

Derecho Penal: Enfoque criminológico

Dr. Germán Aller Maisonnave*

Estoy convencido que la Universidad es la principal fuente de esperanza para mejorar la justicia porque *omnibus mobilibus mobilius sapientia* (de todo cuanto se mueve, lo que más lo hace es el conocimiento)¹ y que los estudiantes son la inspiración para deconstruir el Derecho penal y crear uno más fraterno, solidario y, en definitiva, más justo. Después de tiempo de investigación, docencia y abogacía, creo ver la realidad con otros ojos. Sin embargo, no he logrado todavía comprender cómo quienes pudiendo cerrar las grietas de la sociedad no lo hacen ni lo intentan. Quizás, sencillamente no lo desean².

Durante siglos se han buscado las causas, los factores y los procesos que llevan al delito³, pero más allá del acierto o no de los resultados obtenidos (todos nos han legado algo), cabe plantearse la cuestión de otra manera, dado que en las conocidas condiciones criminógenas que encontramos cotidianamente ya no merece la pena explicar el crimen, sino trabajar sobre las razones por las cuales —a pesar de todo— hay gente que no delinque. Los paradigmas han cambiado (tal vez se ven diferentes), y seguirán haciéndolo, puesto que se imponen otros planteos, tales como abatir la violencia, brindar seguridad, superar el castigo, revisar la ley y recuperar a la víctima. En suma, democratizar la sociedad también desde el aseguramiento de los bienes jurídicos de todos.

En un momento particular de la sociedad, dado por la comunicación masiva, el ciberespacio financiero, la cooperación penal internacional, el aumento de delitos, la desprotección de la víctima y el preocupante expansionismo penal, resulta apropiado detenerse a meditar sobre algunas cosas que están pasando, pues que podemos ser protagonistas y no meros espectadores. Los paradigmas sobre el crimen van siendo absorbidos por la compleja problemática social, ya que el progreso del hombre —incuestionable en muchos aspectos tales como el conocimiento, el saber científico y las comunicaciones— nos ubica en la encrucijada de replantear la cuestión del crimen. El desvalor social del delito supondría una identidad comunitaria ofendida por la conducta que ocasiona un daño o menoscabo social. Sin embargo, tal afirmación no condice con los conflictos culturales ocasionados por procesos discriminatorios masivos, de extra y macro victimización. Allí, el desvalor inicial o primario estaría en la desatención hacia esos sectores o cortes transversales de la misma comunidad. En tales circunstancias, la problemática delictual sería de segundo y tercer orden, puesto que la prevención debería dirigirse hacia los procesos de victimización generadores de reacciones quizás no del todo justificadas, pero atendibles comunitaria y humanitariamente. Cuando —a pesar de lo apuntado— se efectúan líneas político-criminales desconectadas de la situación social de fondo, parecería entonces que el interés al reprimir sería mantener el *statu quo*, más que cambiarlo o —en el mejor de los casos— denotaría la falta de objetivos claros y de medios apropiados a tal fin. Estoy convencido de que la violencia (sin importar de dónde provenga) es inaceptable. La violencia de segundo orden, vale decir la que responde a una primaria, solo puede ser aplicable en su mínima expresión (legítima defensa individual y social), pero no debe ser el objeto de legitimación de la violencia, sino una respuesta deficiente porque no hemos encontrado todavía otra más racional. Cuando es el Estado quien, desvirtuando sus fines, emplea la violencia primaria, como en el claro caso de violación de derechos fundamentales, imposición de carga fiscal abusiva, injusticia social, así como cuando en el terreno penal se crean delitos sobre bienes jurídicos difusos, sin existencia de víctima, se criminalizan conductas socialmente toleradas, se pueblan los códigos de figuras de peligro abstracto, de tipos penales parcialmente en blanco y abiertos, etcétera, queda ontológicamente deslegitimado para emplear la violencia y, más aún, para regir los andariveles de la justicia, porque ninguna violencia es buena⁴.

1 Frase en latín distintiva de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España.

2 En efecto, la política criminal que se perfila en muchos países tiende a mayor castigo, pero poco se percibe respecto de concretas medidas preventivas y, en definitiva, falta una solidaridad política social de base.

3 Principalmente desde las corrientes criminológicas ubicadas entorno al paradigma etiológico

4 Si lográsemos reconocer que la violencia es un acto esencialmente irracional y negativo, quizás entonces el Derecho penal podría prevenir realmente conductas delictivas, ya que el referente social acompañaría al desvalor de la violencia implícita en el delito.

* Profesor Adjunto de Criminología de la Universidad de la República. Profesor Asistente de Derecho Penal de la Universidad Católica. Profesor de Derecho Penal de la Escuela Nacional de Policía. Coordinador del Grupo de Investigación de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

En estos momentos la política criminal está ofreciendo soluciones meramente formales a problemas reales. Esas pseudo soluciones representan un simple progreso manuscrito, pero vacío de contenido, hueco de respuestas a los problemas sociales que dan lugar a no pocas conductas transgresoras. Por lo indicado, me animo a hablar de *la grieta del crimen*, en tanto no es la visión lineal y simplista del delito como factor disonante de una sociedad armónica, sino la fractura social que resquebraja el entramado, manifestándose mediante el comportamiento delictivo. Este entonces, como medio y fin de los complejos procesos sociales que conforman la convivencia comunitaria.

La dualidad del crimen permite que sea una variable excepcional para analizar el grado de democratización del Estado al enfrentar de distintas formas la cuestión criminal y definir el delito⁵. No es él la causa u origen de los problemas sociales, sino la consecuencia de procesos comunitarios y personales, políticos y económicos derivados en conductas transgresoras que victimizan a aquellas personas sobre quienes recae el daño del delito, es decir en la víctima y, en otra dimensión, también en el victimario. Por eso, la afirmación de fines del siglo XIX de Alexandre LACASSAGNE, quien desde la antropología sociológica afirmó que las sociedades tienen la criminalidad que se merecen, hoy no puede repetirse con la misma intensidad. En su momento, tal afirmación encerraba un concepto de corresponsabilidad en los procesos de criminalidad, y quizás entonces fue compatible. En la actualidad, viendo la insensibilidad al momento de definir las pautas político-criminales, constatando que la política criminal es política al fin —y a veces se transforma más en electoral que criminal— observando que la mayoría de la gente es honesta y es quien padece los efectos más nocivos de la grieta del crimen, confirmando la victimización que sufren también los criminales y dudando de la intencionalidad de algunos gobernantes, no puedo menos que afirmar que la sociedad tiene una criminalidad inmerecida y pensar que la gente de hoy no debería padecerla. Baste ya con que la pobreza extrema desemboca en la principal causa de muerte en el mundo. Más aún, las generaciones posteriores a Hitler, a Mussolini, a Stalin, a Mao Tse Tung y tantos otros opresores, no merecieron lo que heredaron, ni las generaciones del futuro merecerán lo que algunos legan. Así, tampoco el ciudadano merece que le roben, ni el delincuente merece un castigo que exceda lo expresamente preceptuado por la Constitución, y ambos merecen la garantía estatal de sus bienes jurídicos. No es correcto distribuir entre todos las culpas e insensibilidad de algunos, porque con la excusa de que es la sociedad la responsable, nadie responderá por los abusos en cascada que genera esa conducta y seguiremos construyendo una falacia sobre la sociedad como si ella fuere independiente de los actos de cada uno. Por ellos debe reprocharse a sus autores y no al colectivo. En el Derecho privado la cuestión es más sencilla, se dirimen los conflictos interpersonales dando respuesta a cada situación concreta. En cambio, en el Derecho público es el Estado quien asume para sí el conflicto y desplaza el origen interpersonal hacia una confrontación entre el Estado y la persona, razón por la cual toda la sociedad es convertida en el receptáculo de las ofensas que originariamente eran de la víctima. Esto no es asumido así por el colectivo, que continúa percibiendo individualmente las ofensas personales propias y las ajenas como tales. Difícilmente encontremos (aunque las hay) conductas que se perciban como ofensivas a todos los ciudadanos. Con lo dicho no pretendo proponer, como se hace frecuentemente en doctrina sin comprender detalladamente su alcance, el regreso a la privatización de los conflictos, que tan malas consecuencias históricas tuvo (*vindicta*, justicia por mano propia, desproporción del castigo, etcétera), puesto que solo obtenían reparación los más fuertes y los mejor preparados para el conflicto, pero los más vulnerables jamás accedían a recuperación alguna salvo por la ayuda de algún hidalgo caballero andante, ahora inexistentes. No es apropiado crear un sistema de “Derecho de héroes” como el que rigió siglos atrás. Por eso, sigue siendo necesario que exista el Derecho penal público, pero personalizando el conflicto, de modo de asegurar prioritariamente la recuperación de la víctima y del victimario aún más que la aplicación de la pena.

Asimismo, se debe analizar a la sociedad desde el crimen, comprendiendo cómo —en cualquier caso— pone en evidencia una grieta en la sociedad. El aumento de la inseguridad comunitaria debe ser abordado, en buena medida, como problema social de insatisfacción desde distintos ámbitos: el del ciudadano que ve en riesgo sus bienes jurídicos y el de quien llega al límite de la desesperación, entre otras cosas, por la frustración de no alcanzar una vida digna. La recomendable descriminalización de conductas, el acotamiento de los tipos penales, la instauración del Derecho victimal y la victimodogmática, la concreción de una política criminal y social solidaria, son los objetivos primordiales al pensar en abatir niveles de criminalidad, violencia e injusticia. Todo ello sin

5 En este sentido, como señaló E. Durkheim, el crimen es funcional a la sociedad, puesto que potencia actos de solidaridad social y traza el umbral de las conductas social y normativamente tolerables.

perder de vista el valor esencial de la comprensión como camino hacia el perdón, siendo este un puerto al que el hombre ha de arribar⁶.

Al Derecho penal se le dan cada vez más conflictos para resolver, transformándolo paulatinamente en el receptáculo de las emergencias y construyendo así una estructura punitiva de excepción (contraria al minimalismo) que, aún cuando pasare la supuesta emergencia, quedará enraizada hasta convertir al garantismo penal en la excepción y al Derecho penal de máxima intervención en la regla⁷.

Quisiera que el lector encontrase en estas líneas un incentivo más para seguir adelante con la positiva idea nuclear de que el Derecho penal —por sí— no es la solución a los conflictos sociales, sino un instrumento para dirimirlos normativamente mediante pautas éticas mínimas de convivencia. Sería importante ubicar esos avatares en su justa dimensión y tratarlos desde el ámbito social adecuado con propuestas político-sociales y de Estado específicas, para no seguir demoliendo las garantías en una desvirtuada pugna por la eficacia penal ni utilizar el recurso de mostrar en peligro a la sociedad para desviar la atención respecto de otros problemas tanto o más importantes. Por eso, no politicemos la justicia ni judicialicemos la política.

Falta mucho por investigar, por estudiar, por cuestionar, por saber y más aún por comprender, porque no está todo dicho ni nunca lo estará. Existen respuestas al crimen inherentes a la condición humana que deben tener el marco legal y el reconocimiento social propicio para su concreción: el perdón, la pacificación y la equidad social. En mi opinión, estos tres capítulos del hombre serán algún día los pilares de una política justa.

Si bien siguen surgiendo y reciclándose las explicaciones sobre el castigo, queda claro que él antecede largamente al Derecho penal⁸. Esto no es cosa menor, pues entonces no debe perderse de vista que acota a la dogmática penal a ofrecer siempre una lógica correspondencia entre el reproche y la pena, en virtud que —de otra manera— la dogmática (que es la ciencia del derecho), sería una mera abstracción, una expresión de idea y una elaboración inviable. En cambio, si se parte del merecimiento de pena en correspondencia con una lógica jurídica garantista al servicio del hombre, allí el Derecho penal cumplirá su objetivo de ser un control al autoritarismo, el límite a la venganza, un reflejo de democracia real y el ejercicio de la libertad. Si se alcanza este objetivo, ya no será necesario tildarlo de “liberal”, ni reclamar garantías, ni derechos fundamentales del hombre, cual si fueren excepciones. En todo caso, cabría discutir niveles de proporcionalidad de pena, puesto que el Derecho penal —como tal— es el derecho de todos a la libertad. Ser liberal, garantista y tutelar del hombre va implícito en su razón misma al llamarse “derecho”. Por tanto, la dogmática penal (o, simplemente, la ciencia penal) lleva consigo el desafío de limitar el castigo “del hombre al hombre”, lo que la vuelve esencial en la cuestión criminal como referente de la positiva evolución humana hacia valores superiores, pero dentro del Derecho, ya que centra su objeto en la persona como individuo capaz de reconocerse a sí mismo y valorar responsablemente el mundo exterior. Por ello, no solo se trata de disminuir penas y delitos, sino también de revisar la relación existente entre las unas y los otros.

Los modelos hasta ahora empleados como tratamiento del delincuente se han circunscrito a aquellas personas que integran la criminalidad conocida y, generalmente, reclusas en establecimientos penitenciarios. Cerca de la mitad de los internos vuelven a ser encarcelados en un futuro cercano a su liberación, lo que ha puesto en serio cuestionamiento la efectividad y validez del tratamiento. En realidad, la pena privativa de libertad no es estadísticamente la que más se aplica, pero aún así no ha cambiado como referente comunitario del castigo penal y sigue siendo su símbolo por excelencia. Es un desafío para la penología, el Derecho penal y la criminología, efectuar este cambio fundamental para que pueda entonces reducirse la aplicación y entidad del aprisionamiento. El reduccionismo penal, mediante la descriminalización de conductas, el abatimiento de penas, la revisión de reprochabilidad desde la culpabilidad y el merecimiento de pena, son opciones reales e ideales para obtener la racionalización del castigo carcelario. Por otra parte, la criminalidad oculta es tan tremendamente superior a la conocida que ningún tratamiento de socialización y educación dentro de la pena (con reclusión o sin ella) podrá ser percibido por la comunidad como exitoso en la medida que no se abatan niveles cuantitativos y cualitativos de criminalidad⁹.

6 En este sentido, la Criminología de la Pacificación, representada por Richard Quinney, preconiza un mundo en que a la violencia no se le responda con lo mismo.

7 Si existe un marcado reclamo por la instauración definitiva de un Derecho penal de mínima intervención, es porque le preexiste otro de máxima intervención, donde las garantías penales escasean.

8 El Derecho penal moderno supone acotar la pena al estricto grado de la reprochabilidad del agente, siendo legítima aquella sanción que fuere útil y justa, conforme las denominadas “Teorías de la unión”. Si no se dieran los dos requisitos mencionados, la pena no sería legítima.

9 Al percibir la dimensión aproximada de la delincuencia oculta o no tratada por el sistema penal, se concluye fácilmente que el segmento penal no está en condiciones operativas para tratar a la criminalidad real en toda su

Además de humanizar el castigo, debe prevenirse la criminalidad más dañina —que es la oculta— mediante la atención incisiva a los procesos de criminalización de relieve, tales como el desempleo y el semiempleo, la pobreza y la carencia de vivienda, la falta de educación y de capacitación, la indiferencia por los ladeados de la sociedad, la implementación de medios institucionales aptos para alcanzar masivamente los objetivos culturales válidos y, por último, reducir la presión de una sociedad estresante. En definitiva, la definición de una política criminal sensata, coherente y ajustada a Derecho ha de concretarse en el marco de una política social fraterna, solidaria y equitativa.

Ya no debe admitirse el estudio del crimen sin dotar a la víctima de su función fáctica y humana en el proceso de criminalización, dado que la pretendida categoría social de “víctima” no es tal, sino condición contingente al hombre. No me parece aceptable la existencia del delito sin víctima ni de bienes jurídicos difusos, pero sí hay situaciones en las que no resulta sencillo identificarla. En esas hipótesis —así como en la macrodelinuencia— la victimización puede resultar masiva y, además, tratarse de víctimas que no son conscientes de su condición de tal. En la suma de esos cuadros de victimización quedan comprendidos todos o casi todos los integrantes de la sociedad. En virtud de esto, no instrumentar respuestas válidas que recreen el entramado social dañado y la esfera de organización de vida del afectado (cuando menos tratar de hacerlo), no es más ni menos que indiferencia, insensibilidad y egoísmo.

Mi tesis me lleva a propugnar la desaparición de aquellos tipos penales que carezcan de un referente social y ético que desvalore las conductas tipificadas como delito. Vale decir que, dado que el Derecho penal —bien entendido— no es una abstracción, solo puede ser útil y justo cuando los tipos penales se correspondan con los valores sociales de un relieve tal que ameriten elevarse a la categoría de delito. Sobre estos parámetros, el Derecho penal podrá contribuir, como referente acompasado con la ética y exigencias sociales básicas, a la motivación por no delinquir, pues él por sí solo no motiva, pero en armonía con una política equitativa coadyuvaría a una mejor convivencia en el disenso. He ahí la trascendencia de la víctima como fundamento de la aceptación social de los tipos penales, puesto que la realidad exhibe a numerosos tipos delictivos cuya existencia es socialmente rechazada, ya que la conducta penalmente reprobada no recibe cuestionamiento social.

En un razonamiento simplista, si el crimen representa un desvalor ético y hasta moral, entonces el sistema valorativo de tales tópicos está ya no en crisis, sino en ruina. Si los bienes de relieve penal son ajenos a la ética y la moral, entonces el Derecho penal no es más que una selectiva ficción. Si el Derecho penal, consciente de su injerencia social, se interesa por conductas que atentan contra los derechos fundamentales del hombre, recogiendo niveles de ética y moral racionales, entonces es posible adecuar armónicamente esos parámetros para una sociedad compleja, tolerante y de disenso, redimensionando la definición del castigo.

Desde hace ya algunas décadas los movimientos progresistas han recurrido al Derecho penal en busca de nuevos tipos penales y mayores penas que tutelen sus intereses¹⁰. La absoluta mayoría de los reclamos de los grupos antidiscriminatorios (por sexo, etnia, edad, de derechos humanos y civiles, ambientalismo, laborales, etcétera) tratan de despertar conciencia y solidaridad social, pero no dejan de traer a la memoria los reclamos moralistas de la decadente sociedad pretendidamente puritana de tiempo atrás y, antes aún, del positivismo. Si bien los objetivos son compartibles, los medios propuestos representan la vuelta a la imposición de una supuesta moral social que también deberá ponerse en tela de juicio, puesto que una exigencia a la ciencia penal que justifique imponer una determinada cosmovisión contraría al anhelado Derecho penal liberal. Existen otras respuestas en el seno de la sociedad para afrontar estos problemas, algunas dentro del ordenamiento jurídico en materia civil, administrativa y laboral, otras ajenas e él, pero eficaces, y las hay dentro de los tipos ya previstos en los códigos penales, pero se espera una actitud ejemplarizante por parte del Derecho penal, reclamando que se vuelva a instaurar la picota para al infractor. Por ejemplo, se ha propuesto que se publiquen los nombres de las personas que cometan actos de violencia intrafamiliar para exponerlos socialmente y ser señalados, como pena intermedia.

Al desplazar hacia el ámbito penal cuestiones netamente personales, tornándolas en públicas, se fomenta el peligrosismo mediante figuras de peligro abstracto con víctimas difusas o inexistentes, tipos abiertos y parcialmente en blanco, responsabilidad de tipo objetivo, en fin, una serie de puntos ya abordados en este libro que desembocan en la consabida expansión penal —por cierto, nada halagüeña— cuando esta rama del Derecho debiera ser el “último palo en el océano” donde asirse, pareciendo desconocerse que es una alternativa más, pero no la única, y sí la última. En efecto, es una parte de la sociedad, ni la mejor ni la más eficiente, sino un reflejo del funcionamiento de otros

dimensión, puesto que la cifra de criminalidad efectivamente tratada no supera el 10% de la oculta. Si todos los delitos fueran denunciados e instruidos, los juzgados, las dependencias policiales y las cárceles, serían literalmente desbordadas, al punto de colapsar íntegramente el sistema.

10 Elena Larrauri, *La crisis de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 217

engranajes como la política criminal que debe ser reconducida a principios de justicia tales como el concepto de delito y de pena, estudiando el fundamento mismo de la justicia.

Se ha dicho que el Derecho penal nunca tuvo por finalidad limitar el castigo, sino que ha creado los grandes castigos, y en esto concordaron los abolicionistas, algunos positivistas y el realismo liberal y de izquierda, arribando a una afirmación medianamente similar desde opuestas trincheras. Incluso se ha cuestionado al garantismo penal —representado, entre otros, por L. FERRAJOLI— por atribuírsele que legitima al Derecho penal y, en última instancia, porque no podría aplicarse por la sencilla razón que no se daría a vasto para cubrir al mismo tiempo las garantías en todas las causas menores, procesos, denuncias, actuaciones policiales, peritajes, etcétera. Con la misma argumentación se podría llegar al absurdo de pedir la eliminación de la democracia porque no funciona perfectamente o negar la condena terminante a la tortura porque aún se sigue practicando en algunas partes del mundo. Asimismo, se considera que el garantismo llevaría a desplazar hacia su tutela todo aquello que interese medianamente, pues el Derecho penal sería su instrumento, y así como la consigna de los años setenta fue pedir la descriminalización, ahora lo sería la criminalización para estar protegidos *por* y *en* el Derecho. Pero al cuestionarlo se olvida que además de limitar el castigo también lo previene y acota los tipos penales. Por tanto, el garantismo no solo no se contradice con el Derecho penal de *ultima ratio legis*, sino que lo apuntala al exigir leyes penales de expresión mínima y de raigambre constitucional. Por último, en democracia no solo el Derecho penal, sino todo el Derecho es no ya el compendio de los deberes jurídicos, sino la garantía de los derechos del hombre, sin olvidar que el Derecho debe permanecer siempre derecho. La actual avalancha de planteos sobre su función, nos coloca en la disyuntiva de revalorar nuestra ciencia deconstruyendo su estructura hasta llegar a su raíz: el hombre¹¹.

El crimen no es una unidad, actúa en todos los ámbitos de la sociedad y amerita ser tratado en serio, analizando cada situación particular. Como acción y reacción humana, resultado de la construcción conformada por la definición legal y la reacción social, es una de las más claras expresiones de las deficiencias estructurales de la sociedad. Estas, junto a otras que han quedado soslayadas y las que no he podido abarcar, son las grietas que exhibe la sociedad. Mientras no se actúe de verdad para abatirlas no disminuirán los procesos de criminalización y solo se seguirán combatiendo las consecuencias. El crimen no es la grieta en sí, sino la manifestación de diversos factores que deterioran los cimientos del desarrollo del hombre. Al fin, la grieta es el espacio amorfo, antojadizo y cambiante por el cual se desplaza el crimen.

El Derecho penal, mientras sea “Derecho”, deberá proteger la libertad y, mientras sea “penal”, deberá poner límite al castigo:

Jus semper quaerendum est aequabile, neque enim aliter jus esset.

(En el Derecho se ha de buscar siempre la equidad, pues de otro modo, no sería Derecho).

11 De ahí la trascendencia por concebir un Derecho penal antropológico, poniendo al hombre como punto de partida y de llegada.