

Hércules en el jardín criminológico

Luis de la Barreda Solórzano

1. LAS SEÑAS DE IDENTIDAD

Tomaré como punto de partida la definición elemental de *criminología crítica* ofrecida —no sin apuntar los problemas que entraña— por ALESSANDRO BARATTA: “Cuando hablamos de criminología crítica, y dentro de este movimiento nada homogéneo del pensamiento criminológico contemporáneo situamos el trabajo que se está haciendo para la construcción de una teoría materialista, es decir económico-política, de la desviación, de los *comportamientos socialmente negativos* y de la criminalización, un trabajo que tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaborados en el ámbito del marxismo, no solo estamos conscientes de la relación problemática que subsiste entre criminología y marxismo, sino que consideramos también que semejante elaboración teórica no pueda hacerse derivar únicamente, por cierto, de una interpretación de los textos marxianos (por otra parte, bastante fragmentarios sobre el argumento), sino que requiere de una vasta obra de observación empírica en la cual ya pueden considerarse válidos datos bastante importantes, muchos de los cuales han sido recogidos y elaborados en contextos teóricos diversos del marxismo”¹. Respecto de los estudios marxistas sobre el argumento, el propio BARATTA anota que se insertan en un terreno de investigaciones y de doctrinas desarrolladas en las últimas décadas en el ámbito de la sociología *liberal* contemporánea, que han preparado el terreno para la criminología crítica.

¹ ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo Veintiuno Editores, pág. 165.

Dicho en términos más precisos, la criminología crítica presenta algunas dificultades de identidad, lo que no es privativo de esta disciplina, sino que ha sido una constante histórica a través de las diferentes construcciones teóricas que conforman la cultura criminológica. Por lo demás, aunque en la definición elemental de BARATTA se lee que el objetivo del trabajo de la criminología crítica es “la construcción de una teoría materialista, es decir económico-política”, y que este trabajo “tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaborados en el ámbito del marxismo”, no puede dejar de advertirse que la corriente crítica ha sido ampliada, prolongada y enriquecida por muchos autores que tienen una obra teórica de peso, no fundada exactamente en el marxismo. Tal es el caso, por ejemplo, de MICHEL FOUCAULT cuando incursiona en el tema de la prisión².

Lo que me interesa resaltar con esta forma de presentar el tema es que si ya resulta problemático considerar como parte de la misma tendencia criminológica a un conjunto de pensamientos “nada homogéneos”, en los términos de la definición de BARATTA, se vuelve sumamente difícil mantener incluso el más débil sentido de pertenencia al conjunto cuando la etiqueta *criminología crítica* es susceptible de englobar a varios pensadores no marxistas y sumamente importantes en sus ejercicios críticos. “En América Latina —observa EDUARDO NOVOA MONREAL—, tan fuertemente golpeada por la miseria, el hambre, la ignorancia y la desocupación, debida a la condición dependiente en lo económico y en lo cultural y al saqueo de sus riquezas consumado por los poderes centrales, esas ideas remecieron muchas conciencias sensibles, aun de bisoños sostenedores de ideas meramente reformistas”³.

El término *criminología crítica* se acuñó por motivos ideológico-políticos, pero empleado en un sentido analítico ha dejado de tener, si alguna vez lo tuvo, un referente preciso. Prácticamente todas las ideas, conceptos, tesis, teorías que pudieran formularse como candidatos a figurar en el cuerpo de creencias y proposiciones propias de la criminología crítica han sido y son objeto de discusión por parte de quienes en un sentido más o menos claro se asumen como criminólogos críticos, lo que muestra una disciplina no anquilosada, *vivita y coleando*. Por ejemplo, se ha suscitado un caldeado e inteligente debate —recogido en las páginas de la revista argentina *Doctrina Penal* y de la revista mexicana *Criminalia*— entre LOLITA ANIYAR, EDUARDO NOVOA MONREAL, ROBERTO BERGALLI y ROSA DEL OLMO, en el que encontramos un signo de lo que va resultando evidente: son tantas y tan variadas las interpretaciones que de la criminología crítica ofrecen sus propios protagonistas, que hace ya tiempo debiera hablarse más bien de *criminologías críticas*, en plural, lo que indica hasta dónde la designación es ambigua y confusa. De la elaboración del *Manifiesto*⁴, en junio de 1981, en la Universidad Autónoma Metropolitana

² MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1987.

³ NOVOA MONREAL, “¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?”, en *Doctrina Penal*, año 8, núm. 30, Buenos Aires, 1985.

⁴ Véase *Revista A*, número 5, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1982, págs. 120 a 122.

de México, a nuestros días, mucha agua ha corrido por el río de la crítica criminológica, y una parte de ese caudal ha ido configurando *la crítica de la criminología crítica*.

Antes de la irrupción de los criminólogos críticos en la cultura criminológica contemporánea, ya se habían generado planteamientos que refutaban diversas posturas ideológicas —señaladamente las posturas positivistas— observables en las legislaciones penales. Por decisiva que haya sido la contribución de los criminólogos críticos al esclarecimiento de las raíces de la normas punitivas, y por vigoroso que sea su aporte para el despliegue y fortalecimiento del movimiento crítico del derecho penal, estas razones no bastan para identificar criminología crítica y crítica al derecho penal. Así como resulta necio desconocer hasta dónde el ejercicio intelectual de crítica al derecho penal no puede prescindir de herramientas analítico-conceptuales producidas por los criminólogos críticos, es igualmente necio pretender —tanto desde el punto de vista del conocimiento profundo de las normas penales como desde el de la lucha por superar el carácter injusto del derecho penal— que la llamada *criminología crítica* ofrece todo lo que se requiere.

Escribió CARLOS PEREYRA que “debe tomarse en serio la afirmación de MARX según la cual él no era marxista”⁵. A una aseveración similar habrían de adscribirse los criminólogos críticos, por rigor científico, en cuanto a su ubicación teórica. En primer lugar, porque la expresión *criminología crítica* o la proclamación de *soy criminólogo crítico* confiere tanto al trabajo teórico como a la lucha política un aire de gesta religiosa poco recomendable. En segundo lugar, porque no hace falta ninguna profesión de fe para desarrollar una actividad intelectual en un sentido concurrente con el trazado por el nuevo enfoque criminológico ni para participar en el combate contra las formas del derecho penal que reproducen o agudizan las desigualdades sociales o violan los derechos humanos. Además, una vez asumido el membrete *criminología crítica*, es muy difícil dejar de ver *criminología burguesa* en todo lo que está fuera de posturas de inspiración marxista. Bienvenido el desmascaramiento de esa *demonología positivista* de los siglos XIX y XX —la ingeniosa expresión se debe al talento y a la gracia de LOLITA ANIYAR— que es la criminología clínica de origen lombrosiano, pero sin que ello produzca la incómoda situación de ignorar los elementos valiosos provenientes de ámbitos de la cultura criminológica contemporánea que, sin autodefinirse con etiqueta alguna, han contribuido a la confrontación crítica y al debate actual sobre el derecho penal. Un solo ejemplo: la obra de MANUEL LÓPEZ-REY, que exige la mayor y la mejor atención.

2. LA HIPERTROFIA DEL OBJETO

El pensamiento criminológico contemporáneo, elaborado en un período de varias décadas, no está conformado, ni podía estarlo, por *un cuerpo homogéneo de proposiciones*. Ese pensamiento es —para emplear la hermosa imagen de LOLITA ANIYAR— “un jardín muy atractivo, pues hay allí especies nuevas, producto de

⁵ CARLOS PEREYRA, “Señas de identidad”, en *Nexos*, México, febrero de 1988, pág. 6.

espléndidos injertos” y su “aparente desorden es el de los jardines ingleses” y en él “se está produciendo la unidad misma que encontramos en la naturaleza”⁶.

En ese jardín, al lado de numerosos elementos teóricos sin los cuales no es posible pensar modernamente la cuestión criminal y la reacción social contra la criminalidad, hay muchos otros elementos insostenibles. Como iuspenalista inconforme con el *status quo* de la legislación penal y su aplicación, me he servido de las tesis de quienes, cultivando amorosamente ese atractivo jardín, han advertido en el derecho penal subconjuntos de tipos y punibilidades destinados principalmente a favorecer al grupo hegemónico y sus intereses, a mantener la sumisión de los oprimidos y a ocultar todo eso mediante hipócritas invocaciones al bien común, a la justicia y a la paz social. Sin embargo, y sin que se pretenda aquí examinar tesis puntuales en esa dirección, es insoslayable que en la formulación de algunas de esas tesis se observa subordinación a tentaciones economicistas o a enfoques propios del reduccionismo sociológico, y, sobre todo, una cuestión que afecta el núcleo mismo de su consistencia teórica: la extensión infinita del objeto de estudio. Se trata de una pretensión que, al ampliar sin medida la tarea de cultivar un jardín, porque este es inacabable —tarea similar a la de ejecutar las doce hazañas de Hércules—, paradójicamente reduce las posibilidades de terminar de desentrañar problemas inicialmente abordados. En efecto, no parece factible construir una versión unívoca del control social que explicara dentro de una misma disciplina la totalidad de los fenómenos que tienen que ver con esa designación: familia, religión, educación, partidos políticos, amor, sindicatos, relación laboral, deuda externa, relaciones de producción y distribución, amistad, diferencias de clase y un larguísimo etcétera. La situación no es distinta si lo que se busca es una teoría científica novedosa sobre el control social con una amplitud mayor que la criminología y aun si se elimina el término *criminología* en aras de un discurso crítico radical y omníbarcante. Además, la idea de que el concepto *control social* remite a un discurso crítico radical anticapitalista, carece de fuerza como para delimitar con mínima precisión el ámbito del objeto de estudio. La necesidad de someter a crítica las formas que adopta la dominación en los sistemas capitalistas —que, por cierto, no exculpa de la indispensable postura crítica ante los regímenes postcapitalistas— sigue tan viva como a mediados del siglo pasado y sigue conservando actualidad la necesidad de asociar esa teoría crítica a una práctica política que busque las vías de la transformación social; pero ni una cosa ni la otra se ven favorecidas por el ensanchamiento *ad infinitum* del objeto de una disciplina. El campo de conocimiento de la criminología debe rebasar el área de lo estrictamente juridicopenal para que los criminólogos avanzados eludan la trampa que conduce a considerar que la criminalidad es solo aquello que el legislador penal prohíbe a través de las figuras delictivas y que las conductas tipificadas constituyen el total universo de la criminalidad. Sin embargo, no acotar ese campo, habida cuenta de que todas las relaciones sociales tienen que ver con el control social, puede llevar a un inabarcable cielo abierto que solo puede contemplarse a distancia. Las ideas más progresistas sobre el bien jurídico podrían servir para ese acotamiento.

⁶ LOLA ANIYAR, “El jardín de al lado”, en *Doctrina Penal*, 9-33/34, Buenos Aires, enero-junio, 1986.

Como reflexiona EDUARDO NOVOA MONREAL, ya que la inteligencia humana tiene sus límites, no puede pretenderse que “una misma mente pueda captar en plenitud y en profundidad muy variados y disímiles aspectos de la realidad”, de donde se desprende “la necesidad y la conveniencia de fijar el objeto de cualquier ciencia”⁷. Si ese objeto no se delimita, se corre el riesgo de que quede bloqueado el entendimiento suficiente de la realidad. Los inconvenientes que como penalista veo de pensar el control social en su totalidad se concretan, por lo menos, en tres cuestiones: a) una expansión desmesurada del objeto de conocimiento dificulta, por sus implicaciones de distracción y laxitud, la precisión y la profundidad de la crítica al derecho penal; b) importa a una nueva criminología, antes que nada, el análisis de los excesos y las insuficiencias del derecho penal, por tratarse del instrumento más drástico de control social; c) la concepción amplísima del objeto de conocimiento aplaza, quiérase o no, la formulación acabada o el desarrollo exhaustivo de los postulados de un derecho penal democrático, el deseable “en sociedades humanas a las cuales no puedan atribuirse todas las lacras que hemos contabilizado...”⁸.

Habría que considerar con la mayor seriedad, con LOLITA ANIYAR⁹, que penalistas y criminólogos críticos, progresistas o democráticos —no hay que pelear por el adjetivo si se hace referencia a la misma corriente— debemos derribar el muro que ha separado nuestros afanes científicos para emprender la continuación de una tarea que si bien ha tenido un arranque promisorio, está —reconozcámoslo— inconclusa y que resulta de vital importancia en el proceso de imaginar —que es una manera de ir creando— un orden social menos injusto y más respetuoso de los derechos humanos: pensar críticamente el derecho penal de hoy —así en las sociedades capitalistas como en los regímenes postcapitalistas— e impulsar el tránsito a otro derecho penal que respete íntegramente sus valores fundamentales, pero nada que no lo sea y no constituya un factor reproductor o multiplicador de las desigualdades sociales. Este, sin duda, es un objeto prioritario.

3. LOS TRABAJOS DE UNA ALIANZA

Una fructífera alianza entre penalistas y criminólogos no subordinados a los valores que inspiran las legislaciones penales clasistas y las posiciones positivistas, requiere de un esfuerzo concertado para desechar dos actitudes nefastas, de significado equivalente, que describe ZAFFARONI: “hay tanto irracionalismo en la actitud de los penalistas que rechazan indiscriminadamente toda la criminología llamada crítica e incluso toda la criminología actual, como en la de los criminólogos radicales que niegan en bloque toda legitimidad del derecho penal. En el fondo parecen

⁷ NOVOA MONREAL, “Lo que hay al lado no es un jardín”, en *Criminalia*, México, enero-diciembre de 1987, pág. 32.

⁸ EDUARDO NOVOA MONREAL, “¿Desorientación...?”, ed. cit., pág. 16.

⁹ Véanse sus palabras de despedida al Tercer Congreso Mexicano de Derecho Penal, ENEP-Acatlán UNAM, México, agosto de 1987.

coincidir y de hecho coinciden en una incomunicación absoluta”¹⁰. No es posible vencer esta incomunicación. Lo observa ROSA DEL OLMO: “Están surgiendo una serie de penalistas que han iniciado una interesante reflexión crítica no solo sobre el derecho penal y el derecho en general sino también sobre la criminología crítica que puede resultar muy útil para la concreción de esta criminología. Le toca ahora al criminólogo su reflexión crítica de la criminología crítica y del derecho penal pero desde otra dimensión a la que ha venido realizando”¹¹.

Los prejuicios muy arraigados sobre el derecho penal habría que revisar como punto de partida: a) la creencia de un sector del actual pensamiento criminológico de que el derecho penal es, en bloque, un instrumento de opresión al servicio de la clase dominante, y b) el convencimiento, característico de una postura radical reduccionista, de que los principios liberales del derecho penal son principios *burgueses* que enmascaran privilegios de clase. Más allá de que esas posiciones parten de esquemas hoy superados en el pensamiento político contemporáneo, su formulación sin matices lleva a consecuencias inaceptables.

Cierto izquierdismo esquemático se inclina a pensar, siguiendo a ENGELS, que el derecho penal cumple una función de mantenimiento de la violencia económica, pues la clase dominante se vale de los aparatos del Estado, incluyendo las instituciones represivas, para defender sus intereses. La policía, las fiscalías, los tribunales y las cárceles son considerados como los elementos de una fuerza militar interior —en cada país— que responde a los intereses de la clase dominante. Sin embargo, es imprescindible advertir que en las sociedades capitalistas operan numerosas instituciones a las cuales no se puede caracterizar globalmente como *burguesas*, aun cuando sea innegable que su funcionamiento ha sido largamente destinado a favorecer los intereses del bloque dominante. La idea de que todo el derecho penal y las instituciones que giran alrededor del mismo son, sin más, *aparatos burgueses*, es deudora de la falsa imagen de la burguesía como clase-sujeto de la historia. En el derecho penal, como en otras manifestaciones de la superestructura social, cristaliza no en exclusiva la voluntad e iniciativa de una clase-sujeto, sino la correlación de fuerzas sociales, y al lado de normas que protegen privilegios injustos existen otras que protegen bienes en cuya tutela se interesa la mayoría de la población. El marxismo vulgar, ante una realidad histórica, por ejemplo, como la de la permanencia del derecho romano, “no tiene otra respuesta que la del *derecho burgués* (el derecho romano devenido en derecho burgués), con lo que no solo renuncia a explicarse la racionalidad universal del derecho sino que justifica la ideologización de la racionalidad, ya que él mismo (el marxismo vulgar) opondrá a la existencia de aquel la aparición de un derecho proletario (Vishinski en los procesos de Moscú).

¹⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1982, pág. 46.

¹¹ ROSA DEL OLMO, “Criminología y derecho penal. Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual”, ponencia presentada en el Seminario sobre el derecho penal y la realidad latinoamericana, Bogotá, 1987.

Opone, pues, la racionalidad a la ideología (en el caso de los *procesos de Moscú* y otros, como mistificación racional pura, como crímenes judiciales ideologizados)”¹². La tesis de que el derecho penal es tan solo un instrumento de la burguesía, al formularse sin los matices que un análisis profundo impone, es, en rigor, teóricamente falsa, y no lleva a la crítica de las normas juridicoponales que cumplen en exclusiva una función de dominación, sino a la oposición indiscriminada contra el derecho penal en su conjunto, lo que imposibilita la tarea de examinar cuáles normas resultan arbitrarias. ¿Quién puede sostener en serio que figuras delictivas como el homicidio y la violación, por ejemplo, responden a intereses de clase? Otra cosa muy distinta, contra la que desde luego hay que luchar, es su aplicación selectiva. El derecho penal también puede tener el uso alternativo que propone EDUARDO NOVOA MONREAL, y convertirse en un instrumento para luchar contra los crímenes de los poderosos que provocan enorme daño social o violan derechos humanos. Esta batalla, ¿puede concebirse racionalmente prescindiendo del derecho penal? Con base en el supuesto religioso de que el derecho penal está dado de una vez y para siempre como un instrumento de dominación ilegítima, invocado en forma monótona, se olvidan los otros objetivos del derecho penal, no ajenos a los intereses de las clases dominadas y de diversos sectores de la sociedad civil. No se olvide que, para citar un caso, es a través del derecho penal como pueden sancionarse los crímenes cometidos por los militares argentinos sin caer en el linchamiento o en otras formas de venganza irracional. Que ello se logre o no es —de nuevo— un problema de correlación de fuerzas, no de inidoneidad del derecho penal.

La tendencia a subestimar las *libertades burguesas*, observable en ciertos círculos de izquierda aún ignorantes de los vientos de la *perestroika* que soplan desde Moscú, no es ajena al economicismo, del que no se ha liberado del todo el pensamiento socialista¹³. Como otros muchos avances democráticos, en tanto los principios liberales del derecho penal se conquistaron o se consolidaron en movimientos sociales de los que emergió como clase dominante la burguesía, se concluye que esos principios son la traducción directa e inmediata de los requerimientos del capitalismo.

El principio de legalidad ha tenido una importante función de garantía de los gobernados frente al Estado. Aun cuando no hay duda de que numerosas conductas de los poderosos no son susceptibles de persecución penal, a pesar de su grave antisocialidad, por no estar tipificadas, de allí no se sigue, sino que debe propugnarse, que tales conductas se contemplen en la legislación penal. Adviértase que nada garantizaría que, derogado el principio de legalidad, el aparato judicial actuara contra los delincuentes poderosos y sí, en cambio, los gobernados serían perseguidos sin que siquiera hiciera falta imputarles la comisión de un delito.

El principio de culpabilidad —que impide que se imponga pena alguna a un individuo si su conducta no le es reprochable, y en caso de que le sea, que la

¹² JOSÉ REVUELTAS, “Notas para una dialéctica de la conciencia”, en *Nueva Política*, núm. 7, México, 1979.

¹³ Véase a NICOS POULANTZAS, “El examen marxista del Estado y del derecho actuales y la cuestión de la ‘alternativa’ en Marx”, en *Marx, el derecho y el Estado*, Barcelona, Libros Tau, 1969, pág. 81.

pena no exceda proporcionalmente al grado de reproche— puede manejarse hipócritamente para soslayar la corresponsabilidad de la sociedad en el fenómeno criminal, pero manejado adecuadamente permite identificar esa corresponsabilidad. Además, es mejor para la dignidad humana considerar al hombre como ser capaz de culpabilidad que caracterizarlo como un peligroso animal de presa, una máquina complicada o un títere de la circunstancia social, pues de aceptarse alguna de estas caracterizaciones ello no significaría que se absolviera a todo mundo, y si, en cambio, justificaría la imposición sin límites de penas estatales terroristas: privación de libertad indefinida, internamiento en hospitales psiquiátricos, penas crueles o degradantes, etcétera¹⁴.

El principio de legitimidad no debe rechazarse al observar la ilegitimidad de ciertas normas juridicopenaes o de ciertos sistemas penales en su conjunto, por numerosos que sean aquellas y estos. Si los procesos de criminalización están signados por la selectividad, si el derecho penal no tutela todos los bienes que deben tutelarse, si existen normas penales que no protegen bien alguno, es justamente acudiendo al principio de legitimidad que pueden objetarse esos sistemas normativos, y que puede propugnarse un derecho penal democrático. Puede y debe cuestionarse la legitimidad burguesa, no prescindirse del principio de legitimidad.

El concepto *libertades burguesas* es justo si se refiere a las actividades económicas que solo pueden disfrutar pequeños núcleos privilegiados, pero que, referido a las libertades políticas y en general a las conquistas democráticas, esconde el hecho de que esas libertades frecuentemente han tenido que ser defendidas *contra* la burguesía y oculta la evidencia de que la acumulación de derechos de la sociedad civil ha sido un largo y penoso proceso que las clases dominantes en múltiples ocasiones han tolerado a su pesar y en otras —cuando la correlación de fuerzas se los ha permitido— ha cortado violentamente al peligrar sus privilegios.

¹⁴ Sobre la importancia del principio de culpabilidad, resulta de imprescindible lectura el ensayo "Sentido y límites de la pena estatal", de CLAUS RONIN, en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1976, págs. 11 a 36.

Derechos humanos y persecución penal en América Latina

Kai Ambos*

INTRODUCCIÓN

El siguiente artículo describe un proyecto sobre impunidad ("Derechos humanos y persecución penal en América Latina"), que cubre los países de Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina. El proyecto fue aprobado en marzo de este año por el "grupo de investigación de derecho penal" del Instituto Max Planck de Derecho Penal e Internacional y Criminología de Friburgo de Brisgovia, y se realizará bajo auspicios de este Instituto entre junio 1991 y fines de 1993. La versión original ha sido actualizada últimamente el 2 de noviembre de 1991. Sugerencias y críticas son bienvenidas y deben ser enviadas al Instituto, a la atención del autor¹.

1. PROBLEMA Y OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN²

La persecución penal insuficiente o ausente constituye un problema central de la sanción de las violaciones de los derechos huma-

* Abogado e investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y Criminología.

¹ Dirección actual: MPI, Günterstalstr, 73, 78 Freiburg/Br., RFA, FAX: 0049/761-7081294.

² Agradezco a las siguientes personas: Dr. T. Thun und Dr. S. Baedeker (Comisión DDHH de la asociación de Jueces y Fiscales de la Asociación de Abogados en Freiburg/Br.); Prof. Dr. B. Haffke (Universidad de Passau); Dr. H. Krummwiede (Fundación Ciencia y Política, Ebenhausen); Dr. R. Huhle (Centro de Documentación e Información sobre DDHH en LA, Nürnberg); G. Sierck (Comisión Alemana "Justitia et Pax"); E. Müller (Amnesty International-sección alemana); Elena Carranza, Tino Toribio, Abdi Schebany (Universidad de München); además a los profesores J. O. Sotomayor, J. C. Anaya C., A. Calle Calderón, L. M. Henao, D. G. Vasquez, J. G. Zapata de la Facultad de Derecho (sección derecho penal) de la Universidad de Antioquia (Medellín), donde presenté el proyecto el 3 de octubre de 1991.