

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA COMO (DE) CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL

Jacson Luiz Zilio **

SUMARIO. I. De la criminología tradicional a la teoría del labeling approach: una perspectiva histórica de ruptura del paradigma epistemológico; II. Un paso de superación: de la teoría del labeling approach a la criminología crítica de corte marxista; III. Posturas del derecho penal y de la criminología crítica en la sociedad de riesgo; IV. Sombras y luces en el camino entre la deconstrucción del derecho penal tradicional y la construcción del moderno derecho penal: a) Un saber lejano de la neutralidad; b) El derecho penal de la ideología de seguridad urbana; c) El derecho penal del enemigo; d) El planteamiento abolicionista; e) La modernización del derecho penal y las tres dimensiones de resistencia libertadora fundadas en una “ética de la alteridad”: derecho penal mínimo, garantismo y uso alternativo del derecho; V. Algunas conclusiones; V. Bibliografía

I. De la criminología tradicional a la teoría del *labeling approach*: una perspectiva histórica de ruptura del paradigma epistemológico

La historia de las formas de conocimiento criminológico tiene dos marcos teóricos importantes: un, el pensamiento de la criminología tradicional fundamentado en la idea de delito y criminalidad como “realidades ontológicas” y del criminal como “sujeto anormal” determinado a la práctica de los delitos, por cuenta de las características biológicas y psicológicas clínicamente observables por el investigador criminólogo; otro, en una verdadera *revolución científica* sobre la que escribió THOMAS S. KUHN,¹ la teoría del *labeling approach* fundamentada en el principio de que el crimen y la criminalidad no son entes ontológico-naturales preexistentes a la investigación del criminólogo, pero sí “realidades construidas” por las agencias de reacción social, a través de procesos y de interacción entre quien tiene el poder de definición y quien sufre esta definición.²

** Doctor en Derecho penal y Criminología/Universidad Pablo de Olavide/Sevilla/España. Fiscal del Ministério Público de Estado de Paraná (Brasil).

¹ KUHN, Thomas S, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1987.

² Véase, e. g., BARATTA, Alessandro, *Che cosa è la criminologia critica? In: Dei Delitti e delle Pene*, 1985, n. 3, p. 54; También PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Ed. Siglo XXI, 1983, p. 127.

El círculo vicioso que proviene del hecho de que la criminología tradicional tomaba del derecho penal las definiciones de la realidad que buscaba estudiar, analizando empíricamente (de forma clínica) los sujetos caídos en las instituciones totales (la cárcel y los manicomios), fomentó, además de otras influencias políticas, jurídicas, filosóficas y sociales de la época, que la teoría del *labeling approach* superase a una variación del pensamiento criminológico, fundamental y necesaria, aunque insuficiente, para el estudio del criminal y de la criminalidad en las sociedades capitalistas contemporáneas.

En primer lugar porque cambió el objeto de estudio del criminal y del crimen al propio sistema de justicia criminal, en una verdadera *ruptura de paradigma epistemológico*³, con apoyo en la idea de que el crimen, el criminal y la criminalidad no son “entidades ontológicas-naturales” (positivismo), sino “realidades construidas” por la actuación de las agencias de control social penal (construccionismo). En segundo nivel se pone de relieve la tesis del abandono del método etiológico, determinista y abstracto de la investigación de la teoría criminológica positivista, que venía basado en la idea de *monismo cultural y consenso social*, para ahora seguir un modelo de interacción y construcción social del crimen y de la criminalidad, es decir, un modelo dinámico, continuo y interactivo, típico del *pluralismo axiológico*.

En realidad, la nueva perspectiva de investigación interaccionista aportó significativas novedades en por lo menos dos puntos: los efectos producidos por la aplicación de la etiqueta del criminal (la dimensión del sujeto) y la definición del desvío como cualidad atribuida por las instancias oficiales de control de los comportamientos y de las personas (dimensión de la definición y del poder de definición, o sea, las agencias de control y represión).

³ Véase, en este sentido, LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 2ª ed., México, Ed. Siglo XXI, 1992, p. 28: “Con la expresión “cambio de paradigma” se describe, por consiguiente, un viraje en el objeto de estudio: de estudiar al delincuente y las causas de su comportamiento (paradigma etiológico) se estudian los “órganos de control social” que tienen por función controlar y reprimir la desviación (paradigma de la reacción social)”. Así también ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2005, p. 363; DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Ed. Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 43. En otra línea de pensamiento, incluso diciendo que “este diagnóstico es pretencioso” y “exagerado”, véase HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, p. 63.

La concentración de la investigación también en el “sujeto estigmatizado” y además en los efectos derivados de ella derivada conlleva una crítica fuerte e interesante al principio de la prevención especial positiva, que pese el fracaso histórico retratado en el célebre *isomorfismo reformista* de MICHEL FOUCAULT,⁴ de reconocimiento del fracaso y de la reformulación reiterada del proyecto fracasado, continúa como programa criminal oficial de la ideología de justificación de la existencia de la cárcel. Y eso es posible gracias al entendimiento de que, una vez aplicado el primero estigma por el sistema de control (llamado desvío primario), el sujeto estigmatizado permanecería en el papel social de la estigmatización introducida (llamado desvío secundario), en un “cambio de identidad social” que, con el cumplimiento efectivo de la pena de prisión, quedaba reforzada. El conocido teorema de W. I. THOMAS explica: “si algunas situaciones son definidas como reales, entonces ellas son reales en sus consecuencias”. Así, también, la modificación llevada a cabo por SCHUR: “si tratamos como criminal una persona, es probable que ella se convierta en criminal”.

A su vez, el análisis de los procesos de definición y del poder de las agencias de control (incluso no-oficiales) mostró que el comportamiento desviado es comportamiento rotulado como tal y que las condiciones y causas de la criminalidad, en verdad, son condiciones y causas de la criminalización, de dos formas selectivas: la criminalización primaria, en la perspectiva de la elaboración de las normas penales (papel de legisladores); y la criminalización secundaria, en la perspectiva de la aplicación de las normas penales (papel de jueces, fiscales, policía etc.).

Además, las aportaciones de la sociología criminal rompieron con la idea de “delito natural”, que cambiaron la dirección epistemológica del comportamiento desviado a los mecanismos de reacción y de selección de la población criminal, o sea, de la “realidad preconstituida” a la “realidad construida”, también apuntaron las investigaciones para los delitos de “cuello blanco”, la cifra negra y, por supuesto, las estadísticas criminales oficiales, para comprobar que la ley penal no es igual para todos, pues el *status* de criminal es distribuido, tanto en la criminalización primaria como en la secundaria, de forma desigual en la sociedad.

⁴ FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir*, 31ª ed., Petrópolis, Ed. Vozes, 2006, p. 239.

Los factores que explican la escasa medida en que la criminalidad de los poderosos es perseguida por el sistema de justicia penal (por ejemplo, los delitos de “cuello blanco”, económicos, medio ambientales, corrupción, etc.) son mencionados por ALESSANDRO BARATTA:

“Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um esteriótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedade) ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou exercer pressões sobre os denunciante etc”.⁵

Así las estadísticas oficiales fueron rotas por la cifra negra y por las encuestas de victimización, con la conclusión final de que el crimen es, de hecho, un comportamiento de la mayoría de las personas y no fruto de la anormalidad de unas pocas, como particularmente se refiere las teorías criminológicas de la integración social. Así, el fenómeno criminal es, en la única realidad existente, un *comportamiento normal* de gran parte de la sociedad, mientras que la criminalización es, por el contrario, un *proceso desigual de selección*, concentrado en los estratos sociales inferiores, que por diversas condiciones, son portadores de los estereotipos orientadores de las redes de control penal.

En fin, el avance de la teoría criminológica del *labeling approach* tiene lugar con la recepción alemana y con los estudios de FRITZ SACK acerca de las “meta-reglas”, es decir, “a incidência de regra, princípios e atitudes *subjetivas* sobre o

⁵ BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Introdução à sociologia do direito penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2002, p. 102. Sobre esta cuestión, con otras referencias, HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 135: “*Pero también existen en las sociedades modernas sectores de la criminalidad de los poderosos que siguen al margen del Derecho penal, bien porque aún no existen instrumentos legislativos adecuados para enfrentarse a ella, bien porque no hay una conciencia en los órganos encargados de su persecución de que constituyan realmente hechos delictivos que deban ser sancionados penalmente*”.

momento da “concretização” do direito, por operadores jurídicos”.⁶ En definitiva, en la proposición de SACK, según BARATTA, “a criminalidade, como *realidade social*, não é uma entidade *preconstituída* em relação à atitude dos juízes, mas uma qualidade *atribuída* por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrada do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as *meta-regras*”.⁷ Por lo tanto, la criminalidad es entonces un “bien jurídico negativo”, distribuido por el poder penal de una forma desigual en la sociedad actual, así como sucede con la distribución de los bienes positivos.

II. Un paso de superación: de la teoría del *labeling approach* a la criminología crítica de corte marxista

La crítica más importante contra la teoría del *labeling approach*, que incluso permitió una evolución hasta la criminología crítica actual, por lo menos, en lo que se refiere al método de investigación, partió de la idea de que los estudios de los procesos de descripción de los mecanismos de criminalización y de estigmatización son *necesarios* para la comprensión de la cuestión criminal en las sociedades contemporáneas, pero son además *insuficientes* para explicar la *violencia de la realidad social*, el *significado material del desvío*, los *comportamientos socialmente negativos* y la *criminalización*.⁸

En este sentido también las críticas de WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE:

“Si no queremos limitarnos a una concepción que entienda las definiciones de criminalidad como algo espontáneo o casual, es preciso ‘continuar la búsqueda de los factores’ que determinan que las instancias de control social formal unas veces se inclinen en su definición en un sentido o en otro o, incluso, en ninguno. La teoría del etiquetamiento ha ido demasiado lejos en su lucha contra los

⁶ BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal*, op. cit., p. 105.

⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal*, op. cit., p. 107.

⁸ BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal*, op. cit., p. 116.

‘factores’ de las teorías causales tradicionales. Lo cual no carece de consecuencias, pues mientras que las teorías etiológicas del delito ofrecían una variada gama de respuestas ante la pregunta de qué hacer para evitar el delito (mejora de la política sobre la familia y la juventud, terapia individual, etc), las teorías del etiquetamiento enmudecen cuando se les pregunta cuáles son sus ‘propuestas de carácter político-criminal y social’ ”.⁹

Es así que, la crítica de izquierda por un lado reconoce el escepticismo, el relativismo, el idealismo y el exasperado subjetivismo del *labeling approach* en relación a las situaciones negativas difusas de la sociedad, mientras que, por otro, acepta las tesis fundamentales como que (a) la intervención del Derecho penal en los conflictos no ha logrado soluciones definitivas, más bien, maximiza la violencia ya existente, que (b) el sistema penal es selectivo y fragmentario y que (c), por supuesto, siempre tiende a criminalizar a los individuos excluidos de la sociedad, inmunizando a los grupos hegemónicos. Es obvio que los méritos de la teoría no excluyen la falta de explicación de las razones políticas de *por qué* algunas personas son seleccionadas por el sistema y *por qué* otras no lo son. En otras palabras: no se cuestiona la sociedad capitalista moderna, la estructura social y el contexto socio-económico en que se produce un conflicto social.¹⁰

En relación a lo anteriormente señalado, en una conocida entrevista de BARATTA con VICTOR SANCHA MATA, la superación del *labeling approach* por la criminología crítica es explicada:

“Tuttavia l’utilizzazione dell’approccio dell’etichettamento è solo una condizione necessaria, ma non sufficiente, secondo la mia opinione, per poter qualificare come “critica” una teoria della devianza e della criminalità. Se la qualità e lo status sociale di deviante e di criminale sono il risultato di processi di definizione e di etichettamento, come è distribuito in una determinata società il potere di definizione? In che maniera sono distribuite le possibilità di venire

⁹ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 163. Así también en la p. 64: “En segundo lugar, la teoría del etiquetamiento adolece de falta de conexión con la realidad, malinterpretando las ‘condiciones de actuación de la Administración de Justicia penal’”.

¹⁰ Así, e. g., las críticas de BARATTA, Alessandro, *Che cosa è la criminologia critica?*, op. cit., p. 56; PAVARINI, Massimo, op. cit., p. 130.

*etichettato como desviante, di vedersi attribuito lo stato sociale di criminale? In una criminologia “critica” queste questioni non sono meno centrali di quelle relative ai processi di definizione”.*¹¹

De hecho, efectivamente el *labeling approach* rompe con la ideología de la defensa social porque ataca al *principio del interés social y del delito natural*, aunque se olvida de la necesidad de destrucción de la tesis de homogeneidad de los valores y de los intereses protegidos por el Derecho penal, lo que solamente sucede después: en primer lugar, con el ingreso del pensamiento de la *sociología del conflicto*, de representación, en la sociedad, de las características de *cambio, conflicto y dominio*; en segundo lugar, por la teoría económica-política, teoría materialista, que define “*o objeto do conflito, nas sociedades tarde-capitalistas, não são as relações materiais de propriedade, de produção e de distribuição, mas sim a relação política de domínio de alguns indivíduos sobre outros*”.¹² Las eternas palabras de KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS son esclarecedoras: “*Las ideas dominantes de una época han sido siempre simplemente las ideas de la clase dominante*”.¹³

Ahora bien, los conocimientos del *labeling approach* en su versión más moderna, los estudios sobre comportamientos socialmente negativos y criminalización, las aportaciones de la *sociología del conflicto* y sobre todo de la *teoría económica-política* de la conducta desviada, dieron las bases para que surgiera la criminología

¹¹ BARATTA, Alessandro, *Che cosa è la criminologia critica?*, op. cit., p. 55. Así CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal*, disponible en www.cirino.com.br, p. 2: “*O labeling approach representa condição necessária porque mostra o comportamento criminoso como consequência da aplicação de regras e sanções pelo sistema penal – e não como qualidade da ação, segundo a etiologia positivista; mas condição insuficiente, porque incapaz de indicar os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas – a relação capital/trabalho assalariado –, suscetível de mostrar que o poder de definir crimes e de atribuir a qualidade de criminoso corresponde às desigualdades sociais em propriedade e poder das sociedades contemporâneas*”.

¹² BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal*, op. cit., p. 123.

¹³ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifiesto del Partido Comunista. In: Fundamentos II, vol. IV, 1ª ed.*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 295. Véase también MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, Buenos Aires, Ed. Vida Nueva, 1958, pp. 82-83. Y todavía sobre los conflictos de clases véase las palabras de MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifiesto del Partido Comunista. In: Fundamentos II, vol. IV, 1ª ed.*, op. cit., p. 280: “*La historia de toda sociedad es, hasta hoy, la historia de la lucha de clases. Libres y esclavos, patricios y plebeyos, barones y siervos de la gleba, maestros y oficiales de los gremios, en una palabra, opresores y oprimidos, siempre antagónicamente enfrentados los unos a los otros, empeñados en una lucha ininterrumpida, ora solapada ora abierta, que condujo siempre a una transformación revolucionaria de toda la sociedad o a la desaparición conjunta de las clases beligerantes*”.

crítica de clara influencia marxista. Y esa dirección criminológica es la única *comprometida* en la construcción de un conocimiento realmente crítico de la cuestión penal y de liberación del hombre, solamente posible si se cuestionan los puntos de distribución del poder de definición (a quién es conferido el poder de definición) y las formas de distribución de las posibilidades de encontrarse etiquetado como sujeto desviante (a quién es conferido el estatus de criminal).

Como es lógico, son válidas e importantes, sobre todo ahora en los tiempos de la globalización, del mercado libre y del pensamiento único, las conclusiones de que el crimen es un comportamiento de la mayoría de las personas, pero la criminalización es un proceso atribuido y concentrado apenas en los estratos vulnerables de la sociedad, tanto más cuanto están en juego los intereses del poder dominante, ligados siempre a la explotación, por el capital, del trabajo asalariado. Y eso es comprobado por la historia porque antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena privativa de libertad. Solamente cuando el trabajo humano es convertido en tiempo y, luego, en “riqueza social” (capitalismo), la cárcel pasa a tener poder disciplinario necesario para el proceso productivo: si el trabajo asalariado produce un riqueza social medida por el tiempo de ejercicio, entonces el tiempo que el detenido está en la cárcel tiene un valor económico negativo, representando una pena *per se*. Así, la prisión se convierte en un instrumento del poder disciplinario y de educación *para la fábrica*, es decir, el hombre sin trabajo es un *enemigo de clase*. Son esclarecedoras las lecciones de MASSINO PAVARINI sobre la relación de la cárcel y la fábrica:

“Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción la libertad adquirió un valor económico: en efecto, sólo cuando todas las formas de la riqueza social fueran reconocidas al común denominador de trabajo humano medido en el tiempo, o sea de trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalariado. Y desde este preciso momento la pena privativa de la libertad, o sea la cárcel, se convierte en la sanción penal difundida, la penal por excelencia en la sociedad productora de mercancías”.¹⁴

¹⁴ PAVARINI, Massimo, op. cit., p. 36. Véase, en detalle, MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Ed. Siglo XXI, 1979.

MICHEL FOUCAULT también demostró que “*a burguesia troça totalmente dos, da sua punição ou da sua reinserção, que não representa grande interesse econômico. Em compensação, do conjunto dos mecanismo pelos quais o delinquente é controlado, seguido, punido, reformado, destaca-se para a burguesia um interesse que funciona no interior do sistema económico-político geral*”.¹⁵

En efecto, de otro lado, también el sistema penal camina en contra de las clases subalternas porque encuentra facilidades en la detección de los estereotipos orientadores de la selección, representados por deficiencias de socialización, que apuntan al fracaso de cualquier tentativa de internalizar normas jurídicas. De esta manera, el poder ha facilitado la explotación y aniquilamiento de los “ineficientes” en el mercado de trabajo, protegiendo, por tanto, los sentimientos egoístas y ambiciosos del capitalismo, por medio del Derecho penal y de la cárcel como instrumento y aparato de mantenimiento del *status quo*. Se trata, en fin, de una fuerte utilización del Derecho penal como instrumento de dominación, disciplina y neutralización de las clases excluidas del proceso de producción. Por eso, hoy por hoy, la realidad es la prueba de que la imagen de los seleccionados por el sistema penal es la imagen de los excluidos de la economía global: el *lumpenproletariado, esta putrefacción pasiva de las capas más bajas de la vieja sociedad*,¹⁶ funciona como una especie de espejo invertido de la sociedad capitalista y excluyente: el Derecho penal es un reflejo del espejo invertido del sistema social desigual, de las injusticias sociales.¹⁷ Nada es más real que el ojo crítico llevado a cabo por ZYGMUNT BAUMAN: “*Las cárceles son guetos con muros, en tanto que los guetos son cárceles sin muros*”.¹⁸

¹⁵ FOUCAULT, Michel, *É preciso defender a sociedade*, Lisboa, Ed. Livros do Brasil, 2006, p. 47. Nada más cercano de la realidad actual porque, por ejemplo, según afirma WACQUANT, Loïc, *Punir os pobres*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2003, p. 20, hoy cinco millones de americanos (2,5 de la población adulta) están en las redes del sistema penal, mientras que los gastos anuales para control de los delitos en EUA llegan a 210 billones de dólares. Véase también GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.

¹⁶ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifiesto del Partido Comunista. In: Fundamentos II, vol. IV, 1ª ed., op. cit., p. 288.*

¹⁷ Véase, en esta misma dirección, HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., pp. 134-135: “*La crítica al sistema social y a los procesos de criminalización que hace surgir dicho sistema no es, por tanto, como algunos creen o dicen (probablemente con ánimo de desacreditarla), ociosa o un simple panfleto político de revolucionarios y descontentos; es algo más profundo que ha puesto de relieve que, en base a los datos empíricos actualmente existentes aportados por las diversas teorías criminológicas, la actual forma de definir y sancionar algunas formas de criminalidad no es más que el reflejo de las propias injusticias sociales del sistema que produce y elabora la criminalidad como una forma de control y de perpetuación de las actuales estructuras sociales*”.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2003, p. 143.

Hoy es evidente que el discurso penal y la realidad suenan desacompañados, por ende, el significado político del Derecho penal, muchas veces escondido tras la ley, está claramente en evidencia en la medida en que éste es históricamente utilizado por el poder dominante como estrategia *excluyente de la ciudadanía y eficiente* del control social de las masas desfavorecidas del sistema capitalista, en las sociedades capitalistas estructuradas en clases sociales antagónicas, donde los individuos se relacionan siempre como *propietarios del capital* y como *poseedores de la fuerza de trabajo*.

En consecuencia, es posible una teoría de liberación del hombre y realmente crítica del sistema penal mediante una relación entre el proceso subjetivo de construcción social de la criminalidad (enfoque interaccionista) y las estructuras objetivas de las relaciones socio-económicas (enfoque materialista), sin riesgo de concentración apenas en los aspectos económicos o estrictamente dogmáticos. De ese modo, el fenómeno de la desviación sólo puede ser analizado en el contexto de la estructura socioeconómica. Por supuesto, la lucha de clases de la sociedad del capitalismo tardío no puede, de forma alguna, ser dejada de lado en el estudio del crimen, de la criminalidad y del sujeto criminal, dado que, como mostraran acertadamente MARX y ENGELS, *“todos los conflictos de la historia tienen su origen, pues, a nuestro ver, en el contraste entre las fuerzas productivas y el régimen social vigente”*.¹⁹

Claro que las ideas de MARX y ENGELS, en relación al estudio del crimen y de la criminalidad, no deben ser analizadas fuera del contexto de la obra, dado que, como advierten HASSEMER y MUÑOZ CONDE, las *“referencias al delito o a la criminalidad en general, aisladamente consideradas y analizadas fuera de contexto del resto de su obra, pueden incluso sugerir que la postura de MARX al respecto estaba más imbuida por los prejuicios burgueses ante la delincuencia que por la aplicación consecuente de sus propias ideas”*.²⁰

De esta forma, la criminología crítica mira el fenómeno de la desviación dentro del sistema de producción capitalista, de conflicto político y de clase, girando el foco de atención del delito y del delincuente a “los mecanismos sociales e institucionales que

¹⁹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, op. cit., p. 143.

²⁰ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 149.

definen, crean y sancionan la delincuencia”.²¹ Así es que los estudios de MARX y ENGELS son consideraciones importantes y necesarias porque tocan la estructura clásica del conflicto social de clases.²²

En resumen: el recorrido efectuado ha radiografiado que la criminología crítica se debe apartar de una visión exclusiva del determinismo económico en el estudio de la cuestión criminal, pero no se puede dejar de analizar el contexto sociológico, político y cultural de la actualidad socioeconómica. Por otro lado, no se debe olvidar, que el fenómeno criminal está inserto en la estructura social, históricamente determinada por la lucha de clases, como prueba el materialismo histórico. Y eso, pues, es un paso imprescindible para comprender el funcionamiento selectivo del sistema penal y buscar una nueva política alternativa representativa de las clases subalternas, con el objetivo de abolir, aunque a largo plazo, primero la pena de prisión como instrumento, declarado, de defensa de la comunidad, pero real de dominación clasista, y segundo, el sistema penal.

III. Posturas del derecho penal y de la criminología crítica en la sociedad del riesgo

La vida en la sociedad desreglada y globalizada de capital ha generado y acentuado un difuso sentimiento de inseguridad sobre la actualidad de las relaciones humanas y sobre todo del propio futuro de la humanidad. La “comunidad soñada” como lugar de seguridad, de placer, de solidaridad, de justicia social, de derecho a la diferencia y de repudio a la indiferencia (sujeto invisible), en fin, de espacio de libre desarrollo humano en el marco de la plena libertad, hoy es transmudado para la “comunidad realmente existente” – de individualismo, rivalidad, consumismo,

²¹ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 151.

²² Véase las importantes palabras de MARX y ENGELS mencionadas por TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1997, p. 226: “*Ya por el desarrollo histórico del poder de los tribunales y por las amargas quejas de los señores feudales acerca de la evolución jurídica, podemos convencernos de cómo coinciden las relaciones jurídicas con el desarrollo de estos poderes materiales, a consecuencia de la división del trabajo. (...) Precisamente en la época situada entre la dominación de la aristocracia y la de la burguesía, al entrar en conflicto los intereses de las dos clases, cuando comenzó a obtener importancia el comercio entre las naciones europeas y hasta las internacionales adquirieron, por tanto, un carácter burgués, empezó a hacerse importante el poder de los tribunales, que llegó a su apogeo bajo la dominación de la burguesía, en que esta división desarrollada del trabajo es inexcusablemente necesaria. Lo que a propósito de ello se imaginen los siervos de la división del trabajo, los jueces y, sobre todo, los ‘profesores juris’, es desde todo punto indiferente’.*”

competencia a cualquier precio, auto vigilancia y autocontrol por los propios dominados – a una política criminal del terror, del puro ejercicio del poder punitivo, para atender reivindicaciones urgentes de certidumbres y seguridad urbana, aunque eso signifique la pérdida de las libertades públicas de la mayoría, el precio que se paga para “estar en comunidad”, como dice BAUMAN: “Perder la comunidad significa perder la seguridad; ganar la comunidad, si es que se gana, pronto significaría perder libertad”.²³

El atrito que siempre existió entre los valores de seguridad y libertad se ha intensificado en los últimos tiempos a raíz de las desigualdades sociales propias de la globalización, de la separación mundial de los ricos y pobres (ahora espacial y social), pero también con mayor sacrificio del valor libertad (generalmente de las personas del pueblo y desprovistas de propiedad) frente al valor seguridad (generalmente de las personas de la nueva élite extraterritorial y poseedoras del poder del capital).²⁴ Eso es posible porque la “seguridad sacrificada en aras de la libertad tiende a ser la seguridad de otra gente; y la libertad sacrificada en aras de la seguridad tiende a ser la libertad de otra gente”²⁵. Además, la difusión y manipulación de los sentimientos de incertidumbre e inseguridad por la cultura *mass media*, lleva al mito del “paraíso perdido o paraíso que todavía se tiene la esperanza de encontrar”²⁶, lo que explica la gran aceptación por las personas del pueblo de las medidas cada vez más represivas y racistas, dirigidas contra el mismos, sin cualquier utilidad y eficacia, salvo si utilidad y eficacia es igual al principio *divide et impera* o quizá *apartheid* social.

Ahora el palco de lucha es la “sociedad del riesgo” de la que habla ULRICH BECK: un espacio en que se lleva una “vida de riesgo, una vida en la que “se colapsa la idea misma de controlabilidad, certidumbre o seguridad”, en que las condiciones de

²³ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 11.

²⁴ Véase semejante idea en MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, op. cit. p. 144-145: “Sólo en el seno de la comunidad, pues, hácese posible la libertad personal. En los sucedáneos de comunidad, más que verdaderas comunidades, que ha habido hasta ahora – el Estado, etc., -, la libertad personal no existía para nadie salvo para los individuos que lograban escalar hasta la clase dominante, y solamente en tanto perteneciesen a ella. Hasta lo presente las comunidades en que se asociaban los individuos, no tenían de tales más que las apariencias; se independizaban siempre de los individuos, llegando a ser antes distintos de ellos. Además, como eran la asociación de una clase frente a otras, era para la clase dominante, no sólo una comunidad completamente ilusoria, sino una nueva traba. En la verdadera comunidad, por el contrario, los individuos, asociándose, consiguen al mismo tiempo su libertad”.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 27.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 9.

“miseria material, subdesarrollo de las fuerzas productivas y desigualdades de clases provocan enfrentamientos políticos”.²⁷ Se trata hoy de “situaciones globales de amenaza que surgen para toda humanidad”,²⁸ como los riesgos de la energía nuclear (por ejemplo, el uso del residuo de uranio natural (plutonio) para fines bélicos), los problemas ambientales (como la emisión irresponsable de dióxido de carbono), la contaminación masiva de productos alimenticios con riesgos serios a la salud y todavía las manipulaciones genéticas.

Esas características globales de los riesgos son apuntadas por BECK:

*“Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la ‘globalidad’ de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas ‘modernas’. Son riesgos de la modernización. Son un ‘producto global’ de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados ‘sistemáticamente’ con su desarrollo ulterior”.*²⁹

Si el “escenario de un futuro posible” puede estar en el “retorno a la sociedad industrial”, en la “democratización del cambio tecnológico” o todavía en la “política diferencial”³⁰, en el plano del Derecho penal la cuestión de riesgos modernos de las sociedades postindustriales implica en las políticas criminales también nuevas y polémicas, de *lege lata*, de maximizar el poder punitivo (ampliar los espacios de intervención aunque en estado previo) y minimizar las garantías individuales (diminuir las barreras dogmáticas de protección individual para buscar una *eficiencia* en la tutela de las nuevas demandas sociales), aunque se tenga que sustentar la necesidad de algunas modificaciones también en otras ramas (o creaciones de nuevas figuras jurídicas, por ejemplo).

En esta línea, se puede decir que tres de las principales direcciones parecen llamar más la atención de los penalistas:

²⁷ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2006, p. 357.

²⁸ BECK, Ulrich, op. cit., p. 32.

²⁹ BECK, Ulrich, op. cit., p. 33.

³⁰ BECK, Ulrich, op. cit., p. 358.

1. La posición de BERND SCHÜNEMANN es favorable a la modernización del Derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos nuevos de la sociedad industrial desarrollada, mediante “una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos para diferenciar de los bienes jurídicos aparentes”.³¹ Así también LUIS GRACIA MARTINS, que defiende que la nueva realidad social exige un nuevo Derecho penal para el Estado social y democrático de Derecho, capaz de integrar en su seno un “*sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases socialmente poderosas*”³².

2. De otro lado, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ propone, *de lege ferenda*, la creación de un modelo penal de “dos velocidades”, o sea, un modelo “dualista con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles”³³, así: uno para dar respuesta al fenómeno de la expansión, de mayor intervención y mayor eficacia, pero como compensación de la flexibilización de las garantías derivada del nuevo modelo de imputación, se sacaría el uso de la pena privativa de libertad; otro para la “criminalidad tradicional” que, como compensación por maximizar el “núcleo duro” de las garantías, se incluye el uso de la pena privativa de libertad.³⁴ Y por fin, *de lege lata*, sustenta que, “hoy por hoy”, hay que “rechazar en línea *cualquier* intento de flexibilizar en este ámbito reglas de imputación o principios de garantía”.³⁵

³¹ Según SCHÜNEMANN, Bernd, en la presentación de la obra de GRACIA MARTINS, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 14, “la indiscutible modernización de la sociedad también abarcaría naturalmente la conducta desviada y habría llevado a una modernización de la criminalidad que haría irrecusable la correspondiente modernización de Derecho. El Derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a las formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada, y esto requeriría de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciarlos de meros bienes jurídicos aparentes, y de una puesta de relieve de aquellos sectores de distribución colectivos a los que tiene que conectarse el Derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos”.

³² GRACIA MARTINS, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, op. cit., pp. 190-191.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 156. Véase también MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 160: “Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tiene asignada un pena de prisión. Por contra, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.), como también de los principios político-criminales (por ejemplo, principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad)”.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 161.

3. Finalmente, HASSEMER, MUÑOZ CONDE y la “Escuela de Frankfurt” hacen una crítica contra las nuevas formas del derecho penal y proponen un “discurso de resistencia” y la creación de un “derecho de intervención”, como habla HASSEMER: “*por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina “derecho penal básico” (a), y, por otro, potenciando la creación de un “derecho de intervención” (b) que permita tratar adecuadamente los problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico*”.³⁶ Es decir, un “derecho de intervención” ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, pero con garantías inferiores al del derecho penal.³⁷

En el campo de la criminología crítica, eje fundamental de partida para orientación de cualquier programa estatal de combate a la criminalidad en las sociedades postindustriales, pese las diferencias de cada criminólogo sobre el nuevo cuadro social, es posible presentar las siguientes posturas: a) una postura de retiro y de ausencia de ofrecimiento de política criminal oficial a partir de los aportes de la criminología crítica, pues una posición contraria conllevaría a la desaparición del propio fundamento crítico de ese saber criminológico y, por lo tanto, formaría una mezcla con el propio objeto criticable; b) una propuesta de abolición total de la pena de prisión y, después, del propio sistema de Derecho penal; c) una propuesta de *política criminal alternativa* a partir de las clases subalternas, con planteamientos de intervención mínima del derecho penal (*ultima ratio*), de adopción del garantismo penal y del uso alternativo del derecho, pero que no excluya la posibilidad de modernización del derecho penal para protección de nuevos y reales bienes jurídicos de la sociedad del riesgo, en un “cambio de perspectiva hacia las clases media y alta”, como dice bien SCHÜNEMANN,³⁸ aunque para eso sea necesario una técnica adecuada en la elaboración de los tipos penales.

³⁶ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 67.

³⁷ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 72: “Quizás sería recomendable regular en un “derecho de intervención” los problemas que las sociedades han llevado al moderno derecho penal. Este “derecho de intervención” estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos”. Véase todavía HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 46.

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., 15.

IV. Sombras y luces en el camino entre la deconstrucción del derecho penal tradicional y la construcción del moderno derecho penal

La criminología crítica desmoronó, sin posibilidad de reconstrucción futura, todo el edificio conceptual que el discurso del Derecho penal de la ideología de defensa social siempre se utilizó para controlar las parcelas más débiles de la sociedad. De otro lado, los aportes teóricos del marxismo, sobre todo el método de trabajo del que parte el materialismo histórico, mostraron como el Derecho penal del principio del bien y del mal y del delito natural es un derecho desigual por excelencia, como la justicia criminal es clasista y como los fines de ese ramo represor, en la sociedad de estructura capitalista de explotación del trabajo asalariado, son ocultos y enmascarados: fines de dominación clasista, de disciplina y educación, por medio de la cárcel, para servir a los intereses del capital y, así, impedir la transformación de la sociedad de solidaridad.

Pues bien, el discurso de deconstrucción del horizonte conceptual del derecho penal tradicional rumbo a la modernización y de manos con una criminología emancipadora fundamentada en la teoría de las necesidades y en la ética de la alteridad, debe, en primer lugar, buscar un modelo, a largo plazo, de abolición radical de la pena privativa de libertad y del sistema de Derecho penal, aunque sea un camino muy distante e inalcanzable en una sociedad sin límites a la propiedad privada; en segundo lugar, en el camino para la construcción de un nuevo discurso, a corto y medio plazo, se debe invertir la lógica y poner el sistema de cabeza: un modelo para penalizar los comportamientos de las clases dominantes históricamente excluidas del poder punitivo (criminalidad de los poderosos), para “equilibrar” el uso del poder de distribución del estatus de criminal, conforme el mandamiento material del principio de la igualdad, bien así tutelar los nuevos bienes jurídicos de la sociedad del riesgo; por fin y en concreto, probar que eso no es incompatible con el modelo del principio de intervención mínima y con los demás principios de limitación del poder punitivo, ni siquiera con la garantía de pleno respeto a los derechos individuales y con la idea de dogmática jurídico-penal como dique de contención del poder punitivo, como manda el garantismo penal.

Sin duda, hoy también hay otro lado de la moneda: el sentimiento de inseguridad social, los riesgos nuevos de la “aldea global” y el aumento de los excluidos en todas las partes del mundo, hace resurgir corrientes racistas y colonialistas de la filosofía y de la

criminología, que pugnan por la ampliación del Derecho penal en todas las áreas de conflicto social, aunque simbólicas y violadoras de los principios más básicos del Derecho penal liberal y, luego, del Estado democrático de Derecho. En realidad, la historia del pensamiento criminológico y penal es así: errores graves cometidos que se repiten a cada nueva situación de emergencia, pues un trazo diferenciador del hombre y su civilización parece ser mismo la gran capacidad de olvidarse de “los malos”, “de los otros”.

a) Un saber lejano de la neutralidad

Una parcela considerable de la criminología crítica siempre estuvo contraria al ofrecimiento oficial de una política criminal, por el peligro de reforzar el sistema que quería abolir, por atarse al Derecho penal (perdería al carácter crítico) y, en fin, porque solamente cuando se transforma la realidad social se puede hablar en una alternativa al sistema penal, a la cárcel y al combate del problema de la conducta delictiva.

Ahora bien, la neutralidad del criminólogo y del jurista no pasa de una ficción del saber penal, de un efecto de fingir que las personas no piensan *para algo más allá*, que no poseen ideologías en la vida, de una concepción del mundo un poco mejor para todos, por lo menos en lo que se refiere a la libertad, que es lo que más importa. Claro que eso puede estar bastante caracterizado por un idealismo, pero también lo es la creencia en el mito de la neutralidad del saber y, luego, del humano. Además, la neutralidad no es una cualidad de nadie, sino sólo es pura alienación personal por las manos del poder, que siempre construye, a su manera, el saber dominante en una sociedad y época determinados.

Si una crisis de la criminología crítica existe hoy o existía en el pasado, ahora ciertamente puede hasta agravarse si no se ofrece una política criminal realista desde la perspectiva histórica del conflicto de clases ligadas en el contexto de la existencia de la acumulación del capital. Y nadie mejor que el criminólogo, que estudia la realidad del delito y de la pena y además conoce las investigaciones empíricas, para conducir la política criminal, porque, como dice ELENA LARRAURI, *“la cuestión no es por tanto vetar al criminólogo que realice propuestas de política criminal, sino exigirle que fundamente y haga explícitas las investigaciones empíricas y las opciones valorativa*

que las sustentan”.³⁹ Aún más, un saber teórico tiene que ser útil a la vida de la gente, sobre todo cuando ese saber es del ramo que busca comprender y explicar toda la violencia en la sociedad. Una ciencia debe ser *comprometida* con la transformación de la realidad y debe, para eso, usar la interpretación *dialéctica* entre teoría y praxis.⁴⁰ Por supuesto, es verdad que la criminología crítica cumple un papel importante de crítica al Derecho penal y a la Política criminal oficial, pero puede contribuir aún mucho más: guiar esos dos ramos al camino de una comunidad buscada e imaginada, de solidaridad y fraternidad, de menos violencia y más respecto a los Derechos Humanos.

b) El derecho de la ideología de la seguridad urbana

Las incertidumbres derivadas de la sociedad del riesgo, el rescate del sentimiento de retribución de la víctima, el poder de manipulación de la comunicación sensacionalista y los fines electorales de los políticos demagogos, fluyen bien para el fortalecimiento de la vía penal de represión como la única y primera solución de los conflictos sociales en la actualidad, reales o irreales, pero sentidos por la gente en la calle.

Así, nace una política criminal del discurso de la *ideología de la seguridad urbana*: implementación del programa penal para protección de la pequeña élite económica, en sustitución del anticuado discurso de la *ideología de la seguridad nacional*, en un cambio de militares por policías, apoyado por la manipulación de la comunicación y por el “Movimiento Ley y Orden”, con fin de llevar a la población al pánico, a la política del miedo cotidiano, a la desconfianza, a la inseguridad y a los

³⁹ LARRAURI, Elena, *Una defensa de la herencia de la criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi “crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta”*. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 17, 2006, p. 269.

⁴⁰ Véase la impresionante narrativa que hace BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: Introducción à Sociología jurídico-penal*, México/Madrid, Ed. Siglo XXI, 1986, p. 166: “Esta segunda pregunta se refiere a la alternativa que caracteriza el debate entre una ciencia neutral respecto a los valores y las elecciones práctica, y una ciencia social comprometida en la transformación del propio objeto, es decir, una ciencia social en donde la interpretación teórica de la realidad sea dialécticamente mediata del interés y la acción para la transformación de la realidad, en el sentido de la resolución positiva de las contradicciones que constituyen la lógica del movimiento objetivo de la misma y de la satisfacción de necesidades individuales y sociales en su contenido históricamente determinado, es decir que corresponden al efectivo nivel de desarrollo que han alcanzado en una sociedad dada las fuerzas productivas respecto a los bienes materiales, a la cualidad de vida. Sólo una ciencia social comprometida, pensamos, puede desempeñar un papel de control y de guía frente a la técnica jurídica. La naturaleza dialéctica de la mediación entre teoría y praxis, que caracteriza este modelo de ciencia social, es la medida del carácter racional de su compromiso cognoscitivo y práctico”.

prejuicios. En este sentido, son las políticas criminales racistas y arbitrarias de la “tolerancia cero”, en las variantes del “broken windows” o “life styles crimes”, bien así la “three strikes”.

Además, ese planteamiento abre espacio al *Derecho penal del autor*⁴¹ (como en el caso de las drogas) y a la legitimación del derecho penal simbólico (no se ataca la estructura de la causa), de interés del poder político por la facilidad de conversión del argumento en votos (la psicología popular ha mostrado una gran aceptación de la pena como retribución - venganza - en la actitud del pueblo causada por el poder de las religiones).

En realidad, lo que hace la política criminal derivada de la ideología de la seguridad urbana es “separar la paja del trigo”, separar los viajantes del “navío espacial Tierra” que lleva pasajeros de primera y de segunda clase – e indudablemente que también de tercera y con “boleto de perro”, para imitar las palabras de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.⁴² Es, por tanto y en definitiva, lo que BAUMAN llamó de “tratamiento de residuos que a veces se pone en marcha cuando los pobres ya no son útiles como un “ejército de productores en la reserva” y se han convertido en consumidores fallidos y por tanto también inútiles”.⁴³ Eso, es evidente, sólo es posible y real gracias al *confinamiento espacial y social* de la mayoría de la población mundial, detenidas, “por su propia voluntad”, en territorios sin muros lejanos de los países centrales.

b) El derecho penal del enemigo

Es de conocimiento general que el concepto doctrinal y político-criminal del discurso contra el enemigo, asumido abiertamente por la doctrina de GÜNTHER

⁴¹ Según ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Ed. Thomson Civistas, 2003, pp. 176-177, “por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no toda la conducción de la vida social del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción”.

⁴² ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Ed. Themis, 2003, p. 42.

⁴³ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 142.

JAKOBS⁴⁴, viene así estructurado: una dicotomía en el programa estatal para controlar la criminalidad impuesta por la (ir) racionalidad en las situaciones de *necesidad de reforzar la vigencia de la norma*, por medio de la pena criminal, en los casos de violaciones por el ciudadano, de un polo, y por la *neutralización y eliminación*, por medio de la coacción física (medidas de seguridad), hasta llegar a la guerra, para *combatir peligros*, en caso de violación de la norma por *no personas (enemigos)*.

Según JAKOBS, la misión de la pena “*es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.*”⁴⁵. Es decir, en la pena criminal reside la función de estabilización social normativa, que, al mismo tiempo, elevaría la fidelidad jurídica y confianza del pueblo en el Derecho inquebrantable. Es por esto que la tradicional teoría del bien jurídico, en las *concepciones monista, dualista o personalista*, quedaría sin ningún sentido porque el Derecho penal se preocuparía con la función de protección del restablecimiento de la vigencia de la norma.⁴⁶

En esa orden de ideas, el problema surge con la violación de la norma por el “actor reincidente”, por el “delincuente habitual”, por “delincuente profesional”, por “integrantes de las organizaciones criminosas”, porque al rechazar la legitimidad del ordenamiento jurídico y así luchar por su destrucción, la aplicación de la pena criminal no ejercería confianza en la norma. En este caso, sería entonces aplicada una “medida de seguridad en lugar de la pena” para que la norma vulnerada pueda estabilizarse, aumentando la probabilidad fáctica de que sea cumplida, pues como ha preceptuado JAKOBS, “*se trata por tanto del fortalecimiento de la autoridad de la norma sólo mediante la eliminación del peligro*”, o sea, “*los intereses del autor han de evaluarse*

⁴⁴ JAKOBS, Günther, *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

⁴⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 14.

⁴⁶ En otro sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 61: “*Por eso, me parece rechazable la tesis de JAKOBS, que reduce la función protectora al mero restablecimiento de la vigencia de la norma, pues detrás de la norma siempre hay un interés o bien jurídico, a través del cual se comprende, se interpreta y se puede criticar la pretensión de vigencia de la norma. Sin esa referencia al bien jurídico, el restablecimiento de la norma como única función directa del Derecho penal es tautológica, vacía de contenido y, sobre todo, impide la crítica de la norma misma*”.

tanto menos cuanto más es responsable del peligro, de modo que en esa medida una reacción frente a un delincuente habitual que actúa culpablemente puede ser aún proporcional, pero frente a un enfermo mental no serlo ya".⁴⁷ En realidad, la única función de la medida de plazo indeterminado sería la *neutralización* y *eliminación* del enemigo, en un método ((i) legal y práctico) de lucha y de guerra frente a su elevada peligrosidad y frente a la situación de emergencia latente que demandaría más represión para buscar la seguridad pública. Por lo tanto, es aquí donde entraría la *división* del Derecho penal (dos políticas criminales diferentes y de "velocidades diversas"), abriendo un discurso para el ciudadano (pena criminal para restablecer la confianza en el ordenamiento jurídico) y otro para el no ciudadano, el enemigo (medida de seguridad para eliminar anticipadamente los peligros y fortalecer la autoridad de la norma).

Ahora bien, es evidente que la dicotomía del discurso resulta incompatible con el Estado *de* Derecho, en la medida en que infringen los principios *éticos* (basados en la libertad y autonomía individual), *políticos* (carácter democrático y participativo) y *jurídicos* (construcción de un sistema de protección de las libertades y derechos fundamentales) que constituyen la verdadera razón de su existencia. Además, (a) rescita posicionamientos reaccionarios de la filosofía y de la política (ROUSSEAU, FICHTE, KANT, HOBBS y CARL SCHMITT), (b) rescata políticas criminales superadas, autoritarias y racistas de la criminología tradicional (LISZT, MEZGER, EXNER, LOMBROSO, GAROFALO y, en nuestro margen, JOSÉ INGENIEROS y NINA RODRIGUES), (c) incorpora datos del positivismo exagerado (normativismo puro) y de la teoría sistémica contemporánea (LUHMANN) y, por fin, (d) alimenta antiguas situaciones de emergencia que, mediante el uso de la pena como prevención general exclusiva de neutralización del enemigo, encamina al Derecho penal hacia un camino simbólico y peligroso, también incompatible con el Estado de Derecho, que requiere "respeto al imperio de la ley (y de la Constitución) como expresión de la voluntad popular", "relación entre democracia y Estado de Derecho como procesos históricos siempre abiertos" y "formación jurídico-política con diferentes tipos de sociedad y de Estado (liberal, social, democrático) en función precisamente del grado de exigencia, de reconocimiento y realización de esas prescripciones morales que son los

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 42.

Derechos Humanos”.⁴⁸ Por fin, el discurso penal contra el enemigo maquilla y oculta dos puntos importantes y reales: uno, el significado político del Derecho penal, en la medida en que éste es históricamente utilizado por el poder dominante como estrategia de control social de las masas desfavorecidas del sistema de capitalista, en las sociedades capitalistas estructuradas en clases sociales antagónicas, donde los individuos se relacionan siempre como *propietarios del capital* y *poseedores de la fuerza de trabajo*; segundo, el hecho de que el desvío no es algo que precede a las definiciones y reacciones, pero que a través de ellas adquiere la calidad desviante o criminal, o sea: la criminalidad no es, definitivamente, una calidad ontológica, preexistente a la criminalización primaria, sino un estatus social negativo atribuido a través de los procesos de definición y mecanismos de reacciones (informales y formales).

d) El planteamiento abolicionista

La llamada crisis de la criminología crítica también provocó, en cierto modo, la perspectiva abolicionista: la abolición de la pena de prisión y, después, del sistema de justicia penal. Sí, porque, si la pena de prisión, como dice FOUCAULT, es un instrumento de “disciplina y vigilancia”⁴⁹, si es, como escribió PAVARINI, “un proyecto hegemónico de control y dominación”, y por fin, si la cárcel tiene más prejuicios que beneficios, entonces es legítima la idea de abolición de la prisión y del sistema penal, sobre todo para fortalecer otras formas de resolución de los conflictos humanos.

Sin embargo, el abolicionismo parte del sueño del paraíso perdido, la comunidad de solidaridad que buscamos y que todavía no encontramos, pero que no dejamos de buscar en nuestras ideas de organización social. Es algo como la imaginación, que, “a diferencia de las duras realidades de la vida, es un lugar de expansión de la libertad sin trabas”.⁵⁰ Por eso es correcta la crítica realista de que el planteamiento de la perspectiva abolicionista no es nada más que un discurso utópico y de poquísima utilidad práctica en la actualidad, incluso, en algunas regiones marginales del poder planetario, como por

⁴⁸ DÍAS, Elías, *Realismo crítica y estado de derecho. In: Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2006, p. 35-36.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, op. cit., p. 252.

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 10.

ejemplo, en la realidad latinoamericana, es demasiado peligroso para el Estado democrático de Derecho, puesto que puede reforzar el poder hegemónico de las elites económicas, que tomarían por asalto lo poco que hay de riqueza del pueblo. Y ese peligro del discurso abolicionista es también identificado por LUIGI FERRAJOLI cuando dice que *“resulta idóneo para fundamentar más que sistemas ilimitadamente autoritarios en tanto que entregados al juego libre y desenfrenado de los poderes, poco importa que sean individuales, sociales o políticos”*.⁵¹

Así MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN:

“Las perspectivas abolicionista pertenecen, hoy por hoy, al mundo de las utopías y, en todo caso, no pueden plantearse al margen de un determinado modelo de sociedad y Estado; y los modelos de sociedad y Estado que conocemos en el presente y en el pasado, y podemos prever en un futuro a corto o medio plazo no parece, desde luego, que puedan prescindir de esa última instancia de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más graves a los bienes más importantes de sus respectivos sistemas de valores”.⁵²

La abolición de los delitos solamente puede existir debajo de la abolición del sistema criminógeno de dominación y control, como explican TAYLOR, WALTON y YOUNG: *“Solo cuando las fuerzas materiales se desarrollen hasta el punto en que se puedan abolir la dominación de clase y el imperio del Estado, tendrá sentido hablar de derecho como manifestación de la voluntad. En otras palabras, solo en esas condiciones es posibles concebir una sociedad libre de delitos”*.⁵³ Así, en efecto, *“seguridad sin libertad equivale a esclavitud”* (por ejemplo, el Derecho penal del

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 252.

⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., p. 69. El carácter antitético de los proyectos abolicionistas y su común vicio utópico y regresivo también es señalado por FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 251: *“Una especie de proyección hacia el futuro de las dos correspondientes y opuestas mitologías del “estado de naturaleza”, la de la sociedad sin reglas que queda presa del bellum omnium contra omnes y la de la idílica sociedad primitiva no contaminada por conflictos intersubjetivos. En segundo lugar, estas doctrinas, ya sean radicales u holistas, eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del derecho penal -de la cantidad y calidad de las penas, de la cantidad y calidad de las prohibiciones, de las técnicas de comprobación roces sal-, menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos penales autoritarios y modelos penales liberales, y no ofreciendo por consiguiente contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo”*.

⁵³ TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock, op. cit., p. 231.

enemigo), mientras que también “libertad sin seguridad equivale a estar abandonado y perdido (y, a fin de cuentas, sin una inyección de seguridad, demuestra ser un tipo de libertad sumamente esclava)”⁵⁴ (por ejemplo, el abolicionismo en una sociedad desigual).

e) La modernización del derecho penal y las tres dimensiones de resistencia libertadora fundadas en una “ética de la alteridad”: derecho penal mínimo, garantismo y uso alternativo del derecho

La historia del Derecho penal pone de manifiesto que los sectores privilegiados de la sociedad de capital nunca son alcanzados y están inmunizados al control penal aunque provoquen daños sociales muy graves, mientras que las franjas más débiles y marginales son siempre seleccionadas, aunque provoquen daños sociales pequeños o insignificantes. Piénsese, en el primer caso, en los delitos de corrupción, de los delitos del poder político, de la criminalidad económica, de los atentados contra el medio ambiente. Y piénsese, en el segundo caso, que también la gran mayoría de la “población penal” es formada por gente que cometió lesiones a la propiedad o tráfico ilícito de drogas.

Ahora bien, si la sanción no alcanza a aquellas primeras conductas lesivas que son las que violan los Derechos Humanos (y eso es un obstáculo al crecimiento del Estado y del desarrollo de los ciudadanos), entonces no se puede legitimar el actual sistema de punición de los seleccionados por el poder punitivo. Así, en cuanto la realidad social no cambia, es necesaria una nueva dirección del Derecho penal, rumbo a la transformación social, hacia otra capa o estrato social, pues sólo así se podrá legitimar un sistema penal (por la mayoría).

En efecto, se trata de una política criminal de una nueva dirección: cambiar el foco de concentración de los sectores subalternos y marginales, que es la realidad de operación del sistema penal, al camino inverso, de la penalización de los delitos graves practicados siempre por la clase dominante y que son los verdaderos atentados contra

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 27.

los Derechos Humanos, pero que hasta ahora solamente no se beneficia de la impunidad en los casos de “pérdida de la cobertura”, lo que es muy raro de suceda.

En definitiva, en política criminal alternativa a partir de las clases subalternas y teniendo los Derechos Humanos como referente material significa: por un lado, máxima descriminalización y despenalización de las conductas de las clases subalternas (ataques a la propiedad, aborto, delitos en ámbito del privado y de acción privada, delitos sin víctimas y todos los relacionados con la criminalidad vinculada a las drogas), que son las causas de la ineficiencia y morosidad de la justicia criminal; por otro, fuerte concentración Derecho penal en la protección de los bienes lesionados por las clases dominantes y incluidas en los beneficios de la sociedad del capital, que son las verdaderas violaciones de los Derechos Humanos, por ejemplo, los delitos de corrupción, económicos o medio ambiente (aquí, es evidente, un trabajo conjunto con el derecho administrativo sancionador, pero reservado al Derecho penal la punición a los grandes ataques).

Las críticas de la ineficiencia de la justicia penal contra los poderes dominantes no sólo justifican el *mantenimiento* del sistema social injusto y desigual, sino que también bloquean las tentativas de *transformación* a favor de los sujetos histórico-sociales (víctimas), mediante la *razón estratégico-crítica* que, en su ejercicio último, *realiza la acción transformadora*, como dice ENRIQUE DUSSEL,⁵⁵ pero sin la negación del Otro, es decir, con una ética de solidaridad que parte de las necesidades de la población de marginados y lucha por su emancipación. Por tanto, cuando se delimita claramente el campo de incidencia y se eliminan las barreras jurídicas por las que solamente esa criminalidad tiene privilegio, se cierra la red de punición y se evitan ajustes jurídicos para imposibilitar la impunidad. Luego, se crea en esta comunidad de *mismidad* una red de responsabilidad ética, de compromiso a largo plazo, de derecho intransferible y de obligaciones irrenunciables.

Y, al contrario de lo que sustenta la crítica de derecha, la postura antes expuesta no viola el principio de igualdad o cualquier de los otros principios de Derecho penal liberal de limitación del poder: no viola en principio de la igualdad porque las

⁵⁵ DUSSEL, Enrique, *Ética de la Liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Ed. Trota, 1998, p. 500.

situaciones son de desigualdad completa y, por tanto, para una sociedad más igualitaria es imprescindible el tratamiento desigual a los desiguales, como consecuencia de la función material de éste principio⁵⁶; no viola el principio de intervención mínima porque el uso del Derecho penal está dirigido a bien jurídico de mayor significación, no tutelado satisfactoriamente por otras ramas del Ordenamiento; no viola el principio de legalidad (*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*) porque los tipos pueden ser definidos, incluso para la penalización de los poderes dominantes, conforme los postulados de certeza (taxatividad), anterioridad de la ley (irretroactividad), prohibición de analogía y costumbres en *malan parte*; en fin, no viola en principio de culpabilidad (imputabilidad, conciencia del injusto y exigibilidad de conducta diversa) pues que la concentración en los sectores desfavorecidos y débiles de la sociedad no parece desaparecer y, aunque eso llegue a existir en un futuro lejano, siempre se debe exigir más de los que así pueden actuar y menos de los que no pueden, como una manera de compensación por la situación de vida, tal como acontece en la interesante construcción dogmática que hace ZAFFARONI acerca de lo que llama “co-culpabilidad”.⁵⁷

La criminología crítica, entonces, tiene un proyecto alternativo: Derecho penal mínimo en el marco de una política de las clases subalternas y tiendo como referente

⁵⁶ En sentido completamente contrario, en un artículo escrito con marcada agresividad y financiado por el Fondo Nacional Suizo de la Investigación Científica, AEI, Marcelo Fernando, *Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta*. In: *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ed. Universidad Salamanca, 2004, p. 40, sustenta que la “Política criminal de las clases subalternas propuestas por Baratta reposa sobre una concepción autoritaria de las relaciones sociales y viola el principio de igualdad ante la ley”. Además, para el conservadorismo de este autor, la visión *barattiana* se esconden una serie de ideas de neto “corte autoritario e intolerante”, de “arenga revolucionaria”, “no científica”, “incompatible con un sistema democrático”, que insta una “dictadura del proletariado”, que tiene una “función política” y, por lo tanto, que no es “neutral”, pues que, según él, Baratta adopta un modelo para el científico típico del abogado defensor y no del juez. Ahora bien, la respuesta, de otro nivel intelectual y en trato demasadamente amistoso o quizá irónico, ya fue dada por LARRAURI, Elena, *Una defensa de la herencia de la criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi “crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta*, op. cit.. Pero todavía es menester lamentar como un artículo como este tenga sido publicado en una homenaje al sobresaliente Prof. Baratta, aunque más con errores serios de la historia mundial: por ejemplo, decir que las dictaduras en nuestro margen latinoamericano es consecuencia de las ideas de izquierdas de “jóvenes mimados del Estado de Bienestar Social” (¡pobres TAYLOR, WALTON y YOUNG!), de las “ideas de la Criminología crítica y de otras corrientes de pensamiento marxistas surgidas en los países centrales en los años 1960 y 1970”, es tan estúpido cuanto decir que las ideas de liberación JOSÉ DE SAN MARTÍN y SIMÓN BOLÍVAR condujeron nuevas colonizaciones o dictaduras en los países centrales. En fin, las ideas no tienen ninguna relación de causa y efecto y, sobre todo, porque las dictaduras en América del Sur fueran todas de derecha (y es claro, salvo se el autor considere SALVADOR ALLENDE, que fue presidente de Chile de 1970/1973, un dictador, pero se eso es para él verdad (y parece ser), entonces por cierto también piensa que PINOCHET, que se quedó en poder de 1973/1990, es un verdadero demócrata.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general, vol. I*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1982, p. 64.

único los *Derechos Humanos en una concepción histórico-social*.⁵⁸ En otras palabras, una posición minimalista del Derecho penal para corto y medio plazo y, después de cambiar la sociedad del capital, abolición de las penas privativas de libertad y, del sistema de Derecho penal desigual. Y por minimalista se entiende un programa criminal que asume la necesidad de *justicia social* y el concepto de Derechos Humanos con doble función: una negativa, de límites de intervención penal; otra positiva, de definición del objeto de tutela del Derecho penal.⁵⁹

No obstante, es necesario el garantismo penal y el uso alternativo del derecho. El garantismo es necesario para evitar que el modelo penal garantista constitucional sea uno y la práctica de la justicia sea otra, o sea, la divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto.⁶⁰ Y por garantismo entiéndase lo que enseña el propio FERRAJOLI:

*“Una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él”.*⁶¹

Finalmente, en lo que se refiere al uso alternativo del Derecho y, en particular, del *uso alternativo del Derecho penal*, es menester decir que el operador del Derecho

⁵⁸ Véase BARATTA, Alessandro, *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*. In: *Criminología y Sistema Penal*, Montevideo/Buenos Aires, Ed. BdeF, 2006, p. 303. Así también parece ser ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal*, Rio de Janeiro, Revan, 1991, pp. 16-17, cuando dice: “O direito serve ao homem – e não ao contrário -, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou ontologia regional do homem”.

⁵⁹ Véase BARATTA, Alessandro, *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, op. cit., p. 299.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 851.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 854.

(los fiscales y, sobre todo, los jueces) debe asumir el papel, incluso contra la Ley cuando ella es injusta, de contención y reducción del poder punitivo a favor de las clases subalternas, de las minorías étnicas y de los representantes de culturas diferenciadas en la sociedad, dado que son ellas las grandes víctimas de las violaciones contra los Derechos Humanos en una concepción histórico-social.⁶² Como dice DUSSEL, “admitir la coacción legítima no es aceptar la dominación como constitutiva de la legitimidad”⁶³, tanto más porque “para esos *nuevos sujetos socio-históricos* la coacción “legal” del sistema vigente (que causa su negación y los constituye como víctimas) ha dejado de ser “legítima””.⁶⁴ Por lo tanto, se crea una cultura penal alternativa fundada, antes que todo, en una “ética de la alteridad” y en los valores del colectivo social más excluido y oprimido, imponiéndose, en efecto, una “praxis de liberación” que “transforma la realidad (subjetiva y social) teniendo como última referencia siempre a alguna víctima o comunidad de víctima”.⁶⁵ La criminología, en fin, cumple una acción crítico-deconstructiva del Derecho penal, primero, y después, constructiva por transformación, ahora por las manos de la política criminal.

V. Algunas conclusiones

Las cuestiones mencionadas en este ensayo pueden ser condensadas en estas conclusiones:

a) El pensamiento de la *criminología tradicional* (criminología etiológica) viene fundamentado en la idea de que el delito y la criminalidad son “realidades ontológicas” y que el criminal es un “sujeto anormal” determinado a la práctica de los delitos, debido a características biológicas y psicológicas clínicamente observables por el investigador criminólogo.

⁶² En este sentido, de función de contención y reducción del poder punitivo que deben realizar tanto la dogmático cuanto los operadores, véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*. In: *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Ed. BdeF, 2005, p. 159: “El saber jurídico que se destina a la práctica de los operadores jurídicos (y, por ende, lo distinguimos cuidadosamente de la legislación penal y del ejercicio real del poder punitivo), el derecho penal es la programación racional del poder jurídico de contención y reducción del fenómeno político del poder punitivo del Estado. Por ende, todo derecho penal que no se proponga contener y reducir este poder cae necesariamente en una concesión al derecho administrativo”.

⁶³ DUSSEL, Enrique, op. cit., p. 540.

⁶⁴ DUSSEL, Enrique, op. cit., p. 541.

⁶⁵ DUSSEL, Enrique, op. cit., p. 553.

b) La teoría del *labeling approach* provocó una *ruptura del paradigma epistemológico* no pensamiento criminológico, en la medida en que parte del principio de que el crimen y la criminalidad no son calidades ontológicas y naturales, preexistentes al proceso de criminalización, sino un *status* social negativo atribuido (“realidades construidas”) mediante los procesos de definición (informales y formales) y mecanismos de reacciones (informales y formales).

c) La criminología crítica superó la teoría del *labeling approach* porque estudia el crimen, la criminalidad y el funcionamiento del sistema de justicia penal en el contexto de las estructuras objetivas de las relaciones económico-sociales. Una superación porque cuestiona la sociedad capitalista moderna, la estructura social y el contexto socio-económico en que se produce un conflicto social (explica las razones políticas de *por qué* algunas personas son seleccionadas por el sistema penal y *por qué* otras no).

d) La “sociedad del riesgo”, un espacio en que se lleva una “vida de riesgo, una vida en la que “se colapsa la idea misma de controlabilidad, certidumbre o seguridad”, ha conducido la ciencia global de Derecho penal a las siguientes reflexiones: el Derecho penal no es eficaz para el combate de las nuevas demandas sociales con sus instrumentos dogmáticos y, por ende, se habla ahora de la expansión; las principales propuestas doctrinarias de resistencia a la expansión no son todavía adoptadas por la legislación y incluso son objetos de controversias; en fin, la criminología crítica presenta posiciones de retiro (ausencia de ofrecimiento de política criminal), de abolición total de la pena de prisión y del sistema de Derecho penal y, por fin, de política criminal alternativa de base minimalista.

e) Las sombras: 1. La neutralidad del saber no es de este mundo; no es cualidad de nadie y sí pura alienación personal por las manos del poder, que siempre construye, a su manera, el saber dominante en una sociedad y época determinadas. La criminología, por supuesto, no es un saber neutro y debe tener *compromiso* con la transformación de la realidad, por medio de la propuesta de política criminal para guiar el Derecho penal hasta una comunidad buscada e imaginada, de solidaridad, de menos violencia y más respecto a los Derechos Humanos; 2. La política criminal derivada de la ideología de la seguridad urbana tiene un corte racista y autoritario. Es un tratamiento a los pobres,

después del confinamiento espacial y socialmente, como un “tratamiento de residuos” cuando ya no son útiles como un “ejército de productores en la reserva” y se han convertido en consumidores fallidos y por tanto también inútiles”; 3. El Derecho penal del enemigo es incompatible con el Estado *de* Derecho, en la medida en que infringen los principios *éticos* (basados en la libertad y autonomía individual), *políticos* (carácter democrático y participativo) y *jurídicos* (construcción de un sistema de protección de las libertades y derechos fundamentales), que constituyen la verdadera razón de su existencia; 4. El abolicionismo es, en la actualidad, un discurso utópico, de poquísima utilidad práctica y además antigarantista, incluso peligroso porque alimenta sistemas ilimitadamente autoritarios.

f) Las luces: la criminología puede cumplir una acción crítica y deconstructiva del Derecho penal, primero, y después, constructiva por transformación, así: por un lado, un discurso de deconstrucción del horizonte conceptual del Derecho penal tradicional, por medio de la mezcla de los enfoques interaccionista y materialista; por otro, un discurso de construcción mediante una política penal alternativa a partir de las clases subalternas y teniendo como referente único los Derechos Humanos en una concepción histórico-social, con dos consecuencia principales: penalizar los comportamientos de las clases dominantes históricamente excluidas del poder punitivo (criminalidad de los poderosos) y responsables por las grandes violaciones de los derechos humanos en una concepción histórico-social; reducir, fundado en la teoría de las necesidades, en la ética de la alteridad y en el uso alternativo del derecho penal, el poder punitivo a favor de las clases subalternas, de las minorías étnicas y de los que representan culturas diferenciadas en la sociedad, verdaderas víctimas de la sociedad capitalista y, por supuesto, del proyecto burgués y hegemónico del Derecho penal tradicional.

V. Bibliografía

- AEBI, Marcelo Fernando: *Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta*. In: *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ed. Universidad Salamanca, 2004.
- ANITUA, Gabriel Ignacio: *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2005.
- BARATTA, Alessandro: *Che cosa è la criminologia critica?* In: *Dei Delitti e delle Pene*, n. 3, 1985.
- ___ *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2002.
- ___ *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: Introducción à Sociología jurídico-penal*, México/Madrid, Ed. Siglo XXI, 1986.
- ___ *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. In: *Criminología y Sistema Penal*, Montevideo/Buenos Aires, Ed. BdeF, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt: *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2003.
- BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2006.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez Cirino: *A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal*. Disponible en: www.cirino.com.br.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa: *Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1984.
- DÍAS, Elías: *Realismo crítica y estado de derecho*. In: *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2006.
- DUSSEL, Enrique: *Ética de la Liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Ed. Trota, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Ed. Trota, 1995.
- FOUCAULT, Michel: *Vigiar e punir*, 31ª, Petrópolis, Ed. Vozes, 2006.
- FOUCAULT, Michel: *É preciso defender a sociedade*, Lisboa, Ed. Livros do Brasil, 2006.

- GARLAND, David: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.
- HASSEMER, Winfried: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989.
- HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- JAKOBS, Günther: *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2005.
- ___ *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.
- LARRAURI, Elena: *La herencia de la criminología crítica*, 2ª ed., México, Ed. Siglo XXI, 1992.
- ___ *Una defensa de la herencia de la criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi "crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta"*. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 17, 2006.
- KUHN, Thomas S: *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1987.
- GRACIA MARTINS, Luis: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich: *Manifiesto del Partido Comunista*. In: *Fundamentos II*, vol. IV, 1 ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1988.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich: *Ideología Alemana*, Buenos Aires, Ed. Vida Nueva, 1958.
- MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Ed. Siglo XXI, 1979.
- MENDOZA BUERGO, Blanca: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

- PAVARINI, Massimo: *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Ed. Siglo XXI, 1983.
- ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Ed. Thomson Civistas, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001.
- TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock: *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1997.
- WACQUANT, Loïc: *Punir os pobres*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de derecho penal. Parte general, vol. IV*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1982.
- ___ *Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1991.
- ___ *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Ed. Themis, 2003.
- ___ *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. In: En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires, Ed. BdeF, 2005.