

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN EL SIGLO XXI COMO CRIMINOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONTRA-REFORMA HUMANÍSTICA O LAS TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS NO SON INOCENTES"⁶

Lolita Aniyar de Castro

a) Las teorías criminológicas no son inocentes.

Sin duda, el control penal es el termómetro de los Derechos Humanos. También, en consecuencia, ese control penal define la democracia, ya que todos los gobiernos intentan legitimar sus estilos o ideologías a través, si no siempre del Derecho, sí a través de la Ley.⁷

Ese control penal se disfraza también de teorías legitimantes. A partir de la consideración de la Criminología Crítica como una Teoría Crítica del Control Social, -, en nuestro caso, es la manera como la entendemos⁸-, el análisis del pensamiento criminológico no puede sino detectar cómo este control social se modula en cada tipo de criminología, bien limitando, bien enfatizando la protección de los derechos que son atinentes al desarrollo progresivo, tanto material como espiritual, de la especie humana.

Una consideración de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal, como pensamiento criminológico, en cuanto se trata de una forma de control social⁹, -tal como implícita o explícitamente han hecho, según los casos, los primeros que iniciaron el pensamiento crítico sobre la criminología¹⁰-, abre las puertas para ver el movimiento de los Derechos Humanos a partir de la que, desde entonces,

se ha denominado Criminología Clásica.

El movimiento pendular de las diferentes criminologías¹¹ se ha ido desplazando desde un extremo al otro de espectro protector de los Derechos Humanos, para llegar hoy al punto intermedio en el cual las garantías y derechos resultan ser la característica de la Criminología Crítica contemporánea.

La tensión fundamental, como se sabe, ha estado representada por los dos polos históricos de los Derechos Humanos: la igualdad y la libertad. Pero tratándose del control penal y de sus matices, el cúmulo de derechos vulnerables se destaca con mayor intensidad.

Se sabe que la llamada Criminología Clásica desarrolla derechos humanos individuales: el ciudadano, nacido como tal de la Revolución Francesa, disponía de formas para contener el poder punitivo del Estado, especialmente representadas por esos denominados derechos individuales, los cuales, sin embargo, como fue demostrado¹², servían a la vez que como un muro frente al autoritarismo y el poder omnímodo de los regímenes anteriores, también para facilitar el libre y pacífico desarrollo del mercado naciente. Así, la seguridad jurídica resultó estar blindada a través de principios legales, que hoy tienden a ser consti-

⁶ Este texto fue pronunciado con ocasión del otorgamiento del Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Córdoba, Argentina, en septiembre del 2008

⁷ Esto no es aceptable. Como se sabe, Derecho y Ley no son la misma cosa. La sola ley no es fuente de legitimidad del ejercicio del poder estatal. Debe haber sumisión del Estado a la justicia. El Derecho es el valor superior del ordenamiento jurídico: lo constituyen los principios jurídico-políticos que conforman la cultura jurídico-constitucional.

⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola: Criminología de la Liberación. Publicaciones del Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" (ICLAC) de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1987

⁹ Por ello se le ha definido como una criminología especulativa, administrativa y legal. Ver PAVARINI, MASSIMO: Control y Dominación, México, SIGLO XXI, 1983

¹⁰ Por ejemplo Rusche y Kirkheimer, Chambliss; Taylor, Walton y Young, Tony Platt, Massimo Pavarini y Dario Melossi, Alessandro Baratta, Lola Aniyar de Castro, Roberto Bergalli, Juárez Cirino dos Santos, Rosa del Olmo, Emiro Sandoval, Mauricio Martínez, Vera Malaguti, -y la lista después se hace muy larga, incluyendo no sólo a criminólogos puros, sino también a penalistas críticos como Nilo Batista, Raúl Zaffaroni, Juan Bustos, y hasta sin proponérselo al mismo Eduardo Novoa Monreal-, ya que se han ido sumando gran cantidad de personas de generaciones intermedias y recientes

¹¹ No trataremos de dar una definición de Criminología, pues Criminologías hay muchas, según la orientación epistemológica que las guía. Baste saber que, para quien escribe, una buena, iluminada y comprensiva Criminología, debe tratar no solamente la transgresión de lo penal, sino también la criminalización. Y que ésta, a su vez, tiene que ver con: a) las definiciones sociales e institucionales; b) con las instituciones sociales normativas y administrativas que la manejan c) con las expectativas sociales; d) con el imaginario colectivo, e) con la manipulación política que usualmente se hace de este conjunto de hechos, ideologías y situaciones. f) con el castigo, en sus manifestaciones abiertas u ocultas. g) con una política criminal humanista que signifique todos los derechos para todos. Una criminología democrática debería también incluir el interés por las víctimas, tanto de las transgresiones como del mismo sistema penal. Y una estrategia para controlar a quienes controlan. Debe estar orientada a garantizar tres derechos humanos fundamentales (sin perjuicio de los otros que pueden perderse en el camino de control penal): libertad, igualdad, seguridad. Debe también incluir una discusión sobre las conductas que son socialmente dañinas aunque no estén castigadas por los Códigos Penales. Por ello, el pensamiento racional y coherente que se llama Criminología, debe tener como objeto de análisis al mismo Derecho Penal, como parte que es del sistema penal total.

tucionales, y que son uno de los pilares del moderno garantismo, como los principios de reserva legal, de la irretroactividad de la ley, de la necesaria codificación e interpretación disciplinada de la misma. Todos ellos le dieron a la libertad el carácter de derecho supremo. Mientras tanto, la igualdad estaba presumida en un supuesto nacimiento contractual del Estado moderno, y en una norma general y abstracta sobre “la igualdad de todos frente a la Ley”, la cual no estaba asegurada por las relaciones sociales de base. Con razón, Anatole France hizo escarnio de esa supuesta igualdad al recordar que el Código Napoleónico prohibía por igual, a los ricos y a los pobres, pedir limosa y dormir bajo los puentes.

La criminología positivista, por su parte, bajo el imperio de una Ciencia deificada por su estrecho amarre a los métodos antro-po-bio-psicológicos, tanto como a los de una sociología funcionalista en buena parte de marcado tipo organicista, fue recortando derechos, y estableciendo estereotipos del delincuente de carácter clasista, a la vez que las políticas criminales derivadas enarbolaban criterios amenazadores como el de la peligrosidad pre-delictual, las tablas de predicción, y las medidas curativas o asegurativas de tiempo indeterminado. En el terreno jurídico, se acompañó de leyes o interpretaciones peligrosistas, y le dio impulso al Derecho Penal de Autor.

Frente a esos criterios cientificistas, el construccionismo epistemológico hizo irrumpir la duda sobre la autoridad de un control surgido de bases tan poco previsibles como la reacción social y la variedad de la misma. Especialmente, al liberar el valor de las diferencias, contribuyó a considerar también a “la diferencia” como un derecho humano. El interaccionismo simbólico, en las democracias liberales, no sólo diluyó la tesis de la concentración y el voluntarismo del poder político, sino que al develar la complejidad de la vida social, y la importancia de identificar intereses variados, puso la batuta en las manos de los grupos sociales organizados (asociados por intereses de género, religiosos, etarios, profesionales, ideológicos, financieros, etc.) que tuvieran la capacidad de imponer sus criterios. Inclusive, en la práctica de la reacción social, también el poder se encontraría en las decisiones individuales de criminalizar o no criminalizar determinados conflictos o determinadas personas. El poder, con esta teoría, aunque no está dicho especialmente en los libros del interaccionismo, se demuestra capilar y múltiple, como en sus últimas consecuencias lo describe Foucault.¹³

¹² Vid PAVARINI, ob.cit.

¹³ En LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS, Michel FOUCAULT se nos aparece relacionado, aunque autónomamente, a estos planteamientos del interaccionismo, En su MICROFÍSICA DEL PODER, se refiere al poder como “una trama de poder microscópico, capilar”, que no es el poder político ni los aparatos de Estado ni el de una clase privilegiada, sino el conjunto de pequeños poderes e instituciones situadas en un nivel más bajo. No existiría un poder; en la sociedad se dan múltiples relaciones de autoridad situadas en distintos niveles, apoyándose mutuamente y manifestándose de manera sutil.

¹⁴ Vid Hermann y Julia SCHWENDINGER, los cuales, después de haber asignado a los Derechos Humanos reconocidos por Naciones Unidas, el carácter exclusivo de orientar los Bienes Jurídicamente Tutelados por el sistema penal, posteriormente proponen criminalizar sólo aquellas acciones que inhiben los derechos de la clase trabajadora y que reproducen los intereses de la clase dominante. Ver de los autores: “Clases Sociales y la Definición del Delito” en Capítulo Criminológico, Órgano del Instituto de Criminología “Dra. Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela N° 13, 1985 y “Defenders of Order or Guardians of Human Rights” en Issues in Criminology, Berkeley, N° 15.

Al liberarse, pues, con esa criminología interaccionista, las diferencias sociales en un marco de filosofía política que ya no es consensual sino conflictivo, se abre el camino, bien para asignarle nuevos valores, actuales o posibles, al control formal; bien para escrutarlo en busca de sus determinaciones económicas, culturales, militares o políticas.

La verdad absoluta asignada a Códigos y Constituciones queda, pues, desnudada en su pretensión de serlo. Y todo queda permeado por las posibles interrogaciones.

Es allí donde los planteamientos abolicionistas encuentran su raíz más provechosa. La libertad y la diversidad vuelven a ser un valor absoluto, y se confunden con una nueva definición de la democracia.

Cuando irrumpe la criminología radical, con sus señalamientos de clase, de selectividad del control, y con nuevas concepciones de los derechos humanos, en los cuales los valores centrales serían el de la igualdad y el de los intereses de la clase trabajadora, el planteamiento linda con modelos autoritarios, aunque orientados a reconocer los derechos de grandes mayorías. Sin embargo, el reconocimiento de la diversidad vuelve a considerarse un elemento tanto de la libertad y-paradójicamente- también de la igualdad, al señalarse el sometimiento de sectores sensiblemente dominados, asociados no por clase, sino por género, o edad; o por etnia o color, o por su pertenencia a cualquier grupo organizado en torno a intereses específicos.¹⁴

De alguna manera, las Criminologías siguen el movimiento histórico de los Derechos Humanos proclamados por Naciones Unidas: los Derechos de la Primera Generación, sostenidos por el llamado Primer Mundo (básicamente la libertad); los Derechos Humanos de la Segunda Generación, impulsados por los regímenes que vivenciaron revoluciones socialistas, o Segundo Mundo (básicamente la igualdad). Y posteriormente, con las progresivas descolonizaciones que dieron lugar a nuevos países con derecho a voto en Naciones Unidas (países del Tercero y Cuarto Mundo), los de la Tercera Generación (que aún no tienen completa protección penal), como el derecho a la soberanía, al ambiente, al desarrollo, a la nutrición, a la información.

La libertad y la igualdad, -o Justicia Social-, siguen campeando en el discurso político y en el criminológico y penal, porque son más factibles de judicialización. Estos derechos se orientan, respectivamente, a enfrentar los autoritarismos y la selectividad del control penal.

La criminología crítica, por su parte, con su observación permanente del ejercicio del poder, y centrándose tanto en la justicia social como en toda acción de democracia emancipatoria generalizada¹⁵, incorpora la concepción no sólo de estos derechos, sino la de todos los derechos humanos, y para todas las personas.

La vocación anti-autoritaria de la criminología crítica ha recogido el conocimiento antropológico que está en la base de abolicionismo aunque “provisionalmente” acepte la necesidad de criminalizar algunas acciones, considerando su criminalización como un “espacio residual” y “dentro de una política integral de protección de derechos”.¹⁶

Hoy en día se hace como nunca emergente la necesidad de refrescar el pasado y el presente del pensamiento criminológico y su relación con la ampliación, la reproducción y la ratificación de la voluntad humanística que debe tener todo pensamiento progresivo, frente a la negación o limitación de derechos humanos. Estamos padeciendo una circunstancia histórica regresiva que podríamos denominar como contra-reforma humanística.

b) La Sociedad de Riesgo y la contra-reforma humanística

Para explicar y legitimar estas políticas regresivas se nos remite al concepto de Sociedad de Riesgo¹⁷, en la cual se generarían temores y ansiedades generalizados.

Según esta Teoría de la Sociedad del Riesgo¹⁸, en virtud de las nuevas tecnologías, en la modernidad tardía se estarían produciendo riesgos que, aunque artificiales y contruados, tendrían la capacidad de generar destrucciones masivas. En una Sociedad del Riesgo no existiría la posibilidad de establecer patrones de regularidad o normalidad. En ella todo sería incierto, y no habría forma de manejar signos confiables de previsibilidad y calculabilidad.¹⁹ En la So-

iedad de Riesgo se exige un conocimiento más especializado, -al decir de algunos estrictamente “científico”-²⁰, sobre el diagnóstico y la gestión de los riesgos, en una nueva etapa de la ingeniería social, con lo cual se exigiría la presencia de expertos conocedores de la materia actuarial, también en el campo penal, tanto de la acción y de las políticas como del mismo Derecho. El criminólogo se profesionalizará y se hará apto para la comercialización de sus nuevos saberes. La pertenencia a “grupos de riesgo”, como criterio probabilístico, afectará entonces la justicia social por cuanto no sólo arrojará sospechas sobre sus conductas futuras aunque no sean comprobables de antemano, sino que excluirá a quienes arroje el calificativo, de participar en la actividad productiva. Serán los nuevos parias de la ciencia, los abortos de la inseguridad.

Por su capacidad de generalizar las víctimas, aunque algunos autores han dicho que estos riesgos implicarían una “democrática” tendencia igualitaria, lo cierto es que más bien existe una fuerza de atracción entre la extrema pobreza y los riesgos extremos, de manera que en la práctica las personas desprotegidas en mayor grado siguen siendo las víctimas más generalizadas.²¹ Esto puede constatarse al trasladarse el concepto del riesgo al ámbito criminológico. En efecto, allí encontramos que, ni el sentimiento de inseguridad ni la inseguridad real, están en relación directa con la posesión de bienes de fortuna; y el por qué, por el contrario, a veces lo encontramos expresado con mayor intensidad en los estratos más carentes de recursos de sobrevivencia y también de protección.

Aunque algunos autores del sedicente mundo desarrollado insistan en que en la Sociedad del Riesgo interesan menos las estigmatizaciones y el control “cara a cara” que las técnicas de prevención del riesgo, y que las policías sólo reaccionarán a las llamadas de emergencia y a las expectativas institucionales²², lo cierto es que en nuestros

¹⁵ De hecho, Alessandro BARATTA, en Requisitos Mínimos del Respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal” en DEI DELITTI E DELLE PENE, anno 3 n° 3, 1985 (ver en español en Capítulo Criminológico, Órgano del Instituto de Criminología “Dra. Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela) cuando se refiere al contenido del referente material del delito, habla de “intereses generalizables que contribuyan a la emancipación general”. Sobre el anti-autoritarismo de la Criminología Crítica, ver Aniyar de Castro Lola: Criminología de la Liberación Maracaibo. Ed. del Vicerrectorado Académico de la Universidad del Zulia, 1987. (Traducida al portugués: CRIMINOLOGIA DA LIBERTACAO en Rio de Janeiro, Brasil, en 2007)

¹⁶ Así lo sostiene Baratta quien a su manera se asocia al garantismo de Ferraioli como una necesidad de contener la pretensión punitiva del Estado. Ver FERRAIOLI, Luigi: DIRITTO E RAGIONE, Teoria del Garantismo Penale, Roma-Bari, Ed. Laterza, 1989

¹⁷ “Riesgo” es una expresión tomada de las ciencias actuariales, con todas su posibles mediciones estadísticas y probabilísticas. Su extensión a la criminología etiológica no deja de producir amenazas a los derechos humanos, especialmente cuando se aplica a “poblaciones en riesgo” para sustituir el positivista concepto de peligrosidad predelictual generalmente asociado a poblaciones económicamente precarizadas.

¹⁸ Vid. BECK, Ulrich: World Risk Society, Cambridge, Polity Press, 1999; BECK, Ulrich: La sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad, Barcelona, Paidós, 1998; RODRIGUES DE ASSIS MACHADO, Marta: Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliacao das novas tendencias politico-criminais, Sao Paulo, IBCCrim, 2005.

¹⁹ Ver DE GIORGI, Raffaele: O Risco na Sociedade Contemporanea, Revista Sequencia. Revista do Curso de Pos Graduacao em Directo da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n.28, june 1994

²⁰ BECK, ob.cit. p. 212

²¹ Vid. las obras citadas de: BECK, Ulrich: World Risk Society, Cambridge, Polity Press, 1999; BECK, Ulrich: La sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad, Barcelona, Paidós, 1998; RODRIGUES DE ASSIS MACHADO, Marta: Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliacao das novas tendencias politico-criminais,.

²² Todo dependería ahora de las demandas de conocimiento de instituciones fundamentales como las compañías aseguradoras, las oficinas oficiales de control estadístico, las instituciones sanitarias, los tribunales penales. La vigilancia se hará por mecanismos electrónicos que faciliten esa vigilancia. “En este ambiente de vigilancia, de la producción de conocimiento para la gestión de poblaciones (Dandeker, 1990), la policía comunitaria se transforma en una policía de las comunicaciones (Ericson y otros, 1993)”: ERICSON Richard y Kevin CARRIERE: “La Fragmentación de la Criminología”, en SOZZO Máximo, Coordinador: RECONSTRUYENDO LA CRIMINOLOGÍAS CRÍTICAS, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006. Los criminólogos “colaborarían con numerosas instituciones para construir enemigos convenientes, controlar lo irracional por medios

ambientes eso parece más bien una predicción de ciencia ficción, y no lo que en realidad significa: una intensificación del estereotipo del malo y el peligroso y una represividad y un control incrementados. La abundancia de demandas penales y la generosa respuesta institucional parece ser un fenómeno global.

En efecto de la Sociedad del Riesgo a la contrarreforma humanística no hay más que un paso:

Como se ha especulado, se planteará una aparente confrontación entre eficiencia ética (aunque la “eficiencia”, la cual a la larga amenaza la seguridad ciudadana, pues es más una imagen de protección que protección real). El estereotipo del delincuente será guía para la acción del control social formal e informal. El Derecho Penal del Riesgo expandirá el modelo de administrativización del control formal.²³ Priorizará un procedimiento penal breve, a pesar de la pérdida de garantías que pudiera implicar para el imputado. Borrará las tendencias hacia la solidaridad y hacia la comprensión y tolerancia de las diferencias culturales y sociales. Se aumentará el tamaño de la pena y crecerán las penas secundarias de la Administración. Influirá en los procedimientos argumentativos judiciales para fijar la pena en cada caso. Vinculará el Derecho Penal del Enemigo al peligrosismo positivista. Y las penas serán básicamente entendidas en función de la retribución.

Lo que sí es innegable es que, al menos, producto o no del recalentamiento global, o de los factores tecnológicos, la Naturaleza se nos ha vuelto vindictivamente hostil: la amenaza de huracanes y tormentas, deslaves e inundaciones parece haber aumentado. Por otra parte, las prácticas del capitalismo salvaje asoman amenazas de hambruna mundial por escasez de alimentos, o de la destrucción del Amazonas. Tomemos en cuenta los movimientos políticos y sociales emergentes de vocación violenta, el terrorismo, las guerras económicas, o religiosas, étnicas, o tribales; las crisis financieras de las economías virtuales del primer mundo que arrastran a todos los países; la voracidad del mundo petrolero; la convicción de que también los Estados y no sólo internamente sus gobiernos pueden ser delincuentes. Estamos viviendo la apoteosis de la transgresión. Vivimos en medio de infracciones generalizadas, donde las viejas consignas de Ley y Orden pierden sentido al hacerse imposibles. La criminología y el Derecho Penal tradicional se tambalean, incapaces de encontrar soluciones eficaces con sus convencionales recursos, clasistas e intra-nacionales, y sin ser capaces de contener, en los niveles planetarios, las vio-

lentas tendencias de políticas, conductas y reacciones. Todo ello conforma un panorama de destrucción y catástrofe. La rapidez de las comunicaciones hace que ellas sean parte “naturalizada” de nuestra rutinaria y a la vez alterada cotidianidad. Simultáneamente, se genera la necesidad de producir chivos expiatorios, de identificar enemigos, así como odios indefinidos que buscan hacia dónde dirigirse.

Acotemos que el sentimiento de inseguridad, en general, es tanto o más peligroso en sus consecuencias sociales y políticas que la inseguridad real.

Los miedos, por supuesto, son contruidos, aunque no falten razones para crear ansiedades. El crimen se ha vuelto un valiosísimo recurso de entretenimiento televisivo y cinematográfico, sin el cual estas industrias no sobrevivirían. Ya nadie hace, como antes, aquellas investigaciones de cuántos delitos aparecen en una semana de televisión o cine. Las cifras son innecesarias. No hay entretenimiento sin violencia, lecturas sin sangre, sexo sin furia destructiva o placer egocéntrico. Aún en la cotidianidad de la vida privada, la desconfianza recíproca se instala.

Vivimos en un mundo globalmente aterrador, que se nos presenta como casi totalmente ignorante, -si no negador-, del Estado de Derecho. La violencia es un panorama cotidiano en todos los niveles, nacionales o internacionales. Las cifras negras se han puesto de moda, y las encuestas de victimización también, porque las estadísticas oficiales de transgresión son insignificantes o meramente simbólicas. Las denuncias y acusaciones son mínimas, los conflictos se resuelven, si alguna vez se resuelven, al margen del sistema penal. Las relaciones sociales se reducen, las interacciones urbanas son las indispensables para sobrevivir. El Leviatán ha regresado. Y el fascismo también. Someterse al Estado de Hobbes permite conjurar los miedos. Ya no importan ni la corrupción oficial, ni que el Sistema Penal sea garantista en la cúspide e implacable en la base.

Todo lo que se relaciona con la criminología es profundamente político (la Justicia Penal, la legislación penal, las políticas criminales y penales, la cárcel, el bien jurídico tutelado, las teorías de la pena y la supuesta proporcionalidad de la misma, el mal llamado “espíritu del legislador”, la criminalización efectiva). Es además el más sólido entre los pilares que sustentan la mesa de la gobernabilidad. El miedo va a reflejarse en los derechos y garantías que el Derecho está llamado a proteger. Y no sólo aumenta las reacciones represivas. Sino la tolerancia a la violencia ins-

racionales y conformar tecnologías configuradas por el seguro.” La expresión “enemigos convenientes” deriva del trabajo de Nils Christie “Suitable enemies” en BIANCHI, H y VON SWAANINGEN ed: ABOLITIONISM: Toward a non repressive approach to crime, Free University Press, Amsterdam, 1983.

²³ “A incerteza jurídica, a incognoscibilidade e irracionalidade do direito penal gerada pela inflação legislativa, ofuscaram de fato os limites entre a esfera do ilícito penal e esfera do ilícito administrativo, e por fim, do lícito, transformando o direito penal numa fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, subtraindo-lhe a função simbólica de intervenção extrema contra ofensas mais graves e oferecendo assim terreno fértil para a corrupção e o arbítrio”: FERRAIOLI, Luigi: “A pena em uma sociedade democrática”, en Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, n.7 p.31-40, 2 sem.2002. Véase en general también, sobre todo lo mencionado, RODRIGUES DE ASSIS MACHADO, ob. Cit., y ZAFFARONI, Eugenio Raúl: El Enemigo en el Derecho Penal, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás de Bogotá, 2006.

titucional. Y ello a su vez produce un confortable colchón para la impunidad oficial y para la legislación regresiva.²⁴

c) La contrarreforma humanística vista en el sistema penal actual:

Una mirada de la Criminología de los Derechos Humanos debe enfocar algunas medidas legales que, disfrazadas de asignación de derechos, representan prácticamente las mismas situaciones de represión que antes sufrían, o disminuyen sus especiales consideraciones anteriores. Por ejemplo, UNICEF, encubierta bajo la excusa de otorgarles el derecho a un juicio con todas sus garantías, y con su prestigio, nos vendió la receta universal de las Leyes de Protección al Niño y al Adolescente. Ahora los menores, víctimas tradicionales de las peores situaciones a través de la historia, están incorporados al campo penal, que es un terreno minado. Esas Leyes traían como caballo de Troya aquella reducción de la edad de la imputabilidad penal, la misma consecuentemente propugnada por la derecha castigadora, reducción que tanto quisimos evitar. Y se ha estado haciendo a límites nunca soñados²⁵, ni aún en los discursos más represivos, mientras bajo la máscara de un discurso garantista se mantienen instituciones de reclusión similares a las prisiones, aunque nuevos especialistas parajurídicos estén hipotéticamente actuando. ¿Se presume que el campo penal es aséptico y produce justicia? En vez de mejorar los sistemas de protección al menor abandonado o en conflicto con la ley, ¿se cambiaron las leyes- en detrimento de la mayoría penal- para que nada cambiara? ¿No vale la pena evaluar lo que ha resultado de estas reformas? No se tomó en consideración que en nuestros países no hay- y en muchísimos años tal vez no habrá-, instituciones de calidad para ayudar a los menores en conflicto con la Ley.

Otra cara del problema es el caso de la otra víctima tradicional: las leyes de protección al “derecho de la mujer a una vida libre de violencia”, no sólo no se acompañan de instalar una cultura de la no violencia contra la mujer, -lo que explica que las acusaciones sean insignificantes-, sino que las casas de abrigo para protegerla son prácticamente inexistentes (en Venezuela sólo hay dos, y apenas con capacidad de 10 personas cada una).

Simultáneamente, las medidas alternativas al encarcelamiento, y que por lo tanto privilegian la libertad, están ya siendo rápidamente recortadas en sucesivas reformas legales.

Es así como las políticas criminales desplazan su foco de la Prevención a la Seguridad. Grave problema que significa ir de la planificación y las políticas sociales, al inme-

diatismo del control y la represión. Interesan más ahora los “costos sociales” que las inversiones sociales. Significa que los problemas de base, los más significativos para la construcción de una ciudadanía plena, no serán resueltos, porque no es lo que importa.

Las medidas penales son oportunistas e insidiosas. Entre las nuevas estrategias encontramos la ocultación de la pena. Pues, como se sabe, el castigo no está sólo en leyes penales. Está disperso en muchas otras leyes administrativas, o en otra clase de medidas restrictivas. El tan debatido Derecho Penal del Enemigo, se manifiesta de manera especial en la administrativización de lo penal. En ella resulta más difícil rastrear la pérdida de garantías. Son métodos ocultos de castigo esas de señalar a quienes pertenecen a “grupos de riesgo”, disfraz neo-positivista; así como las medidas legales que excluyen, las que privan de derechos, y el no permitir medidas alternativas a la pena privativa de libertad para ciertos delitos considerados más escandalosos o dañinos, como los llamados “Crímenes Hediondos” en Brasil. El someter a los reclusos a una especie de “segundo juicio” administrativo o en manos de expertos no jurídicos, y sin garantías, para otorgarles o no salidas anticipadas o alguna otra medida limitativa del encierro.

Así, tenemos en casi todas partes unas precarias democracias, que se sostienen, por una parte, sobre leyes cada vez más represivas, y, por la otra, sobre las penas informales del que, en otras ocasiones, he denominado “sistema penal subterráneo”. En ambos casos, estas sedicentes democracias, de alguna manera también, como las viejas dictaduras militares, se sientan sobre la punta de las bayonetas.

Hoy hay que invertir demasiado esfuerzo en mantener, al menos algunos de los principios del viejo Derecho Penal Liberal, que ya no nos sirven sino para los relativamente escasos juicios penales formales que aún se realizan. En la práctica, el control formal se convierte en un pulpo de muchos brazos, inicio institucional de la capilaridad del control social, que deja reducido al derecho penal convencional a su más limitada expresión simbólica.

d) ¿Todo el Derecho Penal es Derecho Penal del Enemigo?

Aún lo que queda de ese Derecho Penal tan reducido en su aplicación, como sabemos, está ya contaminado...la Dogmática misma (al menos la de Jakobs y Silva Sánchez) se encarga de reducir garantías, bien separando el Derecho Penal del Ciudadano del Derecho Penal del Enemigo (pre-seleccionado), o inventando un Derecho Penal de va-

²⁴ Así vemos que el 22% de los caraqueños considera que las autoridades tienen derecho a matar delincuentes y a un 16 % le da igual. El 46% considera que las autoridades tienen derecho a detener ciudadanos sin orden judicial; el 51% justifica matar al victimario en casos de violación; y el 41% justifica el asesinato de los “azotes de barrio”, según la Encuesta de Victimización Caracas 2007

²⁵ En Venezuela se redujo hasta los 12 años de edad.

²⁶ El concepto viene de Jakobs (aunque su esencia original es schmittiana), quien enfrenta el derecho penal del ciudadano al derecho penal del enemigo, o lo que es lo mismo, la asimilación del control social a un ejercicio de guerra. Hablar de guerra es hablar de batallas, muertes, y bajas.

rias velocidades, según a quién se aplique.²⁶

Nada más lejos de una concepción democrática del buen gobierno. Ya Mezger, al servicio del nazismo, aducía que ese enemigo del régimen no pertenecía a la comunidad, que era un extraño. Por lo tanto, bien podía ser objeto de todos los exabruptos.

Por otra parte, las formas de atrapar al Enemigo sean ido haciendo cada vez más peligrosas: lo vemos en la autorización de las escuchas telefónicas, en las recompensas al denunciante, en los carteles que difunden sus rostros, en la pérdida de la privacidad comunicacional electrónica; en la Justicia negociada, e, inclusive a través del estímulo a la población para que se organice para acciones de verdadera inteligencia social y hasta política. Y, cuando “el selecto atrapado” – ese que Christie llama “enemigo conveniente” – entra a la cárcel y visualizamos el panorama de horror y degradación de la misma, totalmente al margen de los principios de la Convención contra la Tortura, no podemos menos que preguntarnos si ese Derecho Penal, todo él, no es, siempre, por definición, un Derecho Penal del Enemigo. ¿No se trata de rechazar, neutralizar, eliminar, segregar, encarcelar, según los casos, al seleccionado como enemigo de la sociedad? ¿No nacen las teorías penales modernas, como dice Bacigalupo, de un libro de Hugo Grotius sobre la guerra y la paz?²⁷ Guerra, Enemigo y Derecho Penal tienen sospechosos vínculos de comunicación.

En cuanto a los muertos y heridos provenientes de instituciones y funcionarios del mismo sistema penal subterráneo, -ese ya viejo tema, permanente, por lo tanto-, de los muertos en las cárceles y las ejecuciones extrajudiciales, tenemos que reportar que hoy, como nunca, están a la orden del día. El número de muertos en las cárceles, sólo por motines internos, sin contabilizar las provenientes de factores atinentes al abandono de su salud, se ha incrementado geométricamente. El secuestro de las cifras oficiales impide a veces dar reportes al día. Los funcionarios policiales que hagan públicas cifras de delincuencia registrada que sean diferentes de las dadas oficialmente desde arriba, pueden ser destituidos.²⁸ Considerar que los muertos en enfrentamiento entre bandas o grupos no deberían contabilizarse como cifras de homicidios realizados,²⁹ es negar el valor de la vida humana y acentuar su desprotección así como la agresión al Estado de Derecho.

En el caso de las ejecuciones, generalmente impunes, se

aplica una pena de muerte no autorizada constitucionalmente. Hay violación por omisión, y también por acción, de los Derechos Humanos, particularmente del derecho a la vida, en el caso de las cárceles. La parte más peligrosa de la contrarreforma se apoya en las expectativas de la población. Ella legitima la barbarie y esta se reproduce también en leyes penales, pues nuevos delitos están siendo cada día definidos o las penas aumentadas.

Todo esto ha sido llamado la “sociedad terrorista”³⁰: los controles serían los ideológicos de contención y los punitivos de represión. Es decir, violencia legal en la guerra interna y violencia organizada en lo institucional: cuerpos armados, policía, cárceles.

Por otra parte, la industria de la seguridad se ha convertido en una muy rentable. De alguna manera, abandonar grandes sectores poblacionales a la necesidad de solucionar sus necesidades sin los recursos institucionalmente aceptados, es obligarlos a sobrevivir en medio de redes de personas y actos donde los límites de lo legal y lo ilegal se enredan y confunden, en beneficio de actores que viven en el limpio escenario de lo aparentemente lícito. Que el delito es funcional lo demuestran los grandes capitales que se invierten en este sector³¹, donde lo instrumental y lo comunicacional son fuertemente productivos, cerrándose un círculo de límites difusos de transgresión-control-negocios-corrupción-contrabando-legislación, pena y Justicia. De esta manera, la represión también se convierte en reproducción de transgresiones.

e) Pero: ¿Hay verdaderamente un mundo globalizado?

En realidad, ese manoseado término se reduce a la globalización del mercado, con su correspondiente equipaje cultural e institucional.

Aquí también presenciamos una esquizofrenia activa: por una parte, la unidimensionalidad cultural, la “aldea global” que hace ya casi medio siglo fuera demonizada por los filósofos frankfurterianos, parecería hoy acentuada en virtud del energético campo de una información virtual y comunicacional cada vez más centralizadas en el ámbito internacional³².

En el terreno institucional esta globalización se cristaliza, entre otras cosas, en la búsqueda de un fácil, seguro, uniformizado y eficiente control, tanto penal como social. Este

²⁷ BACIGALUPO, Enrique: Prólogo a Responsabilidad Social, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo, de Germán ALLER, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2006., p.21

Sólo en Venezuela se contabilizan más de 3.655 muertos por la policía, prácticamente sin castigo, desde agosto del año 2000 a febrero del 2005, de los cuales 2.300 fallecieron en presuntos enfrentamientos, lo que es tal vez más grande que el número de homicidios cometidos por particulares en el mismo período.

²⁸ Esto corresponde a la realidad venezolana, septiembre, 2008.

²⁹ Así lo expresó el Ministro de Relaciones y Seguridad Rodríguez Chacín en el mes de junio del 2008

³⁰ ver Henri LEFEBVRE: “La vida cotidiana en el mundo moderno” en Antropos , p.11

³¹ Marx lo decía hace mucho tiempo. Hoy, los Libros de Wacquant tienen una gran cantidad de información sobre lo rentable de esta industria

³² Compramos los mismos productos, nos gustan las mismas películas, los mismos actores, las mismas canciones; oímos las mismas noticias, tratamos de vestirnos igual; y hasta nuestro idioma se ha ido reduciendo a traducciones generalmente extrañas y, por supuesto, también centralizadas, de los subtítulos de mensajes y películas en inglés.

control supuestamente garantiza al mercado sociedades de consumo, las cuales serán estables, manejables y predecibles.³³ Así tenemos reformas penales, procesales, policiales, que tienen poco que ver con nuestra realidad institucional de base; al igual que las legislaciones internacionales sobre la delincuencia organizada, la tendencia a tener cárceles y policías privadas; y por supuesto, también las teorías del control basadas en la Tolerancia Cero y la del *one, two, three strikes, out*, que bendicen un renacer del positivismo del Código Rocco.³⁴

A pesar de esto, por la otra parte, las diferencias culturales caracterizan los enfrentamientos básicos del mundo actual. No reconocemos al diferente, y las guerras actuales, además de los intereses económicos que las sustentan, tienen mucho que ver con esas diferencias legitimantes, que hacen, de la cacareada “globalización”, una gran mentira, a menos que no se trate sino de una orden de uniformidad colectiva, obligatoria, so pena de exclusión.

f) Los diferentes, los instrumentos internacionales y el sistema de garantías:

Desde la vieja criminología positivista se ha venido aseverando que el delincuente suele primero legitimar su acción, degradando, a través de sus racionalizaciones, el valor y el significado de su víctima.

Otra cosa, sin embargo, es que el mismo sentido de alteridad genere víctimas por la diferencia de grupo, ideología, color, religión, etnia, género o clase social. El principio del fascismo se ha fincado en la necesidad de castigar, eliminar o segregar al diferente, al “otro”, despojándolo ideológicamente de sus cualidades humanas y, por lo tanto, de su dignidad y sus derechos. De allí suelen venir conceptos y acciones características propias de los Crímenes de Odio.

Se ha ido produciendo una esquizofrenia en el campo de los Derechos Humanos: por una parte los organismos internacionales desarrollan más y más bienes protegibles por las Declaraciones de Derechos Humanos, y por la otra, los países que las aprueban y los recogen no están dispuestos a protegerlos en la práctica; o simplemente no los ratifican, con lo cual niegan esos derechos.

Por otra parte, los organismos internacionales de Derechos Humanos funcionan con lentitud y con dificultades para ser ciento por ciento eficaces.

Por diferentes motivaciones extremas que podrían considerarse “estado de necesidad”, la tendencia a cambiar los

patrones de la ocupación tradicional del espacio, eufemísticamente denominados en el terreno institucional, bien “desplazados” bien “refugiados”, o simplemente inmigrantes o “sin papeles”, se han convertido en nuevos sujetos criminalizables, y en fuente de miedo y odio. La reacción más temida, sin duda, es el crecimiento del racismo, y la violencia que puede generar.³⁵

En el 2005, los inmigrantes internacionales estaban entre 185 y 192 millones de personas (aproximadamente el 3 por ciento de la población mundial, y comparable a la población de Brasil). Casi todos los países están involucrados en las migraciones, bien como exportadores, bien como receptores, como países de tránsito, o por una combinación de las tres situaciones.

La “Convención de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias”, se hizo vigente después que 20 países lo ratificaron en marzo del 2003.

Reconoce que los inmigrantes legales tienen legitimidad para reclamar más derechos que los indocumentados, pero que los derechos fundamentales de éstos también deben ser respetados, como seres humanos son.

Los países que han ratificado la Convención son básicamente los países de los cuales son originarios los inmigrantes, como México, Marruecos y Filipinas.

Ningún país occidental receptor de inmigrantes ha ratificado la Convención, aunque la mayoría de éstos viven en Europa y Norteamérica. Tampoco otros países receptores importantes, como Australia, los países del Golfo, y la India la han ratificado. Como indicador curioso de la esquizofrenia que se ha apoderado del campo de los Derechos Humanos, gracias a una Convención que pretendía beneficiar a los inmigrantes, ahora hay seres humanos sin derechos. Por otra parte, hay acciones legales que son tan dañinas como las conductas declaradas ilegales y por lo tanto sancionadas. Por ejemplo: la privación del acceso a alimentos y servicios médicos a inmigrantes ilegales, debería ser considerada conducta delictiva cuando cause enfermedad o muerte. Sería un delito menor, en todo caso, si se compara con el llamado crimen de “exterminio” en el Estatuto de Roma, el cual se considera crimen contra la humanidad cuando se calcula que puede destruir una parte de la población.

Es necesario remodelar la tradicional estructura institucional y conceptual de la soberanía y las fronteras: en un momento en el cual las fronteras económicas están desapareciendo, sería igualmente ilegítimo establecer fronteras humanas.

El rechazo y el castigo a la diferencia, como en los tiem-

³³ Así tendremos los mismos enemigos, los mismos estereotipos, los mismos odios y las mismas maneras de actuar contra ellos

³⁴ Un informe del entonces Ministro francés Sarkozy, hoy Presidente, que presentaría a la Asamblea Nacional, se basó en una investigación del Instituto Nacional para la Salud y la Investigación Médica (INSERM), solicitaba establecer medidas de seguimiento a niños que, desde el Jardín de Infancia, podrían ser tempranamente detectados, y por lo tanto, ser considerados sospechosos de conductas indebidas en el futuro.

³⁵ En Estados Unidos se han visto surgir juegos cibernéticos para matar mexicanos, y mujeres embarazadas o con sus niños en los brazos, que intentan cruzar la frontera. También actos de violencia racista se han estado practicando en algunos países.

pos de la Inquisición, se manifiesta en actos como éste: la prohibición de (y la expulsión por) el uso del velo por parte de niñas musulmanas en países occidentales, por ejemplo, es una manera de criminalizar esa conducta. El uso del velo es sin duda contrario a los valores occidentales. Pero las acciones pedagógicas convincentes son más apropiadas y menos punitivas que la expulsión de esas niñas de establecimientos escolares.

Es así como, aún cuando sólo, si acaso, el producir intencionalmente un resultado gravemente dañino debe ser considerada delito, las simples inmigraciones ilegales se han convertido en un asunto criminológico. Es el ejemplo más contemporáneo de cómo los problemas de gobernabilidad se traducen en términos de criminalización. Es fácil ver sus efectos en las cifras de criminalización de extranjeros, y en su privación de libertad en lugares para depositar a estos “extraños”, lugares que son prisiones aunque se les denomine de otro modo. Esto se produce a pesar de que existe un castigo, y no precisamente oculto, en el hecho de reintegrar a los inmigrantes ilegales a sus países de origen. “La deportación o transferencia forzada de población” es, de acuerdo al Estatuto de Roma, un delito contra la humanidad cuando se usa como un medio para salir de población inaceptada.

No se trata solamente de la Ley del Retorno que permite detener hasta por 18 meses a los inmigrantes ilegales. En Italia, el hecho de ser un inmigrante ilegal, se acaba de convertir en una nueva, insólita, agravante para ciertos tipos delictivos:

Como explica Wacquant, como consecuencia de los Tratados de Shengen y de Maastricht, que se orientaron a acelerar la integración jurídica para asegurar una efectiva libre circulación de sus ciudadanos, la inmigración fue definida por sus autoridades como un problema de seguridad continental, del mismo nivel que el crimen organizado y el terrorismo. Según este Autor, esta privación de libertad en depósitos de extranjeros, es más un *encarcelamiento de diferenciación* que un *encarcelamiento de seguridad*³⁶. Como el mismo autor cita, el aumento del peso de los extranjeros en la población encarcelada en Francia, depende exclusivamente del aumento tres veces mayor en los últimos años, de prisioneros que han violado sus normas de permanencia en Francia.³⁷ Y, como puede verse en las cifras que él presenta, hay una situación similar en toda Europa. También informa que “...la evolución de la población penitenciaria estadounidense”... testimonia “el ennegrecimiento constante de la población detenida, que hace que, desde 1989, y por primera vez en la historia, los afro-americanos son mayoritarios entre los nuevos ingresados en las prisiones estatales, aunque no representen más del

12% de la población del país” “Los latinos son el grupo cuya tasa de encarcelamiento creció más rápido en el período reciente”³⁸. “Esta “*desproporcionalidad racial*”... es aún más pronunciada entre los jóvenes... porque, en todo momento, más de un tercio de los negros de 18 a 29 años están en la cárcel, o bajo la autoridad de un juez de aplicación de penas, o de un agente de vigilancia penitenciaria, o bien a la espera de presentarse ante un tribunal.”³⁹ Los instrumentos normativos internacionales, por su parte, han tenido otro rol importante en la disminución de garantías: Vemos como el relativo a la Delincuencia Organizada y el referido a la Corrupción, mientras definen de manera oscura e imprecisa los hechos perseguibles, creando un amplio abanico de intervenciones en desmedro de la seguridad jurídica, se ocupan también de golpear el sistema de garantías.

La criminología se hace cada vez más regresiva: vuelven con mucha aceptación los viejos abandonados estudios genéticos sobre gemelos univitelinos y las investigaciones cerebrales; y hasta el nuevo concepto de poblaciones vulnerables, mal utilizado, se hace amenazador, al identificarse la vulnerabilidad con elementos característicos de la pobreza. Regresan las investigaciones criminológicas hechas en las penitenciarías (donde mejor se expresa la selectividad), y se legitiman las teorías del funcional-positivismo orientadas hacia la clase social.

Se han revivido la teoría ecológica de la Escuela de Chicago y el concepto de “desorganización social”. En zonas de inmigrantes en los Estados Unidos, se investigan “las diferencias delictivas” entre familias mexicanas, o peruanas o colombianas... La criminología primermundista, ahora se debate entre una izquierda que así se autodenomina por su tendencia humanista, y una derecha que ahora se caracteriza por rasgos fascistas. Podrían citarse muchas investigaciones norteamericanas y europeas que intentan explicar sus delincuencias a través de rasgos étnicos, o antropológicos, o culturales (los límites de esos conceptos son movibles) de los migrantes del tercero y cuarto mundos. Investigaciones cuyas recomendaciones se debaten entre los dos extremos: criminalizar o integrar.

Así, frente a esa “derecha” que buscaría encontrar rasgos delictivos en barrios latinos de Estados Unidos, partiendo de la hipótesis –implícita o formulada- de que allí hay valores negativos, hay una “izquierda” también funcional-positivista que aduce que en los barrios donde residen personas de una misma proveniencia nacional, los vínculos con los valores de las familias del mismo origen resultan ser más bien buenos controles de la delincuencia⁴⁰. La teoría del conflicto de culturas de Sellin, ha sido de nuevo puesta sobre el tapete, aunque aún no resulta ser reivindi-

³⁶ WACQUANT, Loïc, *ibíd*- Ver también TOURNIER Pierre: “La délinquance des étrangers en France: analyse des statistiques penales” en PALIDDA, Salvatore: *Délit d’immigration/ Immigrant delinquency*, Brussels, Commission Européenne, 1996, p 158.

³⁷ *Ibíd* p. 111

³⁸ Wacquant, *ob cit.* p. 98

³⁹ *Ibíd*.

⁴⁰ Es el caso de las investigaciones de Sampson y Laub.

cadora de la diferencia. La tesis actuarial de los factores de riesgo tenderá a convertirse en las nuevas, peligrosas Tablas de Predicción de los cónyuges Glueck.

g) El Sistema Penal: una función a la vez simbólica e instrumental.

A pesar de la probada incapacidad del Derecho Penal para sus fines manifiestos, éste ha sido seleccionado prioritariamente para solucionar problemas sociales y políticos. Es cuestión, parece ser, de ahorrar en gastos, por una parte, y de ofrecer falsas “soluciones” inmediatas, por la otra, con aparatosas reformas legislativas y las llamadas Leyes de Emergencia, que pretenden sacar conejos de sombreros con algunos rápidos pases de prestidigitación.

Ese juego de utilizar la legalidad (el Sistema Penal) como legitimidad (para justificar simbólicamente un estado de cosas que no interesa, o no se sabe, o no se puede enfrentar de otra manera); ese oscilar entre los bordes de la legalidad y la ilegalidad, hace de la criminalización el gran problema actual de la democracia y de los Derechos Humanos.

Por eso se ha dicho que la protección de los Derechos Humanos debe ser el objeto y a la vez el límite del poder punitivo del Estado. Y por eso se aboga por un Derecho Penal Mínimo, también llamado Derecho Penal Axiológico o Derecho Penal de la Constitución.⁴¹

Que el Derecho Penal Mínimo deba ser considerado como un Derecho Humano, es una postura necesaria para una renovada Criminología Crítica que enfrenta al Estado policial-penal máximo y su lenguaje de guerra. Pero el eslogan de “guerra contra el crimen” no es sólo un asunto de lenguaje.

No sólo las policías y las actividades de contra-terrorismo, las políticas contra las drogas o las instituciones que manejan el crimen organizado se han ido militarizando, sino también se está solicitando que las policías y las actividades del control formal de la delincuencia convencional tengan una organización interna militarizada, cuando no que se refuercen con presencia o prácticas militares.

También se hace cada vez más urgente considerar la independencia del Poder Judicial como tal derecho humano. Por otra parte, señalemos un peligro adicional: como la violencia está también presente en el lenguaje de los gobier-

nos y de los políticos que se ofrecen en elecciones⁴², y como la violencia se aprende, la violencia que pudiera aparecer en la sociedad se retroalimentará con los discursos oficiales. El incremento de la violencia, delictiva o no, que se produce al generarse una atmósfera de guerra virtual, se ha dicho que se debe a fenómenos que pueden ser de irradiación o de asociación⁴³.

De la misma manera como los Derechos Humanos han sido propuestos como límite y como objeto del Derecho Penal⁴⁴, el cual no estaría legitimado si no contribuye a disminuir la violencia punitiva, también los Derechos Humanos deben ser el límite y el contenido de la misma Criminología⁴⁵.

La contra-reforma institucional que estamos experimentando, como se ha dicho, es exactamente la inversión de estos principios. Ningún principio iushumanista se ha abandonado más que el del Derecho Penal Mínimo: el Derecho Penal no sólo deja de ser mínimo, sino que hasta ha dejado de tener, al administrativizarse, la apariencia formal del Derecho Penal.

h) Una primera ojeada a la Criminología de los Derechos Humanos:

Como la Criminología pareciera tocar los límites de una discusión sobre el Bien y el Mal, corre el riesgo de asumir una dimensión religiosa. Por eso, debe estar sólo focalizada sobre los efectos de las acciones⁴⁶ y medidas personales y oficiales, que se relacionan con las necesidades humanas reales, esenciales o fundamentales⁴⁷. Una discusión refrescada, moderna y sin prejuicios sobre el concepto del bien jurídico tutelado, debe hacerse. ¿Se inculpa primero y se inventa después, el bien tutelado? ¿Cuál es su sentido real, su organización sistémica, su correspondencia con cuáles intereses?

Los crímenes de masa y la criminología de los Derechos Humanos: El llamado a una Criminología de los Derechos Humanos está más que legitimado por la constatación de que hay formas de macro-criminalidad que tradicionalmente no ha estudiado la Criminología, protegiéndose bajo las coartadas, o de que son de naturaleza política (escondiendo que en el mundo del delito todo es político), o de que estarían fuera de su alcance investiga-

⁴¹ Como BARATTA, Alejandro afirma: El Derecho Penal debe ser “el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos, cuyo se considere inevitable para responder a gravísimas violaciones de derechos fundamentales”. Ob. Cit. FERRAIOLI ha escrito numerosas e importantes páginas sobre el tema.

Víd. BENITO Mauricio : como forma de contener la crisis social generada como consecuencia del creciente número de marginados, se ha apostado por una política represiva asentada sobre el principio de más estado penal. Esto nos lleva a la situación de contar con “Estado mínimo” para las políticas sociales y económicas y “Estado máximo” en materia policial- penal.

⁴² “Peñonazos” o “guerra” contra el crimen, “mano dura”, por ejemplo, son expresiones características en las campañas electorales de Venezuela

⁴³ Según GUILLAUME. Ver ANIYAR DE CASTRO, Lolita: “Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la Criminología Crítica en Venezuela, en los inicios del Siglo XXI”. En Capítulo Criminológico, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia “Dra Lolita Aniyar de Castro, Maracaibo, Venezuela, vol. 36 n° 2, abril- junio, 2008

⁴⁴ BARATTA, ob.cit.

⁴⁵ Ver ANIYAR DE CASTRO, Lola: La nueva Criminología y lo Criminalizable, en Capítulo Criminológico, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia “Dra Lolita Aniyar de Castro, Maracaibo, Venezuela, n° 15, 1987

tivo. Es una grave y certera acusación a la criminología tradicional la de haber descuidado la discusión de las similitudes que hacen que algunas situaciones de motivación política, o de la actuación de operadores políticos, se manejen como verdaderos delitos. Con esta última falsa justificación se insiste en la arcaica concepción de la criminología como un saber estanco, incapaz de relacionarse transdisciplinariamente.

Ante el espantoso panorama de los millones de muertos que se han producido desde el siglo pasado, entre guerras por tesoros, ideologías, petróleo, religiones, nacionalismos, exterminios étnicos y terrorismos, para señalar su incapacidad heurística, es lícito preguntarse cuántos asesinatos pasan bajo la mirada indiferente de la criminología tradicional.

Para el Derecho Penal una conducta no es delito si no viola una descripción legal a la que se le asigna una pena. De manera que, antes de que existiera el Estatuto de Roma, aquella Criminología que se autodenominaba “auxiliar del Derecho Penal”, podía argüir al menos esa razón, para no tratar esos temas. A pesar de que son evidentes las características comunes entre un tipo y otro de asesinatos, esa Criminología se limitó a excusarse bajo la coartada de que se requerirían dos tipos diferentes de explicación, aunque no se ocupó tampoco mucho de formular la señalada segunda explicación.

Y aún después de que ese Estatuto, y la Corte Penal Internacional existieron, le ha resultado más cómodo dejar a políticos y gobiernos el manejo de la macro-criminalidad. Sólo la Criminología Crítica extrajo una lección de ella por cuanto, al aplicar criterios externos a lo penal a los actos definidos como delito,⁴⁶ desnudó el sentido de la selectividad del sistema punitivo y su simbolismo. Podríamos esperar, confieso que sin mucho optimismo, que, en la medida en que algunas legislaciones hayan asumido la necesidad de criminalizar los crímenes contra la humanidad, también la vieja criminología “auxiliar” comience a desarrollar explicaciones coherentes, al menos en la medida en que no perturbe su histórica función legitimante.

i) La intensa y dinámica relación entre Criminología y Derecho Penal. La inversión de los roles.

La criminología ha dejado de ser “Ciencia Auxiliar del Derecho Penal”, Derecho que es hoy apenas uno de los objetos de su estudio y análisis crítico. Como se ha dicho,

una Criminología como Teoría Crítica del Control Social, al ser una criminología de los Derechos Humanos, y por lo tanto axiológica, normativa, no es diferente de la Política Criminal⁴⁹. Y es en consecuencia un “deber ser”. El Derecho Penal, para esta nueva Criminología, es parte del “ser” a estudiar y a vigilar; “Ser” al cual hay que controlar las desviaciones que se produzcan en el terreno de los valores. La Criminología de los Derechos Humanos controla los controles. Y para ello, debe tener bajo observación permanente los movimientos de toda relación fáctica de poder.

Un penalista crítico y un criminólogo crítico se encuentran en el mismo terreno, en un trabajo fordista de aporte, asimilación y reelaboración. El criminólogo, con los pies en la tierra, aporta el dato crítico exterior. El penalista lo convierte en tendencias modernas de la Dogmática.

Hay ya una larga lista de situaciones en las cuales podemos identificar esas desviaciones. Invitamos a agregar las muchas que se están produciendo en los ámbitos internos e internacionales. Entre otras cosas, las guerras que se producen como formas de castigo a presuntas transgresiones que ni siquiera han sido verificadas ni legitimadas. Ese Control Penal Internacional Informal, que elimina más vidas que los homicidios de la calle, sumados, de todos los países.

Invitamos a estar alerta frente a las tendencias que están, a veces subrepticamente, destruyendo una democracia que ha costado mucha sangre construir.

Es así como la Criminología de los Derechos Humanos como Criminología Crítica del Siglo XXI, será un compromiso con la vida, la igualdad, la libertad, la inclusión y la seguridad. Y no dará cuartel ni al fascismo, ni a la derecha, ni a lo que pretenda llamarse izquierda con violación de derechos humanos. Porque, al parafrasear a la escritora Gertrude Stein: “una rosa es una rosa es una rosa”, debemos decir que, en cualquier circunstancia política, “un crítico es un crítico es un crítico”.

Y aunque el regreso a las sombras del pasado nos acose, no debemos olvidar que la noche es siempre más oscura antes del amanecer.

⁴⁶ Y en ciertas circunstancias sobre las no-acciones, cuando éstas son requeridas para evitar un daño.

⁴⁷ ANIYAR DE CASTRO, L. (Ver de la Autora: “La Nueva Criminología y lo Criminalizable”, en Capítulo Criminológico, Revista del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, N° 15, 1987), quien trató de explicar las posibilidades de identificar esas necesidades reales y fundamentales como base objetiva de lo criminalizable, o referente material del delito, según lo enunciaba Baratta.

⁴⁸ KENNEDY, Mark: Beyond Incrimination, en REASONS, Charles ed: THE CRIMINOLOGIST: CRIME AND THE CRIMINAL, pages 106 -135

⁴⁹ Vid. Zipf, citado por MARTÍNEZ, Mauricio: “El Estado actual de la Criminología y de la Política Criminal”, en Capítulo Criminológico, órgano del Instituto de Criminología “Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia, Maracaibo, vol.27 N° 2 (agosto de 1999) p.48

BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO, Lolita (2008): "Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la Criminología Crítica en Venezuela, en los inicios del Siglo XXI"; en Capítulo Criminológico, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia Dra. Lolita Aniyar de Castro, Maracaibo, Venezuela, vol. 36 n° 2, abril- junio, 2008
- ANIYAR DE CASTRO, Lola (1987): *Criminología De La Liberación*, Publicaciones del Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" (ICLAC) de la Universidad del Zulia, Maracaibo.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola (1987): "La nueva Criminología y lo Criminalizable", en Capítulo Criminológico, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia "Dra Lolita Aniyar de Castro, Maracaibo, Venezuela, n° 15, 1987
- BACIGALUPO, Enrique (2006): "Prólogo", en ALLER Germán (2006): *Responsabilidad Social, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo*, Carlos Alvarez Editor, Montevideo.
- BARATTA Alessandro, (1985): "Requisitos Mínimos del Respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal" en DEI DELITTI E DELIE PENE, anno 3 n° 3, 1985.
- BECK, Ulrich (1998): *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press.
- CHRISTIE Nils (1983): "Suitable enemies" en BIANCHI, H y VON SWAANINGEN -ed.- (1983): *Abolitionism: Toward a non repressive approach to crime*; Free University Press, Amsterdam.
- DE GIORGI, Raffaele (1994): "O risco na Sociedade Contemporanea", Revista Sequencia; Revista do Curso de Pos Graduacao em Directo da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n.28, june 1994
- ERICSON Richard y Kevin CARRIERE (2006): "La Fragmentación de la Criminología", en SOZZO Máximo, -Coord.- (2006): *Reconstruyendo La Criminologías Críticas*, Ad Hoc, Buenos Aires.
- FERRAIOLI, Luigi (1989): *Diritto E Ragione, Teoria del Garantisimo Penale*; Ed. Laterza, Roma.
- KENNEDY, Mark: "Beyond Incrimination", en REASONS, Charles -ed.-: *The Criminologist: Crime And The Criminal*.
- LEFEBVRE Henri: "La vida cotidiana en el mundo moderno" en Anthropos.
- PAVARINI, MASSIMO (1983): *Control y dominación*, SIGLO XXI Editor, México.
- MARTÍNEZ, Mauricio (1999): "El Estado actual de la Criminología y de la Política Criminal", en Capítulo Criminológico, órgano del Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, Maracaibo, vol.27 N° 2 (agosto de 1999).
- RODRIGUES DE ASSIS MACHADO, Marta: *SOCIEDADE DO RISCO E DIREITO PENAL. UMA AVALIACAO DAS NOVAS TENDENCIAS POLITICO-CRIMINAIS*, Sao Paulo, IBCCrim, 2005.
- RUSCHE, Georg y KIRKHEIMER, Otto: *PRISION Y CLASE SOCIAL*. Bogotá, Temis, 1984
- SCHWENDINGER, Hermann y Julia: "Clases Sociales y la Definición del Delito" en Capítulo Criminológico Órgano del Instituto de Criminología "Dra. Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela N° 13, 1985
- SCHWENDINGER, Hermann y Julia: *"Defenders of Order or Guardians of Human Rights"* en Issues in Criminology, Berkeley, N° 15.,
- TOURNIER Pierre: "La délinquance des étrangers en France: analyse des statistiques penales" en PALIDDA, Salvatore: *Délit d'immigration/ Immigrant delinquency*, Brussels, Commission Européenne, 1996