

3. CRIMINOLOGIA

3.4

LA CRIMINOLOGÍA HOY: POLÍTICA CRIMINAL COMO SÍNTESIS DE LA CRIMINOLOGÍA.

Política penal y relaciones con la teoría de la responsabilidad.
Un control social alternativo o la criminología
de los Derechos Humanos

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

SUMARIO: 1. Muchas criminologías, muchas políticas criminales – 2. Venturas y desventuras de la llamada política criminal alternativa. El entorno histórico – 3. Política criminal alternativa y política penal – 4. Criminología y derecho penal críticos. Reflexiones en torno a la dogmática penal. Una nueva visión de la responsabilidad penal – 5. Propuestas desde la realidad de América Latina – 6. El derecho penal mínimo (Ferraioli y Baratta) – 7. La llamada descriminalización – 8. Propuestas para otras ramas del sistema penal – 9. En la Justicia de Menores – 10. Una interpretación progresiva de la categoría “Jueces Naturales” – 11. En lo penitenciario – 12. La función policial y la prevención – 13. Otras propuestas posteriores.

Resumo: O artigo analisa o estado atual da criminologia, sintetizando os rumos tomados pelo pensamento criminológico pós-moderno. Apresenta propostas de política criminal coerentes com a realidade da América Latina.

Palavras-chave: Criminologia – Criminologia crítica – Política Criminal – Responsabilidade penal – Direito Penal Mínimo.

Pareciera que han terminado los intentos de construir “teoría criminológica”. Tanto la criminología causal-explicativa positivista, como las rupturas epistemológicas que dieron lugar a las criminologías interaccionista y crítica, han cesado los debates que las fundamentaron, dando por sentado que todo está dicho, o que, en todo caso, hay poco nuevo que decir.

No se ha llegado a renuncias, sin embargo, aún cuando, de lado y lado, ha habido algunas flexiones hacia posiciones menos rígidas o fundamentalistas. La Criminología Interaccionista insertó una importante interrogación que hizo de la relatividad el inicio de una discusión más plural, más abarcante, menos ciega frente a las afirmaciones limitadas del positivismo criminológico. La Criminología Crítica introdujo el tema del poder y de los intereses, hizo de la sociedad y de sus males un análisis más profundo y totalizador, e incluyó el compromiso con la justicia social como una tarea necesaria de la

criminología. De lado y lado hay verdades tan grandes que no pueden ser ignoradas.

Algunos acercamientos han coincidido en espacios comunes. Acaso el espacio más común ha sido el de la Política Criminal, alternativa o no. Y es porque el tema del control social es hoy el único que aún se discute. Esto tiene una razón de ser:

La crisis socioeconómica que sacude a América Latina como consecuencia de los ajustes solicitados por la globalización y los apremios de la deuda pública; el abandono del modelo asistencial, y el consiguiente agrandamiento de los sectores económicamente desprotegidos; todo ello sumado a la creciente desconfianza en el sector público, considerado corrupto e ineficiente, y al declinar de su autoridad "moral", ha producido una particular actitud colectiva y una consiguiente respuesta política frente al tema del control del delito. Aún cuando lo delictivo fue siempre un tema centralmente político, pareciera que nunca como ahora el tema delictivo se había politizado tanto. La represividad no es sólo la demanda, sino que parece también ser la respuesta. Lo peligroso, pues, parece ser que estemos frente a un despeñadero por donde se escurran todos los avances del desarrollo espiritual de la humanidad, entre ellos los Derechos Humanos en el terreno del sistema penal. No sería sorprendente, pues ya los Derechos Humanos parecen haber perdido espacio en el modelo de la liberalización y el imperio del mercado, que prácticamente lanzan a los individuos, equipados o no que estén para estos embates, al recurso no siempre exitoso y sí muchas veces letal, del *self help* o autoayuda. No sería tampoco sorprendente, porque el mismo Derecho ha comenzado a perder su eficacia y validez. Ante una sociedad globalizada, sin más límites ni más territorio que el de Internet, la capacidad de gobernabilidad a través del Derecho se diluye.

Por cierto, que ya no se haga más teoría criminológica y que se privilegie el momento del control, parece conducir a ratificar el cuestionamiento, ya antiguo, de una división entre Criminología y Política Criminal por parte de quienes ven, como veremos más adelante, en algunas de las tendencias mencionadas al inicio, la identidad de la que se dice Criminología con la Política Criminal.

Así, pues, el tema del control social se hace cada vez más importante en todos sentidos. Un control que no signifique opresión, sino liberación de las capacidades y energías positivas del ciudadano y las instituciones, está estrechamente ligado no sólo a una particular concepción de la criminología, sino básicamente a una concepción de la democracia.

El diseño de ese control es asunto de lo que se ha llamado (aunque pudiera llamarse de otra manera) "Política Criminal". En realidad, este término es menos que satisfactorio. No sólo desde el punto de vista estrictamente gramatical (¿por qué una política de cualquier tipo, es decir, un arte para manejar problemas determinados, puede ser "criminal", si no está destinada a "cometer delitos"?); sino también desde un punto de vista ideológico. En efecto, la expresión "criminal" tiene connotaciones que remiten directamente a una concepción predefinida de las conductas. La única virtud de esta denominación es que remite directamente, para expresarse como su opuesto, a una expresión ya acuñada por la vieja

criminología. La utilizaremos, sin embargo, porque, en la evolución de estos conceptos, es así como se le ha venido llamando.

La Política Criminal se ha dicho que es un arte. En realidad, es la aplicación de conocimientos o de valores a una realidad social determinada, que se quiere transformar. Es, pues, una labor de ingeniería social —o política—, según los casos.

Por tratarse de una cosa tan delicada como es la manipulación de actitudes, valores, personalidades, por una parte; y de la implantación de un orden predeterminado sobre un conglomerado, por la otra, la cuestión ética se presenta como una condición: ¿Cómo pensamos que debe ser una sociedad? ¿Cuál es el orden que queremos? Es decir, no solamente: ¿Cómo queremos que se comporten las personas? Sino también: ¿Cómo queremos que sean el orden, el control, el Estado, el Poder? ¿Cuál es el grado de felicidad, de satisfacción, y de emancipación general que este orden debe procurar?

1. Muchas criminologías, muchas políticas criminales

No nos cansaremos de insistir en que no hay una Criminología, sino muchas. Por eso, la cuestión de cuál es la clase de Criminología en la cual creemos, y por lo tanto, a la cual nos afiliamos, es la única que puede orientar las funciones que propone, tanto al sistema social como al sistema penal.

La criminología positivista que, como se sabe, no cuestiona el orden dado, intentará incidir en la conducta de las personas o las comunidades, tratando de adecuarlas a lo establecido en las Leyes. Ejemplo de esto son los equipos clínicos tradicionales, que no tratan de ayudar a las personas a comprender el significado de sus conductas, con el fin de que puedan ejercer libremente sus opciones, sino de enseñarlas a comportarse según el orden dado, o facilitar su inserción en el modelo dominante. Son, como se sabe, criminología positivista tanto la Clínica como la Sociología de la Desviación, que en algunas de sus derivaciones también se ha denominado funcionalista.

Para una Criminología Clínica, la responsabilidad penal estaría en función de la capacidad de entender y de querer demostrada por los delincuentes en los estudios psicológicos, psiquiátricos y sociales de su entorno inmediato.¹

Ejemplo de Política Criminal Positivista es también el famoso *Chicago Area Project*, de la sociologista Escuela Ecológica de Chicago, orientada a mejorar el hábitat cultural, económico, material, de los sectores que habitaban las áreas consideradas críticas, generalmente ubicadas al lado del centro comercial o financiero de la ciudad, según mapas ecológicos: lugares donde se hacinaban los inmigrantes, los pobres, las prostitutas, y hasta los tuberculosos; en fin, de los que no tenían más remedio que ubicarse allí y, como consecuencia, medrar de la zona

(1) Sobre los diferentes tipos de Criminología, véase Lola Aniyar de C. *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1987.

central de negocios, a la cual se suponía que estaban simbióticamente, y por lo tanto ecológicamente, articulados.

Lo que no se planteó, en esa perspectiva socio-biologicista de zonas simbióticamente interdependientes, fue el análisis del precio inmobiliario en esas zonas, que era muy alto a pesar de que ya no eran aptas para el uso residencial, y de la capacidad adquisitiva de quienes iban allí a morar por necesidad.

La Criminología positivista sociológica, que fue sin duda ya un gran avance ante la Clínica, no hace expresas propuestas de responsabilidad penal, aunque códigos penales modernos, y alguna doctrina, pueden dar importancia bien a la corresponsabilidad social sobre la base de la pertenencia del imputado a zonas de “desorganización social”; bien atenuantes genéricas en virtud de una interpretación progresiva de los motivos del imputado.

Algunos han hablado de una Criminología Organizacional, para referirse a la que simplemente se ocupa de la eficacia y el correcto funcionamiento de los órganos del sistema penal. Esta, en realidad, no es otra cosa que política criminal positivista, al no cuestionar el orden, y limitarse a procurar que éste funcione de acuerdo a lo previsto.

La Criminología Interaccionista, por su parte, al enfatizar la intersubjetividad – y por lo tanto, la relatividad de la asignación del estatus de criminal–; y poner de esta manera sobre el tapete los procesos de criminalización –en vez de la persona o sus cualidades–, necesariamente influirá en una perspectiva diferente de la Política Criminal. Así, mientras una parte de esta Criminología, la típicamente norteamericana del etiquetamiento o *labeling approach*, pudiera asimilarse al positivismo al insistir en los efectos criminógenos del señalamiento, y por lo tanto insiste en lo negativo de la criminalización secundaria que se produciría como consecuencia de ese etiquetamiento, la tendencia llamada del interaccionismo crítico, de una parte de la doctrina alemana, al puntualizar la selectividad política del control, se afilia a la criminología crítica y participa de sus maneras de hacer Política Criminal.

Por supuesto, como todo movimiento nuevo que nace rechazando planteamientos que considera política y racionalmente injustos, la Criminología Crítica se inicia en términos de confrontación. Este fue, pues, como otras veces hemos dicho, el momento de la Antítesis. Se trataba de partir de cero, de destruir lo que se construyó sobre bases cuestionadas, de debelar lo oculto tras el discurso oficial del control.

Toda revolución, incluida la del pensamiento, toda ruptura de cadenas, implica un estado de ánimo, una voluntad de negar, y el condimento necesario de una cierta agresividad verbal. La Criminología Crítica, muy de acuerdo a un movimiento histórico y global desestructurante que dio paso a la posmodernidad en todas las manifestaciones del arte, la filosofía, el pensamiento político, etc., constituyó una verdadera revolución del pensamiento, y dio una vuelta radical al mundo académico y al ámbito de los llamados encuentros científicos; creó nuevas secciones en las bibliotecas, cambió los currículos de criminología y hasta algunos de derecho y procedimiento penal, e interesó a los intelectuales de buena fe, incluidos muchos juristas progresistas que se acercaron a sus planteamientos,

algunos de los cuales se convirtieron en verdaderos criminólogos críticos. (La necesaria identidad, por cierto, de penalistas críticos y criminólogos críticos, ha sido propuesta por algunos autores que entienden que el criminólogo crítico debe ser, a la vez, penalista crítico, y viceversa (Bustos),² o que la herencia de la criminología crítica debe estar orientada a la construcción de una dogmática penal mínima (Larrauri).³

El mundo de la llamada "cuestión criminal" se abrió a partir de entonces hacia insospechadas amplitudes. Los nuevos temas se multiplicaron, los viejos temas fueron asumidos desde otra perspectiva —lo que les asignó un relevante valor sociológico y político—, y los objetivos se diversificaron. El tema del control, de lo definicional, del poder y de los intereses, se manifestó en todas las áreas que se investigaron, aunque fueran tradicionales en la criminología. Se rediscutió el derecho a castigar, se comenzó a vaciar el Código Penal de incriminaciones, primero en las propuestas de "*radical non intervention*" (Schur); en los procesos de descriminalización que ocuparon por mucho tiempo espacio en libros, seminarios, discusiones legislativas, trabajos en el Consejo de Europa; y —en su más radical expresión—, se propuso la abolición *tout court* del sistema penal, a través de una revalorización de las soluciones privadas a los conflictos.

El momento de la antítesis, pues, fue el momento del Descubrimiento. De la indignación, la proclama y la evangelización. Luego vino el momento de construir la alternativa. Las alternativas que fueron surgiendo dependían de los diferentes cultores y de sus afiliaciones culturales, sociales e ideológicas. Cada entorno regional tenía que enfrentarse a diferentes maneras de hacer criminología en sus espacios geográficos. La Clínica y la Escuela de la Defensa Social predominaban en la Europa Continental, así como la llamada Criminología Organizacional predominaba en la Europa anglosajona. En América Latina todavía dominaban los modelos clínico y defensorista. Lógicamente, había temas (y alternativas) que dependían tanto de esas realidades como de sus diferentes grados de desarrollo político y social. Los temas referidos a los marginales, a los de la delincuencia económica y la corrupción política y administrativa, los referidos a la mujer, a los indígenas, a los presos sin condena, a los operativos policiales y las leyes peligrosistas de manejo administrativo (como las Leyes de Vagos y Maleantes), tenían en nuestro subcontinente niveles de urgencia e incidencias peculiares, aunque en algunos casos el interés fuera coincidente con el de algunos países europeos (como por ejemplo, Italia, para el tema de la corrupción administrativa y de las Leyes de Excepción).

Algunos de estos casos, como los delitos cometidos por abuso de poder, los delitos contra la mujer y la violencia doméstica en general —contradictoriamente con la mayoría de los planteamientos críticos en torno a la disminución de lo penal—, llevaron a propuestas de criminalización y de sobrecriminalización.

(2) Juan Bustos. "Criminología crítica y derecho penal latinoamericano". *Criminología crítica*, Primer Seminario. Medellín : Universidad de Medellín, 1984.

(3) Elena Larrauri. *La herencia de la Criminología Crítica*. México : Siglo XXI, 1991.

Es a partir del surgimiento de la Criminología Crítica cuando se comienza a decir que Criminología y Política Criminal son la misma cosa. Aun un autor positivista como Heinz Zipf,⁴ dice: "si se concibe la criminología, en conjunto, como ciencia primariamente empírica, puede oponerse a ella una política criminal valorativa. En cambio, si se concibe la Criminología como parte de una Teoría Crítica de la sociedad, coinciden en cambio en grado considerable Criminología y Política Criminal". Por su parte, según Zaffaroni y Hess, al entender que en la criminología el hilo conductor es el poder –(como lo hemos entendido nosotros)–, no tendría sentido "diferenciar ambas pues la política criminal, más que política estatal que orienta la lucha contra el crimen, sería la ideología política que orienta el control social punitivo".⁵ Para el "realismo marginal" de Zaffaroni, "todo saber criminológico está previamente delimitado por una intencionalidad política y la Criminología no es una ciencia, sino el saber –proveniente de múltiples ramas– necesario para instrumentar una decisión política, cual es la de salvar vidas humanas y disminuir la violencia política".⁶

2. Venturas y desventuras de la llamada política criminal alternativa. El entorno histórico

En Italia, en 1975, surge tal vez por primera vez la idea de elaborar lo que se llamó "una Política Criminal Alternativa" global y articulada, y no sólo para algunas áreas de interés emergente.

Esto tiene también relación con el entorno histórico: el interés surge ante la posibilidad de un triunfo electoral de la izquierda en Boloña, lugar donde se reunía prioritariamente el Grupo Crítico italiano en torno a la revista *La Questione Criminale*. Un volumen de esta revista se le dedica a la discusión sobre Política Criminal.⁷ Existía en Italia un movimiento obrero organizado, y el problema no era el de la marginalidad, como se le conoce en los países latinoamericanos, sino el de la clase trabajadora, a la cual se le reconocía como aquella que resultaba "preferiblemente victimizada por el sistema penal". Se habla, pues, de una Política Criminal de la Clase Obrera. No pretendía el Grupo, por cierto, asumirse como vanguardia, y descubrir e imponer una determinada Política Criminal al Movimiento Obrero, en un momento en el que se preveía una transición al socialismo. Bricola habla claramente de "identificar las líneas de desarrollo de una

(4) Zipf, citado por Mauricio Martínez. "El estado actual de la criminología y de la política criminal", en *Capítulo Criminológico*, vol. 27, n. 2. Maracaibo: Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, agosto, 1999. p. 48.

(5) *Ibíd.*

(6) *Ibíd.*

(7) Sobre todo esto, véase *La Questione Criminale* 3, Bologna, Società Editrice Il Mulino, anno 1, settembre-dicembre, 1975.

Política Criminal del Movimiento Obrero", y, por lo tanto, de "verificar las posibilidades de que ésta, como un todo, sea llevada adelante por el mismo Movimiento".

Entre otras cosas, se proponía "evitar la reducción característica que lleva a identificar la cuestión criminal como un problema de orden público", lo que sin duda era muy significativo, dado el tratamiento ideológico de "estado de guerra" que siempre se le ha dado a la "lucha contra delincuencia". A la vez, se reconoce la necesidad de construir también una Política Penal —como profundas reformas de estructura—, ya que la Política Criminal no debería ser sino una parte más de la Política Social. Sólo como *extrema ratio*, se propone el recurso a la sanción penal. Ante la expectativa de una real posibilidad de participación en entes regionales que definen la política social, esta asimilación de Política Criminal a la Política Social abriría el camino para realizar, también, una Política Criminal.

El marco histórico era no solamente ése, de carácter local, sino el de la avanzada de las socialdemocracias en el mundo y el de la emergencia de regímenes socialistas. También influye el análisis que previamente se vino haciendo en otras dos revistas vinculadas a Bologna: *Quale Giustizia y Política del Diritto*, otra antigua tradición italiana de pensamiento de izquierda con buena resonancia en la audiencia social e, inclusive, el electorado. Todo ello contribuyó a entender la "politicidad del Derecho" (Neppi Modona).

A partir de ese momento, entonces, el Grupo de Boloña asume la asimilación de la Política Criminal a la Política Social. Esta propuesta rápidamente desaparecería no sólo por el desencantamiento ante las reales posibilidades de intervención y cambio en la esfera política, como ante las objeciones que se produjeron; entre otras, la relación que parecería derivarse de allí, en el sentido de que habría una etiología de lo delictivo. Y ello no se correspondía con la asunción de lo delictivo como mera atribución, es decir, algo puramente definicional.

Igualmente, la expresión Política Criminal del Movimiento Obrero, o de la clase trabajadora, como se expresó precedentemente, fue un tiempo después reconsiderada dentro del mismo Grupo, al evaluar que "Movimiento Obrero" no era necesariamente asimilable a clase trabajadora, y/o que éstos no eran necesariamente asimilables a clase subalterna. Muy pronto, el mismo Baratta,⁸ al referirse al referente material de delito, incluye el concepto de "intereses generalizables", como elemento del mismo, aunque no deja de mencionar su "necesaria potencialidad emancipatoria".

Posteriormente, muertas las esperanzas de una transformación como la prevista, y como parte del movimiento hacia la síntesis que en algunos casos significó una vuelta al pasado —lo cual motivó más de una referencia a la muerte

(8) Véase Baratta. "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Capítulo Criminológico*. Maracaibo: Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia.

de la criminología crítica (Melossi, Pavarini, entre otros)—,⁹ se propondría por parte de este mismo Grupo, el cual dedicó a este debate un ejemplar completo de la revista *Dei delitti e delle pene*, —revista en la cual se transformó la antigua *La Questione Criminale*— la búsqueda de un “referente material del delito”. Los más delicados razonamientos sobre el particular se deben sin duda también a Baratta.

Es decir, a partir de entonces, se reconoce que hay “conductas socialmente dañinas”, que no son necesariamente las reconocidas oficialmente, y que, por lo tanto, las incriminaciones, ‘al menos provisionalmente’, son necesarias, pero que deben ser integradas a un sistema de valores alternativos. Esto ya representaba un cambio importante en el pensamiento crítico: de una negación del sistema penal, se pasó a una posibilidad de uso del mismo, y se abrió el camino a reformas dentro de un sistema social y político que seguía, de todos modos, siendo cuestionado.

Se abre así la posibilidad de discutir una “Política Penal Alternativa”.

3. Política criminal alternativa y política penal

Hasta ahora hemos hablado de propuestas de política criminal alternativa refiriéndonos, indistintamente, tanto a las que van en dirección de asumir medidas de ingeniería social, o modificaciones estructurales, como las que se dirigen específicamente a lo penal. En realidad, en este último caso, estamos específicamente en el campo de la Política Penal. Es decir, que la Política Criminal sería el género y la Política Penal la especie.

A la Política Penal corresponden las siguientes propuestas: la búsqueda de un referente material de delito que permita elaborar incriminaciones que obedezcan al interés general (Baratta);¹⁰ la propuesta de la criminalización prioritaria de los intereses difusos o generalizables (Sgubbi); la propuesta de incriminar las violaciones a los Derechos Humanos reconocidos por la Carta de Naciones Uni-

(9) Massimo Pavarini. “Cómo resistir: control social y saber crítico”, en *Capítulo Criminológico* 22. Maracaibo : Instituto de Criminología “Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia, 1994. p. 23-61.

(10) Sobre los diferentes aportes de Baratta en esta materia, véase sus trabajos: “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en *Capítulo Criminológico* 13. Maracaibo : Instituto de Criminología “Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia, 1985; “¿Tiene futuro la criminología crítica?” en *Capítulo Criminológico* 23. Maracaibo : Instituto de Criminología “Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia, 1995; “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”, en *Capítulo Criminológico*. Maracaibo : Instituto de Criminología “Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia; y su libro: *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*. México : Siglo XXI, 1986.

das (Schwendinger);¹¹ u otras propuestas (Aniyar)¹² relativas a cómo identificar aquellas necesidades reales fundamentales que Baratta sugirió como base para ubicar aquel referente material.

Dentro del margen del Derecho establecido, aprovechando el doble discurso del Derecho Penal liberal, está asimismo una propuesta importante por sus inmensas posibilidades reales, aunque después por algunos (sólo algunos) rechazada: el llamado Uso Alternativo del Derecho, al cual nos referiremos posteriormente.

Corresponden también a la Política Penal: la Descriminalización, y la Abolición del Sistema Penal, que más que una Política Penal, es su negación, la cual es la propuesta más radical, ante la cual emerge la posición de mantener un Derecho Penal Mínimo (Ferraioli y Baratta).

Igualmente, son Política Penal las críticas que se han hecho al concepto de responsabilidad penal.

4. Criminología y derecho penal críticos. Reflexiones en torno a la dogmática penal. Una nueva visión de la responsabilidad penal

Todo el esfuerzo de síntesis que se ha hecho hasta el momento, y que ha sido en parte resultado de las relaciones entre juristas y criminólogos críticos, puede ser observado en las referencias que se han hecho —algunas ya mencionadas— a la responsabilidad penal.

Desde una concepción que intenta rescatar la escasa producción marxista originaria, en 1982, Bergalli, muy vinculado al Grupo de Boloña, propone una Política Criminal para la Clase Trabajadora en Argentina, interesante por su referencia a la responsabilidad penal.¹³ Como se sabe, las escasas aproximaciones de Marx a la cuestión criminal habían tenido un matiz positivista por su referencia casi-determinista a lo criminógeno existente en la situación de subordinación y marginación de las clases seleccionadas para integrar las instituciones penitenciarias. De hecho, Marx rechaza que el hombre sea libre y capaz de determinarse. (Por eso también la obra de Bonger, que fue ortodoxamente marxista, es hoy considerada, contradictoriamente, positivista). Pero incluso algunos autores de la izquierda británica, en la época en la que escribieron "La Nueva Criminología", como Taylor Walton e Young, luego convertidos en los "nuevos realistas", partían del principio de una libre determinación de la

(11) Herman y Julia Schwendinger. "Clases sociales y la definición del delito", en *Capítulo Criminológico* 13. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1985.

(12) Véase Lolita Aniyar de Castro. "La nueva criminología y lo criminalizable", en *Capítulo Criminológico* 15. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1987.

(13) Sobre su propuesta, ver Roberto Bergalli. *Crítica a la criminología*. Bogotá : Temis, 1982. p. 217 *et seq.*

conducta delictiva). Bergalli extrae de las obras de Marx sus trabajos sobre "la superstición cristiana y burguesa que 'han pasado a fundamentar la moderna doctrina de la culpabilidad como "conciencia y voluntad" del delito', que estaría en la base de la libertad y de la responsabilidad individual", las cuales, dice, "han pasado a fundamentar el Derecho Penal liberal moderno"; a la vez que rechaza la concepción teológica de la sanción "como instrumento de enmienda y de terapia anticriminal".

Para Bergalli, esta actividad de culpabilizar y responsabilizar a las personas se contrapone a la de desresponsabilizar y exculpar a la sociedad, "... desocializando esa culpabilidad y esa responsabilidad", lo cual haría mediante las siguientes "tres técnicas del derecho penal burgués: a) la construcción de tipos abstractos de delito, mediante la cual son definidos y seleccionados como hechos antisociales ciertos comportamientos atribuibles (conciencia y voluntad) a personas; b) el proceso y la condena como solemnes momentos de identificación pública del individuo-persona, por medio de la identificación de su 'conciencia y voluntad' criminales; y, c) la represión bajo forma de estigmatización y de marginalización social, ya sea mediante la privación de libertad o de la inscripción de la condena en el respectivo registro judicial, con la consecuente constitución del status criminal...". A esto agrega las constataciones, que han sido reiteradas por la Criminología Crítica, de la selectividad del control, de que hay conductas nocivas que no son incriminadas, que no todos los delitos son perseguidos, y que no todos los perseguidos son sancionados, lo que explicaría, dice, "el carácter proletario o subproletario de la criminalidad que reflejan las estadísticas tradicionales (...) y la 'tendencia al delito' atribuida a las capas subalternas".

Todo esto lleva a la concreta propuesta de política penal, que encontramos en Zaffaroni (1982, 1985), de la coculpabilidad, o, lo que es lo mismo, del reconocimiento jurídico del carácter social de la responsabilidad penal.

De la misma manera, Baratta (*Capítulo Criminológico*, órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, n. 16, 1988) articula las nuevas teorías dogmáticas de la responsabilidad con una Política Criminal Alternativa: él explica cómo, por una parte, la ciencia social estudia los conflictos al interior de un concepto amplio de situación que abarca potencialmente a todo el sistema social, de manera que el comportamiento individual no es más que una variable dependiente, mientras que, por la otra, "lo ficticio jurídico" tiene como consecuencia la necesaria negación del carácter ontológico de los requisitos subjetivos de la responsabilidad: la imputabilidad y la culpabilidad. Se remite a lo dicho por Hart (1951) en el sentido de que los juicios relacionados con la responsabilidad, la imputabilidad y la culpabilidad, serían atributivos y no descriptivos, y que por lo tanto, constituyen variables independientes. Es decir, que la determinación de la responsabilidad es una imputación de responsabilidad y los presupuestos de tal determinación son criterios normativos construidos por el Derecho, que corresponden, no a hechos, sino a tipos de hechos (las figuras delictivas). Estas condicionan normativamente y no "ontológicamente la imputación de responsabilidad (p. 76) (...) Todas las características sobre las cuales se basa la motivación de la sentencia de condena (...) son reportadas, en la

más rigurosa investigación sociológica sobre el proceso penal, al estatus social del imputado y a los estereotipos de lo criminal y de criminalidad de los que son portadores los órganos de la justicia penal (...)" (p. 77 y ss.).

En efecto, las teorías modernas de la culpabilidad han evolucionado desde la teoría normativa de la culpabilidad, basada en la reprochabilidad de la acción (Frank), pasando por Kohlrausch —el reconocimiento de la libertad de actuar como un artificio del legislador—; Ellscheid —la imposibilidad de determinar judicialmente el pretendido fundamento ontológico del juicio de culpabilidad, el haber podido "actuar diversamente"—; y Roxin y Jakobs —el reconocimiento de la independencia lógica del juicio respecto del pretendido supuesto ontológico (ibíd p. 78). Esto, para Baratta, no es sino un progreso de la "mala conciencia", pues al no poder modificar la aplicación de la pena, se hace al proceso más irracional, y la pena-sufrimiento aparecería como inevitabilidad de la violencia del sistema penal. De esta manera, la crisis de la teoría de la culpabilidad se convertiría en crisis de toda la teoría de la pena y de la responsabilidad penal.

Como propuesta de Política Penal, Baratta sugiere la opción crítica: que los actores del proceso vivan la experiencia del sistema penal, desde adentro del mismo, con la conciencia de esta artificialidad, con el fin de limitarle sus efectos negativos sobre los derechos del imputado y de la víctima, y los costos sociales que el sistema penal implica. Y es que, como afirma, los intentos de superar los formalismos del Derecho no significarán jamás un progreso del mismo hacia formas más elevadas de civilización, mientras se mantengan inalteradas las relaciones de poder y sujeción, y la violencia punitiva. Sin embargo, esto no significa su aprobación de prácticas, o normas que las permitan, subjetivistas por parte de los operadores del aparato penal, tal como fueran introducidas, por ejemplo, en el régimen nacional socialista. Por eso, aspira a una concepción del proceso penal que permita a todas sus partes vivir la experiencia de los "artefactos de la Justicia" a través de la realidad social, en vez de vivir la realidad social a través de los artefactos de la Justicia (ibíd, p. 78).

5. Propuestas desde la realidad de América Latina

Las particularidades multiétnicas en América Latina, por su parte, orientan las propuestas de respeto y valorización de la pluralidad normativa —lo que se ha llamado "asignación múltiple de significados"—, al descubrir la existencia, en la sociedad, por una parte, de una verdadera "interlegalidad" (Santos), así como la eficiencia de las Rondas Campesinas (Irigoyen) en Perú, que hoy ha influido en el desarrollo dogmático-penal; y del llamado "otro Derecho" en Colombia o en Brasil.

El legado multiétnico y la presencia de grandes masas de población campesina, tenían también que influir en la doctrina y la legislación para incluir el error insuperable de derecho como causa de inculpabilidad.

En el caso de Argentina, por otra parte, juristas y criminólogos críticos, a raíz de la experiencia del proceso militar, trabajaron temas que deberían influir en la responsabilidad penal, como fue el caso de la obediencia legítima y debida.

6. El derecho penal mínimo (Ferraioli y Baratta)

En el caso de Ferraioli, la motivación expresa es el temor al desbordamiento constatado de la potestad punitiva del Estado, a través del uso de las Leyes de Excepción y de las llamadas penas informales, por lo cual le parece estratégica la afirmación de las garantías legales y procesales, y se inscribe entonces en la corriente que se llamaría Garantismo. Y, sin duda, la revisión y compilación de la materia penal que se encuentra dispersa en diferentes leyes, en su mayoría de corte administrativo aunque contienen verdaderas sanciones penales, es una tarea por hacer que ayudaría a reforzar el mencionado paquete garantista.

En el caso de Baratta, aunque el derecho penal mínimo, en sus primeros trabajos, parecía más bien ser la condición necesaria para la progresiva desaparición de lo penal, recientemente se refiere a este derecho penal mínimo como al "derecho penal de la Constitución", cuya tarea, a la manera del pensamiento iluminista, sería la de limitar y regular la pena. Este derecho penal mínimo, pues, sería: "el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos, cuando esta protección se considere inevitable para responder reactivamente a gravísimas violaciones de derechos fundamentales". Y luego nos dice, al referirse a la postura que inicialmente asumió —similar a la de Hulsman—, de suspender metodológicamente las categorías mentales del crimen y de la pena: "no quería ciertamente negar la existencia de situaciones socialmente negativas y la realidad del sistema punitivo, sino promover un esfuerzo de la fantasía jurídica y política dirigido a construir las situaciones, a través de otros conceptos, para tornarlas susceptibles a formas de intervención alternativas (...) si he hecho un cambio en mi perspectiva, éste ha sido el de superar aquella rígida separación, y buscar un principio de coordinación y de sinergia entre todas las ópticas disciplinarias, y todas las agencias, penales y no penales, del Estado, de los entes locales y de la sociedad civil, que permitiese no sólo la autonomía, sino también la coexistencia y la colaboración, el recíproco aprendizaje entre las diversas competencias, en la visión y en el tratamiento de los eventos".

7. La llamada descriminalización

El Derecho Penal Mínimo, en realidad, no es más que la concreción conceptual de los primeros intentos descriminalizadores. La llamada descriminalización fue sin duda el primer esfuerzo mayor por diseñar una Política Penal humanista.

Por su influencia en las reformas legislativas, y su reflejo en la responsabilidad penal, es importante señalar aquí algunas de las proposiciones que se han hecho, la mayoría proveniente de los expertos del Consejo de Europa, entre los cuales se encontraba Hulsman, uno de los padres de la teoría abolicionista.

1. Evitar que normas exclusivamente moralizadoras se conviertan en incriminaciones.

2. Evitar criminalizar conductas para las cuales no hay sanción posible, o que interfieran con criterios morales interiores.

3. No crear normas bajo la asunción de que ellas resolverán el problema.

4. No criminalizar conductas que son propias de:

- los grupos sociales más débiles
- o discriminados
- o que corren el peligro de serlo

5. No criminalizar conductas que sólo puede conocer la policía cuando investiga por su propia cuenta y no por denuncia o acusación: lo que llamó Baratta, posteriormente, "principio de la primacía de la víctima". Esto fue receptado de la Victimología, que hoy tiene carácter de disciplina autónoma, y que se ha introducido inclusive en los principios del proceso acusatorio, insistiéndose en la superioridad del principio de oportunidad sobre el de legalidad. En este mismo orden de ideas, el consentimiento de la víctima debe ser considerado en el tipo penal, o en su defecto, tener efectos en la atribución de responsabilidad. Pero no sólo esto. La víctima debe tener una participación importante en el proceso, para evitar así que "el Derecho Penal le robe —o expropie— el conflicto a la víctima" (Christie, Hulsman), y que la misma pierda dos veces: una, frente al delincuente y, otra, frente al Estado.

6. No criminalizar conductas tan frecuentes, que el Derecho Penal • el Derecho Penal no tenga ante ellas poder disuasivo,

- o que por esa frecuencia se consideren normales, o que
- no producen reacción de rechazo en la mayoría de la colectividad (adulterio, aborto).

7. Tampoco aquellas que son producto de un desajuste psíquico o social.

8. Ni las que tienen lugar dentro de la esfera privada (incesto o conductas sexuales de cualquier índole entre adultos consintientes)

9. O que puedan tener soluciones distintas a la penal (bigamia).

Pertenece también a la Política Penal el llamado Uso Alternativo del Derecho.

De tradición española e italiana (Barcellona, Coturri, Ibáñez, entre otros); y en Venezuela Rossell Sehnenn,¹⁴ este recurso es de importancia táctica frente al Derecho penal vigente. Parte desde el reconocimiento de dos realidades y una afirmación sectorial. Las realidades son: 1— La desprotección, demostrada en el

(14) Jorge Rosell Sehnenn. "La realización de los derechos humanos y el uso alternativo del derecho. La otra forma de administrar Justicia", en *Capítulo Criminológico*, 14. Maracaibo: Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1986.

sistema penal, de sectores amplios de sistemas poblacionales sin poder, y 2— el “doble discurso” que caracteriza el sistema legal en su conjunto, en el que, por una parte, todos —o casi todos, según los países— los derechos humanos están protegidos por la Constitución, mientras que en el sistema penal, tanto en las leyes como en su actividad, la discriminación es evidente. Esto, que se puede resumir en la desesperanzada frase de que “el Derecho es necesariamente irrealizable”, puede resolverse a través de la aplicación prioritaria de las Constituciones por parte de la magistratura, debelándose de esta manera las contradicciones que el Derecho conlleva. Esta es la afirmación sectorial. Los Jueces Penales, usual y erróneamente, no suelen considerarse Jueces Constitucionales, cuando, en realidad, todos lo son. Evidentemente, lo ideal es un sistema legal que funcione totalmente para la democracia constitucional; cuando no lo hace, hay esa corrección posible, aunque no abarque todo lo que acaece en el sistema penal sino únicamente lo que sucede en manos de los jueces progresistas, que en España se llamaron, precisamente, Jueces por la Democracia, a los que se debe buena parte del avance del Derecho del caso concreto.

El llamado Uso Alternativo del Derecho fue también fuertemente criticado por la Criminología Crítica, al considerar que el “otro” Derecho no era, en definitiva, más que “el mismo” Derecho.¹⁵ Evidentemente, se trataba de una crítica fundamentalista, que sólo concebía soluciones radicales, y no estaba dispuesta ni siquiera a aprehender las posibilidades que el sistema penal suele ocultar muy bien para su adecuación, aunque limitada, a una democracia sustancial y no solamente formal.

8. Propuestas para otras ramas del sistema penal

La Política Criminal Alternativa no sólo tiene que ver con las incriminaciones o con el uso del Derecho penal. También debe referirse al funcionamiento de los sistemas policial, judicial y penitenciario.

9. En la Justicia de Menores

Mientras los sectores regresivos abogan por, y aún modifican la legislación para reducir la edad de la imputabilidad, sigue trabajando para perfeccionar a los menores su paquete garantista. Así, se ha transformado la propuesta tradicional de ofrecerles una Justicia especial, paternalista, para darles espacio a las garantías procesales (derecho a la defensa, medidas de protección de tiempo determinado, apelaciones, entre otras), en vista de que los procesos llamados tutelares constituyen verdaderos juicios que producen la asignación de medidas peligrosistas de consecuencias a veces más temibles que las meramente penales. (García Méndez, Santos). La constatación de que se denomina “infancia” aquella

(15) Pavarini, ob. cit.

que tiene acceso a la escuela, o que no ha sido expulsada de ella, y se categorizar como "menores" (en "estado de abandono" o "en situación irregular") a los otros, ya es suficiente para percibir la selectividad de este control.¹⁶

Varias Convenciones Internacionales han recogido esos criterios: La Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (o Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil.

La discusión sobre la constitucionalidad, o no, de los instrumentos de Naciones Unidas, en los países en los que ellos no han sido ya recogidos expresamente por las mismas, tiende en la Criminología Crítica a ser un medio de Política Criminal Alternativa, por la legitimidad que le proporciona su amplia consensualidad.

10. Una interpretación progresiva de la categoría "Jueces Naturales"

De la misma manera debe interpretarse progresivamente el principio de la Justicia administrada por Jueces Naturales. A pesar de que la Doctrina corriente utiliza la expresión de Jueces Naturales para referirse a aquellos que están prescritos por la Ley (por ejemplo: jueces civiles y no militares para presos civiles), esta categoría debe interpretarse progresiva y extensivamente en los casos de los indígenas y otras minorías étnicas, nacionales y religiosas. De esta manera, entre otras posibilidades, debería aplicarse a la Justicia en el caso de las mujeres, -actoras o víctimas-, cuando se trata de delitos que tienen que ver con su pertenencia a un género (violación, por ejemplo), delante de que el punto de vista de género suele ser culturalmente excluyente.

11. En lo penitenciario

Las Normas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos; y las de Pactos de Derechos Humanos, como el de San José, son un alegato permanente de juristas y criminólogos progresistas. De esta manera, se plantea no sólo privilegiar las penas alternativas a la de privación de libertad, sino que el trabajo en la prisión esté sometido a las mismas condiciones laborales que el trabajo extramuros. Se propone igualmente resguardar la salud, la identidad y la

(16) Ver Emilio García Méndez. "La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia. Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia adolescencia como sujeto de derechos", en *Capítulo Criminológico* 18-19. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1990-1991. p. 179 *et seq.*

dignidad del procesado. No hay mucho más que lo que ya está previsto en estos instrumentos internacionales. El asunto está en aplicarlos. Pero, en períodos de crisis del pensamiento humanista, como éste, donde el interés oficial se esconde tras el chivo expiatorio de todos los males sociales que es el delincuente, el único enemigo, nadie quiere consideraciones ni hoteles de 5 estrellas para ellos.

El mensaje humanista debe ser, sin embargo, transmitido sin cesar, para que perdure. Y la lucha debe permanecer abierta.

12. La función policial y la prevención

La crítica de la función policial y el tema de los delitos internacionales, por su parte, con sus respectivas propuestas, fueron característicos de la criminología anglosajona, la primera, y de la norteamericana, el segundo. No hubo tantas propuestas de Política Criminal, sin duda, en el caso de los delitos internacionales —que no podían ir más allá de los juegos de poder, y de sugerencias de criminalización sobre la base de los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos—, como en el campo de la policía, cuya tendencia hoy en el mundo es abiertamente hacia la descentralización, y la participación ciudadana (*Community Policing*), ofreciendo como consecuencia, la desburocratización de la misma y la acentuación de su función básicamente preventiva.

Esto se relaciona con lo que hoy se ha denominado “Nueva Prevención”, la cual, en la práctica de algunas ciudades europeas, tiene por primera vez (Baratta)¹⁷ una dimensión local, participativa, multidisciplinaria y pluriagencial.

Esta modalidad, de la que por cierto obtuvimos resultados muy positivos en una experiencia de gobierno en el estado Zulia (Venezuela), permitía, a través de los llamados Comités de Seguridad Vecinales, asumir, no funciones de “vigilantismo”, sino preventivas en la mejor acepción de la palabra; e, inclusive, respuestas no formalizadas en el sistema penal, verdaderamente “alternativas”, que a veces más tenían que ver con soluciones privadas de los conflictos. De esta manera, la respuesta penal se convertía en subsidiaria, y los grupos así organizados (y reconocidos), podían derivar hacia otro tipo de prestaciones sociales, como la salud pública y privada del barrio o la defensa de los derechos humanos de los pobladores (Aniyar de C.).¹⁸

Pero la policía que tenemos es uno de los nudos más difíciles de resolver. Sólo en Venezuela, en la última semana de septiembre, el Viceministro de Justicia anuncia satisfecho que, desde el mes de enero, han sido muertos “2000

(17) Baratta. “Entre la política de seguridad y la política social”, en *Delito y seguridad de los habitantes*. ed. Elías Carranza. México : Siglo XXI, 1997.

(18) Lolita Aniyar de Castro. “La participación ciudadana en la prevención del delito. Antecedentes, debates y experiencias”, en *Capítulo Criminológico*, vol. 27, n. 2. Maracaibo : Instituto de Criminología “Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia, agosto, 1999.

delinquentes potenciales", el Gobernador pasado propuso pena de muerte y el Alcalde Mayor actual cadena perpetua, todo ello en función electoral (nótese el terrorismo de esta frase: ni siquiera se refiere a delinquentes comprobados, produce una real inseguridad que nos atañe en lo personal a todos por igual: ¿quién es —o no— un potencial delincuente?). Estamos hablando de dos cosas aparentemente similares pero en realidad muy distintas: una, mayor represividad penal, y otra, utilización de lo que he denominado "sistema penal subterráneo", que es el que funciona en la realidad de los hechos: redadas indiscriminadas, ejecuciones extrajudiciales o presuntas muertes en enfrentamiento con la policía. Mientras el sistema penal subterráneo sea el que verdaderamente funcione, no tiene sentido hablar de políticas penales.

Así, pues, la policía juega un rol fundamental en una política criminal alternativa. No sólo la policía no puede ser "parte del problema", y constituirse en foco de mayor delincuencia (en algunos países nuestros, ciertos policías llegaron a constituir verdaderas organizaciones delictivas utilizando sus capacidades y aptitudes profesionales), sino que al violar la ley deslegitima el aparato de control social, al hacerle perder su credibilidad.

13. Otras propuestas posteriores

También la criminología crítica ha tenido que ver con una concepción nueva de la expresión "seguridad ciudadana", en la que se asume deben incluirse igualmente los riesgos y daños que sufren mujeres y niños en el sector privado, los atropellos policiales, los delitos ecológicos, los de corrupción y concusión, y las desviaciones criminales en el interior de órganos civiles y militares del Estado (Baratta).

En definitiva, la eliminación del vocabulario bélico para referirse a la delincuencia común, la sustitución del estereotipo del delincuente como exclusivo miembro de las clases subalternas, por una visión más amplia de lo socialmente dañino, posiblemente contribuirían a reducir a sus justos límites el sentimiento de inseguridad ciudadana que durante siglos ha sido superior al de la efectiva delincuencia convencional. No hay que olvidar que "lo delictivo" es parte del aparato político de legitimación. Y la lucha por la verdad tiene como inconsciente enemigo central una opinión pública desprevénida y manipulada.

Sólo superando esta concepción podemos aspirar a una Política Criminal que sea humanista, histórica y profundamente democrática. Para esto, por supuesto, se requiere también no solo de un Gobierno, sino de una sociedad, que sean profunda y totalmente democráticos.