con el que sostenía Ferri hace casi un siglo. Pero incluso en ese uso más frecuente de la expresión se percibe una tensión que es difícilmente ocultable: la política criminal no siempre es un discurso de legitimación, sino que tiene un enorme potencial crítico. Si bien es posible construir un discurso político criminal desde un ángulo legitimante, aceptando como verdades lo que no pasa de ser meras afirmaciones apriorísticas, como las que encierra cualquier llamada “teoría de la pena”, todo eso cambia si se parte de datos de la realidad y se la concibe como una valoración general del modo de encarar la conflictividad criminalizada y de ejercer el poder punitivo. En este último sentido, su función tampoco está limitada al legislador, pues el juez también toma decisiones que son políticas, desde que expresan una decisión de poder estatal y, por ende, el dogmático no puede quedar al margen de estas valoraciones.

Por otra parte, no puede hablarse de política criminal sin tomar en cuenta el funcionamiento real del poder punitivo y, por ende, del sistema penal, de modo que hoy sería harto insuficiente limitar el concepto de la misma a un saber que se ocupa de las disposiciones que el legislador debe insertar en la ley penal, como si ésta operase por sí misma, con independencia de las características estructurales y de las eventuales pero siempre concretas del sistema penal al que esas normas habrán de habilitar el ejercicio de poder punitivo. Es bastante claro que la política criminal contemporánea debe abarcar la valoración de la estructura del sistema penal y la política a su respecto, o sea, que tendrá un fuerte contenido de política institucional.

4. Lo que parece bastante claro es que – al menos hasta ahora – al derecho penal se le ha pasado por alto el desarrollo de una disciplina que ha cobrado particular importancia en las últimas décadas y que ha obtenido un adecuado espacio académico: la ciencia política¹¹ que abarca la llamada ingeniería institucional.¹² De advertirse este desarrollo y admitir su existencia e importancia,

(9) Cf. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973; Hassemer, *Strafrechtsgematik und Kriminalpolitik*, 1974, Zipf, *Kriminalpolitik*, 1980.

(10) Así, Roxin, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 1992, p. 127.

(11) V. por ejemplo, H. F. Weissberg, *Political Science: The Science of Politics*, N. York, 1986; G. Pasquino, *la complessità della politica*, Bari, 1985; D. M. Ricci, *The Tragedy of Political Science, Politics, Scholarship and Democracy*, N. York, 1984; G. Pasquino – S. Bartolini – M. Cotta – L. Morlino – A. Panebianco, *Manual de Ciencia Política*, Madrid, 1993.

(12) Así, por ejemplo, Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, 1994.

no creemos que deba dudarse mucho en considerar que la política criminal es un campo especializado de la ciencia política y, en lo que hace a la política respecto del sistema penal, de la ingeniería institucional. Por ende, creemos que existe una política criminal como rama especializada de la ciencia política, que abarca la ingeniería institucional criminal como uno de sus aspectos más importantes.

El Estado de Derecho contemporáneo vive amenazado por un crecimiento ilimitado del aparato punitivo, especialmente de sus agencias ejecutivas y penitenciarias.¹³ Por ello, la política criminal y, muy especialmente, la ingeniería institucional criminal, son saberes fundamentales para su defensa y fortalecimiento. En definitiva, la interdisciplinariedad del derecho penal con la política criminal es interdisciplinariedad con la ciencia política y particularmente con la ingeniería institucional.

Es función de la ciencia política precisar los efectos de las decisiones legislativas y judiciales y, por ende, notificar al dogmático y al juez acerca de las consecuencias reales que provoca lo que el primero propone y lo que el segundo decide, como también informarle el sentido político general del marco de poder en que toma la decisión, que puede ser liberal o autoritario, garantizador o policial, es decir, fortalecedor o debilitante del Estado de Derecho.

Cabe pensar que en los próximos años serán más los politólogos que se aproximen a la política criminal, porque lo cierto es que hasta el presente predomina el viejo concepto positivista de la misma porque éstos no han reparado seriamente en este aspecto de su propia disciplina, a la que sólo tienden a concebir como parte de un discurso con efecto electoral y de gobernabilidad, sin que se hayan producido tampoco trabajos importantes sobre ingeniería institucional criminal desde este campo.¹⁴

Aunque hasta el presente no parece observarse ningún avance constitucional serio en la materia, es lógico pensar que una reflexión más profunda de los politólogos en el campo de la ingeniería institucional criminal les demostrará la necesidad de hacerse cargo de un fenómeno preocupante por la indiferencia de operadores políticos y de politólogos: aunque sea paradójal, al política criminal del Estado no tiene responsable político; las instituciones de poder punitivo pueden crecer sin límites; la compartimentalización segmentada del sistema penal provoca incoherencias trágicas, que van desde cárceles sobrepobladas y mortíferas hasta impunidad casi absoluta y consiguientes problemas de seguridad; la privatización policial permite que la capacidad operativa privada supere a la estatal; no se invierte en investigación objetiva de la conflictividad criminalizada, de modo que se manejan números de denuncias o procedimientos policiales

(13) Cf., por ej., Nils Christie, *Crime Control as Industry. Towards Gulags Western Style?*, London-New York, 1993; trad. cast. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1994.

(14) Los trabajos importantes siguen siendo de criminólogos y juristas, como por ejemplo, Stanley Cohen, *Visiones de control social*, trad. Elena Larrauri, Barcelona, 1988, Mireille Delmas Marty, *Le flou du droit*, París, 1986; de la misma, *Les grandes systèmes de politique criminelle*, París, 1992.

como si fuesen números de conflictos, sin contar con la manipulación sectorial de los mismos; el presupuesto dedicado al sistema penal se distribuye en función del peso de los diferentes intereses y acuerdos sectoriales, pero fuera de toda racionalidad orientada por objetivos o metas de prevención y solución de los conflictos, etc. Esto significa que el Estado de Derecho deja librado al azar de las coyunturas de intereses corporativos el conducto que alimenta y refuerza el Estado de policía que encierra y contiene, lo que implica un suicidio institucional.

Creemos que será necesaria una respuesta desde la ingeniería institucional, que deba concretarse en el ámbito del derecho constitucional. Del mismo modo que a partir de la Constitución francesa de 1946 se incorporaron al constitucionalismo comparado los consejos económicos y sociales, creemos que deben establecerse consejos plurales, en que los representantes de las agencias del sistema penal sean minoría (pues serían justamente los controlados, a fin de que los intereses sectoriales no se impongan sobre las exigencias del Estado de Derecho) y que tengan por objeto investigar la conflictividad, establecer cuáles son los conflictos de mayor frecuencia y gravedad y proponer las políticas de control y solución, aconsejando siempre acerca de la adecuación y racionalidad de la inversión presupuestaria y defendiendo sus criterios en la comunicación masiva.¹⁵

Aunque obvio, no es ocioso reiterar que el modelo se funda en la necesidad de contener al Estado de policía y defender al Estado de Derecho ya que, tratándose de anverso y reverso de una misma moneda, cuando uno se ilumina el otro más se oscurece.

⁽¹⁵⁾ E. Raúl Zaffaroni, *Naturaleza y necesidad de los Consejos de Política Criminal*, San José, (ILANUD/Comunidad Eruopea), 1997.