

Teorías de la Criminalización, Derecho Penal y Política Criminal

GLADYS ROMERO BARRANQUERO

I. INTRODUCCION

Cuando se interroga sobre las críticas que desde el ámbito de la criminología se han formulado al derecho penal, es necesario precisar tanto las corrientes criminológicas respecto de las cuales se pregunta, como el modelo penal involucrado. Esto es así, porque no existe una sólo criminología, como tampoco un único orden jurídico-penal.

Aún simplificando al máximo las corrientes criminológicas que se procure involucrar, habría por lo menos que admitir la siguiente clasificación: 1. *Teorías de la criminalidad*, vinculadas a la investigación de las causas que pueden haber gravitado para determinar al autor de un comportamiento punible, y 2. *Teorías de la criminalización*, según las cuales ni el autor ni las causas que sobre él pueden haber influido son objeto de la criminología, la que por el contrario debe ocuparse de los procesos sociales en cuya virtud, una cantidad de hechos en principio neutrales, son caracterizados como criminalidad (1).

Por su parte, la expresión «derecho penal» tampoco es unívoca, desde que alude a conjuntos de normas de contenido diverso, dependiendo del ordenamiento concreto a que se haga referencia. Si de lo que se trata es de enjuiciar las bases fundamentales que conforman los principios teóricos del derecho penal, será necesario distinguir entre: 1. Los que se relacionan con la sistemática derivada de las teorías absolutas, y 2. Los puntos de vista sostenidos por los partidarios de las teorías relativas de la prevención general y de la prevención especial.

Por todo lo anterior, se hace conveniente precisar en cada caso,

(1) La distinción que se hace en el texto entre teorías de la criminalidad y teorías de la criminalización, puede verse en NAUCKE, «Las relaciones entre la Criminología y la política criminal», en C.P.C., núm. 5, Madrid, 1977 p.95 y ss. Asimismo y con relación al mundo hispano parlante, utilizan la misma terminología COBO DEL ROSAL y BACIGALUPO, en «Desarrollo histórico de la criminología en España», en C.P.C., núm. 11, Madrid, 1980, p. 31 y ss., donde consideran teorías de la criminalización la de DORADO MONTERO y JIMÉNEZ DE ASÚA.

desde qué teorías criminológicas se formulan las objeciones, y hacia cuáles concepciones penales son dirigidas.

II. TEORIAS DE LA CRIMINALIDAD Y CONCEPCIONES RETRIBUTIVAS DE LA PENA.

La crítica planteada por las teorías de la criminalidad en general, y por el positivismo criminológico en particular, supusieron una reacción contra las abstracciones metafísicas que caracterizaron al derecho penal sistematizado sobre las bases dogmáticas y legislativas ofrecidas por las teorías absolutas.

El positivismo pretendió trasladar al ámbito de las ciencias sociales, los métodos de conocimiento propios de las ciencias naturales, proponiéndose así cuantificar el comportamiento, presuponiendo que las acciones humanas están regidas por leyes naturales. La indagación científica será propuesta para sustituir la deducción abstracta, en una dirección que sugiere la realización de investigaciones basadas en la experiencia, de hechos que serían captados por el método causal explicativo.

En materia penal, esta concepción entenderá al delito como un fenómeno natural producido por causas biológicas, psíquicas o sociales (determinismo) y al delincuente como un ser anormal, fundamentando la responsabilidad en la defensa social. La justificación del «ius puniendi» se desprenderá de las connotaciones éticas de las concepciones retributivas, y asumirá un sesgo utilitario, surgiendo la teoría de la prevención especial (2).

El debate producido en la llamada «lucha de escuelas» fue sólo relativamente favorable a estos puntos de vista. La influencia obtenida se tradujo en la consagración del dualismo, en el equilibrio inestable que supone la teoría de la unificación, y en el ensayo de estrategias resocializadoras en la ejecución penal de dudosos resultados (3).

(2) Cfr.: LISTZ, «Tratado de Derecho Penal», trad. de la 18a. y 20a. ed., 3a. ed. esp., Madrid. Un desarrollo moderno de los criterios preventivo especiales puede verse en BACIGALUPO, «Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política Criminal», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, A.I.D.P. Madrid-Plasencia, 1977, pp. 15 y ss. Críticamente RIGHI, en «El Sistema de Reacciones en el Código penal Mexicano», en *Investigación Jurídica*, Escuela Nacional de Estudios Profesionales «Acatlán», Unam, México, 1.ª ed., 1981, pp. 87 y ss.

(3) Cfr.: ROXIN, en «Problemas básicos del derecho penal», Madrid, 1976, pp. 11 y ss.; STRATENWERTH, «El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad», Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980; WELZEL, «Derecho penal alemán», 11a. ed., Chile, 1970, pp. 326 y ss.; JORGE BARREIRO, «Las medidas de seguridad en el derecho español», Madrid, 1976, pp. 33 y ss.; MIR PUIG, «Introducción a las bases del derecho penal», Barcelona 1976, pp. 179 y ss.; «Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho», Barcelona, 1979, pp. 19 y ss.; SAINZ CANTERO, «La ciencia del derecho penal y su evolución», Barcelona, 1977, pp. 78 y ss.; ROXIN, «Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal», Madrid, 1981; LUZÓN PEÑA, «Medición de la pena y substitutivos penales», Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, pp. 48 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», Barcelona, 1975, pp. 33 y ss.; BACIGALUPO, *op. cit.* en 2, p. 15 y ss.; RIGHI, *op. cit.* en 2, pp. 87 y ss.

Es probable que esto haya sido consecuencia de la tendencia a lograr un compromiso con el llamado derecho penal clásico, consistente en la búsqueda de realizar los fines preventivos, sin alterar en lo sustancial el sistema de la retribución (4). La sensación dominante que se advierte es que pese al desarrollo de la teoría preventivo especial, sólo la fundamentación retributiva de la pena y su sistemática consecuente es capaz de otorgar pautas de seguridad que garanticen al gobernado frente a la autoridad.

Que la referida sea una virtud de las teorías absolutas es cuestionable (5). Pero lo que es innegable es que los intentos por fundamentar un «derecho penal de autor» surgieron con fuertes vinculaciones con concepciones totalitarias, lo que les causó natural descrédito. Este desarrollo irracional y autoritario provocó en la ciencia penal de post-guerra, el resurgimiento de las teorías absolutas a partir de los años cincuenta (6).

Por otra parte, en los ámbitos normativos en los que la ideología de la defensa social ha logrado hacer prevalecer sus puntos de vista, las consecuencias político-criminales han distado de ser pausibles. Las reacciones penales predelictuales, la incriminación de tipos de autor, la indeterminación de penas o medidas, y el trato reservado a la reincidencia, son ejemplos que ponen de manifiesto que la lógica interna de esta posición, conduce a una flexibilización de los derechos del súbdito frente a la autoridad. Ilustrativo resulta en este sentido, el régimen adoptado para menores infractores (7).

El desplazamiento de la acción por el autor como centro de irradiación normativa exige, en el ámbito del procedimiento penal, una paralela sustitución del sistema acusatorio por el inquisitivo. Si resulta posible probar lo que sucedió, no ocurre lo propio con el futuro, que es de lo que se trata en un sistema basado en la eventual reincidencia del sujeto. Desde que la prueba de un «estado peligroso» es poco menos que imposible, la solución ha sido buscada mediante el sobredimensionamiento de la prueba de indicios y la ampliación de los criterios de apreciación, de forma que el juez resuelva por su libre convicción, esto es, con amplios márgenes de discrecionalidad.

Es en relación con la ejecución de penas privativas de libertad donde las teorías de la criminalidad más han podido hacer prevalecer la orientación preventivo especial, sobre la base del desarrollo de un sis-

(4) Cfr.: BACIGALUPO, *op. cit.* en 2, p. 22.

(5) Cfr.: KAUFMANN, «Teoría de las Normas», Buenos Aires, 1977, pp. 15 y ss.; BACIGALUPO, *op. cit.* en 2, p. 18; ROXIN, *op. cit.* en 3 «Problemas...», pp. 11 y ss.; STRATENWERT, *op. cit.* en 3, pp. 109 y ss.; WELZEL, *op. cit.* en 3, p. 326 y ss.; JORGE BARREIRO, *op. cit.* en 3, pp. 23 y ss.; MIR PUIG, «Introducción...», *op. cit.* en 3, pp. 29 y 61; «Función...», *op. cit.* en 3, p. 64; SAINZ CANTERO, *op. cit.* en 3, pp. 72 y ss.; MUÑOZ CONDE, *op. cit.* en 3 p. 34; RIGHI, *op. cit.* en 2, p. 91.

(6) Cfr.: BACIGALUPO, *op. cit.* en 2, p. 23.

(7) Véanse las ponencias sobre «Defensa Social y Menores Infractores», III Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social, INACIPIE, México 1979; y «Medidas de Seguridad: descripción legal, aplicación judicial y ejecución», Primer Congreso Nacional de Ciencias Penales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1981, presentadas por E. RIGHI.

tema progresivo destinado a lograr la readaptación social del condenado (8).

Sin embargo, aunque se admitiera que el Estado tiene derecho a «resocializar» al autor del delito, lo que dista de ser fácilmente admisible (9), no puede menos que señalarse: 1. Que si bien la prisión produce cambios en los internos, generalmente es para peor (10); 2. Que paralelamente con la estrategia estatal orientada a evitar la reincidencia, se produce la influencia del llamado proceso de «prisonalización», en cuya virtud el interno adopta usos, costumbres, tradición y «cultura» del denominado sistema social de los reclusos, o sea de un conjunto de «valores» y normas no formales que coexisten, y a veces tienen más importancia que las reglas oficiales (11); 3. Que los programas de rehabilitación en las cárceles se han caracterizado más por la falsa retórica que por los resultados concretos (12); 4. Que existe una contradicción psicológica insuperable entre coerción y curación (13) pues parece evidente que la rehabilitación sólo puede ensayarse exitosamente con un voluntario; y 5. Que no parece posible desde el punto de vista empírico, predecir el probable comportamiento criminal de un sujeto en la sociedad, observando su cumplimiento de los programas penitenciarios (14).

Es por todo ello que tanto se insiste entre los partidarios de la prevención especial, en la conveniencia de utilizar «sustitutivos». En muchos casos estas alternativas se traducen en una expansión cuantitativa del control social, es decir, en mecanismos menos punitivos pero que son aplicados a un número mayor de sujetos (15).

III. TEORIAS DE LA CRIMINALIDAD Y TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION

Las teorías de la criminalización suelen ser designadas con expresiones tales como criminología nueva, progresista, crítica o radi-

(8) Cfr.: GARCÍA RAMÍREZ, «La Reforma Penal de 1971», México, 1971; «La Prisión», Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1975, «Problemas fundamentales del tratamiento penitenciario», en R.M.C.P., núm. 1, p. 53; RODRÍGUEZ MANZANERA, «Ejecución penal y adaptación social en los países en desarrollo», en La Reforma Penal en los Países en Desarrollo, Enep Acatlán, Unam, México, 1978, p. 279; GARCÍA VALDÉS, «Comentarios a la Ley General Penitenciaria», Madrid, 1980; «Un año de reforma penitenciaria», en C.P.C., núm. 7, Madrid, 1979, p. 39; «La Nueva Penología», Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977; «El nacimiento de la pena privativa de libertad», en C.P.C. núm. 1, 1977, p. 23; MARCO DEL PONT, «Penología y Sistemas Carcelarios», Buenos Aires, 1974.

(9) Cfr.: ROXIN, «Problemas...» op. cit. en 3, p. 17.

(10) Cfr.: MORRIS, «El futuro de las prisiones», México, 1978, p. 23.

(11) Cfr.: HOOD y SPARKS, «Problemas clave en criminología», Madrid, 1970, pp. 218 y ss.

(12) MORRIS, op. cit. en 10, p. 33.

(13) *Ibidem*, p. 35.

(14) *Ibidem*, p. 37.

(15) *Ibidem*, p. 28.

cal (16). Una de sus manifestaciones más conocidas es la teoría del «labeling» (17) es decir, del etiquetamiento.

El punto de partida de estas concepciones es que, a diferencia de las teorías de la criminalidad, consideran que ni el autor ni las causas que sobre él han actuado son objeto de la criminología, la que debe ocuparse exclusivamente de estudiar las razones en cuya virtud, hechos valorativamente neutros son criminalizados, esto es etiquetados como delitos. El problema central sería entonces el proceso social en cuya virtud ciertas personas atribuyen a otras un hecho punible (18).

Las teorías de la criminalización afirman que estas etiquetas que convierten a determinadas acciones en delictivas, son impuestas en forma desigual por las instancias de control social, las que proceden en forma selectiva.

Por lo dicho, entre criminólogos positivistas y críticos habría, a juicio de los segundos, dos diferencias fundamentales: 1. Los primeros sostienen la diversidad o anomalía del autor, quien sería portador de causas que darían lugar al hecho antisocial; 2. La antigua criminología parte de la criminalidad como un dato de la realidad, preexistente a la reacción social y el derecho penal. Ambos presupuestos explicarían la razón en cuya virtud la criminología estuvo subordinada al derecho penal.

La criminología radical niega esa supuesta realidad óptica previa e independiente de la reacción social e institucional, y rechaza la admisión acrítica de las definiciones legales, sosteniendo que es preciso trasladar el interés científico, del comportamiento desviado, a los mecanismos de control social que lo criminalizan.

Se ofrecerá para ello una interpretación diferenciada de los fenómenos de desviación:

1. Los que se verifican en las clases «subalternas» serían «expresiones específicas de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción y de distribución en una determinada fase del desarrollo de la formación económico-social, en la mayor parte de los casos una respuesta inadecuada, individual e irracional a aquellas contradicciones, por parte de los individuos socialmente en desventaja» (19).

2. Los que pueden observarse en las clases «dominantes», como la

(16) Sobre esto y lo que sigue cfr.: NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 97.

(17) Cfr.: PITCH, «Teoría de la desviación social», México, 1980, p. 147; LAMNEK, «Teorías de la criminalidad», México, 1980, pp. 56 y ss; KAISER, «Criminología», Madrid, 1978, p. 82; TAYLOR, WALTON y YOUNG, «Criminología Crítica», México, 1977; PEARCE, «Los crímenes de los poderosos», México, 1890, pp. 27 y ss.; ANIYAR DE CASTRO, «Criminología de la Reacción Social», Instituto de Criminología. Universidad de Zulia, Maracaibo, 1977, p. 108; BASAGLIA y BASAGLIA ONGARO, «La ideología de la diversidad», en N.P.P., 4-8, 1975, p. 397; DEL OLMO, «El Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social», en R.M.C., I-1, 1976, p. 133.

(18) Cfr.: NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 97.

(19) Sobre esto y lo que sigue cfr.: BARATTA, «Criminología Crítica y Política Penal Alternativa», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, A.I.D.P., Madrid-Plasencia, 1977, p. 44.

criminalidad organizada, delincuencia económica así como la generada por los detentadores del poder; dependen de la relación entre procesos legales e ilegales de acumulación y circulación de capital, así como de la existente entre los mismos y el poder político (20).

IV. TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION Y DERECHO PENAL

Sostienen sus partidarios, que la criminología radical supone una crítica más profunda al derecho penal, que las teorías de la criminalidad que lo consideraban un sistema normativo estático.

Afirman que, por el contrario, debe ser entendido mediante el análisis de tres mecanismos dinámicos: 1. Producción de normas (criminalización primaria), 2. Aplicación de las normas, lo que comprende no sólo el procedimiento sino también la acción de los órganos estatales de control (criminalización secundaria), y 3. Ejecución de penas y medidas de seguridad (21).

La investigación empírica es utilizada por los teóricos de la criminalización para impugnar una de las bases de sustentación del derecho penal fundamentado por la Ilustración: el principio de igualdad ante la ley (22). Se sostiene que por el contrario, ni los bienes jurídicos protegidos con pena son de interés igual para todos los miembros de la comunidad, ni los infractores tienen la misma probabilidad de ser criminalizados.

Se afirma así la naturaleza esencialmente desigual del derecho penal porque: 1. La criminalización primaria no se produce respecto de algunos bienes esenciales. 2. Se la practica para tutelar otros de relevancia sólo sectorial. 3. Cuando se incriminan acciones de interés común para toda la sociedad, se lo hace con intensidad desigual. 4. La criminalización secundaria también supone trato desigual, pues es independiente de la gravedad de la infracción normativa, como del perjuicio social causado (23).

No se admite a la criminalidad como dato óntico que preexistiría a la sanción. La norma penal no sería consecuencia y reacción frente al hecho antisocial, sino que, por el contrario, tendría la función de calificar determinados comportamientos e individuos, a los que se adjudica la condición de lesivos y asociales. Se agrega que tanto en la selección de bienes tutelados como de sujetos estigmatizados, se jerarquiza en función de los intereses del sistema económico y de la desigualdad social. Por todo ello, al derecho penal se le entiende no como

(20) BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 49.

(21) *Ibidem*, p. 45. Los procesos de criminalización pueden verse también en ANYAR DE CASTRO, *op. cit.* en 17, p. 125, quien los describe a partir de la definición de TURK, según la cual la criminalización no es algo que alguien hace sino más bien algo que sucede en el curso de la interacción de varias partes (incluyendo a todos los que hacen las normas, los intérpretes, los que la ejecutan, los infractores y aún los cómplices más o menos inocentes).

(22) BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 45.

(23) *Ibidem*, p. 46.

reflejo de la criminalidad sino como factor de criminalización, función que cumpliría arbitrariamente tanto en la dirección como en el énfasis punitivo.

Que el derecho penal sea aplicado desigualmente en función de la clase social del infractor, lo que resultaría evidente con la verificación empírica del origen social de la población carcelaria, no se explicaría ni por la «naturalidad de las cosas» ni por la idoneidad técnica de ciertas materias, sino por la tendencia a «privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización a los individuos pertenecientes a dichas clases, y ligados fundamentalmente a las exigencias de acumulación capitalista» (24). Esto explicaría que la pena sea destinada sobre todo, a las formas típicas de desviación de los estratos sociales más bajos.

V. TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION Y DEFENSA SOCIAL

De las críticas que las teorías de la criminalización han formulado al derecho penal, asumen singular relieve las dirigidas a la escuela de la defensa social, a la que consideran la ideología penal dominante. Esta afirmación (25) debería ser matizada, porque en realidad el criterio dominante para fundamentar la justificación del «ius puniendi» estatal, supone una articulación de concepciones preventivas y retributivas en lo que se conoce con el nombre de sistema unificador (26). De todos modos, es cierto que los puntos de vista preventivo especiales sostenidos por la defensa social, prevalecen en el escenario de cumplimiento de las penas privativas de libertad (27).

Es preciso recordar los trabajos destinados a demostrar la relación existente entre cárcel y fábrica, en la génesis y desarrollo de las instituciones penitenciarias (28), según los cuales la primera habría cumplido funciones de adaptación a la disciplina propia de la sociedad industrial. Debe admitirse, sin embargo, que la idea de resocialización sugiere una reformulación ulterior que escapa a aquellas caracterizaciones.

De todos modos, la crítica moderna se nutrirá de una serie de observaciones con las que se trata de explicar la sustitución de las técnicas represivas por otras persuasivas, cuya función sería consolidar en cada individuo los modelos de comportamiento propios de los di-

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*, p. 45.

(26) Cfr.: RIGHI, *op. cit.* en 2, pp. 96 y ss. Críticamente BACIGALUPO, *op. cit.* en 2, p. 15.

(27) La afirmación del texto se puede constatar en la enorme mayoría de las obras de derecho penitenciario. Pueden verse al efecto las citadas, en la nota 8.

(28) Cfr.: FOUCAULT, «Vigilar y Castigar», 2.^a ed., México, 1978; MELOSSI y PAVARINI, «Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario», México, 1980; PAVARINI, «Concentración y Difusión de lo penitenciario. La Tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia del control social en Italia», en C.P.C., núm. 7, 1979, pp. 107 y ss.

versos «status» sociales (29), con lo que la transformación de la prisión estaría destinada a autolegitimar el sistema.

Se sostiene que desde que la población carcelaria proviene en su mayoría de zonas marginales de la sociedad, sobre la que inciden deficiencias de socialización primaria en la edad preescolar, lo que en realidad se persigue no es su readaptación sino una suerte de integración singular: la de individuos desviados.

Los mecanismos punitivos son entendidos como formando parte de un subsistema complementario. La acción marginalizadora del sistema educativo consecuencia de su condición discriminatoria, sería así reasegurada con la pena, destinada a reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes; es decir, la desigual distribución de recursos propia de un modelo de sociedad que crea zonas de subdesarrollo. La población criminal sería consecuencia de la existencia de zonas de marginalización creadas por la acción reguladora del mercado de trabajo, y demostrativa de la inexistencia de movilidad social (30).

Es desde estos presupuestos que se critica la idea de que la función de la pena sea resocializar al condenado, afirmándose que no es posible intentarlo en una sociedad que produce ella misma delincuencia (31).

El ideal de resocialización es impugnado por conservador, en la medida en que acepta como perfecto el orden social vigente. Se subraya además su contenido clasista ya que se traduce en respeto a la legalidad penal, con lo que se niega toda evolución en los medios propuestos por la defensa social para evitar la reincidencia, los que no trascenderían del miedo a la pena (32).

Por otra parte, se sostiene la contradicción que encierra la búsqueda de la readaptación social en una sociedad pluralista, en la que no existe identidad entre quienes crean las normas y los destinatarios de las mismas, por lo que la resocialización se traduce en sometimiento (33). Se agrega que en estas condiciones, la pena no es una respuesta honesta frente a una minoría, sino un mecanismo de intervención estigmatizante: un instrumento de creación de la población criminal (34).

VI. TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION Y PREVENCIÓN GENERAL

La crítica formulada por las teorías de la criminalización al derecho penal orientado por la Ilustración y a la escuela de la Defensa So-

(29) Cfr.: BARATTA, «Marginalidad Social y Justicia», Informe General sobre los Aspectos Jurídicos, IX Congreso Internacional de Defensa Social, Caracas, 1976, pp. 4 y 5.

(30) *Ibidem*.

(31) Cfr.: MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en C.P.C, núm. 7, 1979, p. 93.

(32) *Ibidem*, p. 98.

(33) *Ibidem*, p. 95.

(34) Cfr.: BARATTA, *Op. Cit.* En 19, p. 49.

cial, ha sido fundamentalmente extrasistemática. Por el contrario, algunas de las que se dirigen a las concepciones preventivo generales son intrasistemáticas, es decir que se plantean hacia el interior de la construcción teórica que considera la función motivadora de las normas penales, para determinar el comportamiento de la sociedad en su conjunto (35).

Lo anterior supone partir del supuesto de que la amenaza penal puede constituirse en factor integrador de los distintos grupos sociales, a condición de que proteja valores fundamentales para una amplia base de ciudadanos, admitiéndose inclusive que pueda tener efectos positivos en la eliminación de la marginalización (36).

La crítica apunta que la norma penal produce efectos inversos a los indicados y se convierte en causa de marginalización, cuando es manipulada para tutelar intereses minoritarios o se priva a través de ella de derechos fundamentales a los ciudadanos.

Es decir, que no se cuestiona que la pena sea usada como instrumento de motivación, sino el abuso de dicho remedio por minorías dominantes, como cuando se incrimina la desidencia, se protegen en forma desproporcionada bienes instrumentales como la propiedad privada, o se consideran derechos naturales algunos intereses personales y egoístas de quienes detentan el poder (37).

En la medida en que los partidarios de las teorías de la criminalización, han dirigido sus principales críticas a las bases del derecho penal elaborado por la Ilustración y al modelo resocializador emergente de la escuela de la Defensa Social, es factible que, en definitiva, estén en condiciones de admitir como más neutrales, a las teorías de la pena que hacen girar su sentido en torno al principio de prevención general.

Esto coincidiría con un rebrote doctrinario, perceptible especialmente en España, que vuelve a proponer que se entienda la función de la pena como instrumento de motivación, promoviendo la realización de comportamientos valiosos e inhibiendo los disvaliosos (38). El punto de discrepancia con los teóricos clásicos de la prevención general, quedaría planteado en relación con la selección de las conductas que se aprecian como merecedoras de pena.

Es evidente la preocupación de este sector de la doctrina contemporánea por elaborar presupuestos de la incriminación que eviten el «terror penal», riesgo inherente a la prevención general.

Es por ello que buscan establecer pautas de seguridad jurídica y mecanismos de proporcionalidad entre delito y pena, que no provendrían del principio de culpabilidad que rechazan, sino de las necesi-

(35) Cfr.: MUÑOZ CONDE, «Función motivadora de la norma penal y "marginalización"», en D.P., 1-1, 1978, p. 33.

(36) *ibidem*.

(37) *Ibidem*, p. 36.

(38) Cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, pp. 57 y ss.; «El sistema del derecho penal en la actualidad», en *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-1972; LUZÓN PEÑA, *op. cit.* en 3, p. 45; MIR PUIG, «función de la pena...», *Op. cit.* en 3, pp. 27 y ss.

dades propias de la idea de motivación (39). Sin embargo, como hemos señalado en otro lugar (40), los peligros de extralimitación propios de los puntos de vista preventivo generales no se resuelven como se ha pretendido, con recomendaciones destinadas a exigir «el más exquisito, delicado y cuidadoso» manejo de la «fuerza destructiva» de la pena (41).

Si las teorías de la criminalización se orientan a concebir el sentido de la pena exclusivamente en la idea de motivación, podrán modificar la selección de bienes que merecen tutela, la intensidad de las conminaciones, e inclusive la adscripción social de los sujetos criminalizados.

Lo que no evitarán es: 1. Ofrecer una endeble justificación del «ius puniendi»; 2. La tendencia a la extralimitación inherente a toda concepción unidimensionalmente utilitaria; 3. La imposibilidad de demostrar empíricamente cuál es el real efecto inhibitor de la pena, lo que se traduce en imposibilidad de justificar cuándo la pena es necesaria; 4. Explicar por qué se aplican penas a sujetos no intimidables como los delincuentes pasionales, o no intimidados como los habituales; y 5. Lo censurable que resulta privar de derechos a un ser humano no por lo que hizo, sino por lo que se presume que otros pueden hacer (42).

VII. FORMULACIONES POLITICO-CRIMINALES DE LAS TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION

Los criminólogos críticos han planteado los principios que aprecian orientadores, para una política criminal alternativa a la que se desarrolla en la actualidad.

1. En primer lugar distinguen entre *política penal*, con lo que se alude a las respuestas a la cuestión criminal delimitadas por la función punitiva estatal; y *política criminal*, referida a las estrategias de transformación social e institucional en sentido amplio (43). Se parte de la aceptación de la segunda como aquella compatible con los criterios sustentados por las teorías de la criminalización, desde que se admite que el derecho penal es el remedio más inadecuado.

2. Se desdeña lo que se define como estrategia reformista que se traduciría en la adopción de sustitutivos penales, para afirmar la necesidad de una política de grandes transformaciones sociales e institucionales, cuyos objetivos serían la igualdad, la democracia, así como

(39) Cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* en 38, p. 67.

(40) Cfr.: RIGHI, «Antecedentes y Estado Actual de la Política Criminal en América Latina», ponencia presentada en el Congreso organizado por el CESTEM para sentar bases de un nuevo orden jurídico, económico y social, México, 1981.

(41) Así GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* en 38, p. 70.

(42) Véase BAJO FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad», ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Ciencias Penales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1981.

(43) Cfr.: BARATTA, *op. cit.* en 19, pp. 49 y 50.

las formas comunitarias y civiles alternativas de las relaciones de producción capitalistas (44).

3. Proponen un «uso alternativo» del derecho penal, que sin sobredimensionar su idoneidad, permita criminalizar adecuadamente conductas que lesionan intereses vitales, individuales y colectivos. Se sugiere así la protección de la salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica, etc., incriminando el delito económico la gran criminalidad organizada y las acciones criminales de los funcionarios y órganos del Estado (45).

4. Se adjudica importancia a una despenalización destinada a aligerar la presión del sistema represivo sobre las clases subalternas. Los ejemplos que se ofrecen aluden a los delitos de opinión, sexuales, y al aborto, entre otros.

La despenalización se traduciría en mayor aceptación de la desviación y en la transferencia de funciones estatales de control a la sociedad, debiendo ser complementada por reformas al proceso, al poder judicial y a la policía (46).

5. La formulación programática incluye la abolición de las instituciones carcelarias, para lo que se sugieren medidas alternativas que no difieren sustancialmente de los sustitutivos antes descartados (47), con lo que la distinción más que en los instrumentos a utilizar, radicaría en los objetivos perseguidos. No se trataría de adoptar, un sistema progresivo tendiente a lograr la readaptación, sino de desarrollar en el sujeto su «conciencia de la propia condición de clase». La proposición se justifica en la ya indicada interpretación de las desviaciones criminales pertenecientes a las clases subalternas, por lo que la verdadera reeducación del condenado sería «aquella que transforma una reacción individual e irracional, en conciencia y acción política dentro del movimiento de la clase» (48).

6. Se enfatiza, por último, la función de la opinión pública proponiéndose una inversión de las relaciones de hegemonía cultural, destinada a evitar procesos de manipulación. Se ofrece el ejemplo de las llamadas campañas de «ley y orden», frecuentes cuando graves episodios de terrorismo político, son utilizados para sobreponer al desacuerdo con el sistema la imagen del terrorismo, ocurriendo entonces que se criminaliza la disidencia y se legitima el abandono de garantías constitucionales y procesales (49).

Precisamente en orden al respeto de dichas garantías en general, y más específicamente en relación al principio de legalidad, los crimi-

(44) *Ibidem*, p. 50.

(45) *Ibidem*. Sobre la criminalidad organizada a que se alude en el texto, cfr.: *Mc INTOSH*, «La organización del crimen», México, 1977, esencialmente caps. 4 y 5, pp. 51 y ss.

(46) Cfr.: *BARATTA*, *op. cit.* en 19, p. 51.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*, p. 52.

(49) *Ibidem*, p. 53. Sobre este problema véase *GÖSSEL*, «La defensa en el estado de derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas», en *D.P.*, 3-10, p. 219.

nólogos críticos ofrecen proposiciones disímiles. Por un parte se afirma que este principio hace «la distribución de los ilegalismos, colocando unos en las leyes penales y otros en las leyes administrativas, civiles o mercantiles, básicamente orientado hacia la protección del orden burgués naciente con la revolución francesa» (50), lo que supondría no concederle mérito político criminal.

Pero también se ha sostenido que «sería muy peligroso para la democracia y para el movimiento obrero, caer en la trampa que hoy se le tiene tendida y cesar de defender el régimen de garantías legales y constitucionales que regulan el ejercicio de la función penal en el estado de derecho» (51).

VIII. EL DERECHO PENAL Y LA POLITICA CRIMINAL ANTE LAS CRITICAS DE LAS TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION

Parece evidente que ninguna orientación criminológica puede ser entendida desde perspectivas de neutralidad político-criminal. Las teorías de la criminalidad que han investigado las causas del delito, asumen sentido en la medida en que presuponen y favorecen un derecho penal de orientación preventivo especial, y un programa político criminal enrolado en el ideal de readaptación social, para cuya realización existen proposiciones de la criminología de autor orientada sociológicamente y en la dirección de la teoría del aprendizaje (52).

El programa político criminal a que conducen las teorías de la criminalización resulta, por el momento, más difícil de precisar, como consecuencia de que sólo disponemos de proposiciones generales y de que como se ha señalado (53), ellas se mueven a considerable distancia del derecho penal vigente. Esto último no es consecuencia de pretensiones de neutralidad como las asumidas por algunos criminólogos clásicos frente al derecho penal, sino de una voluntaria agresividad que no se agota en la descripción de los efectos sociales del fenómeno normativo, sino que incluye su impugnación.

Considerados en sus rasgos más generales, los puntos de vista de la criminología crítica tenderían a lograr una mayor igualdad en la administración de justicia penal, lo que supondría márgenes menos punitivos para los autores pertenecientes a las capas inferiores de la sociedad (54) sin que se obtenga explicitación suficiente sobre la forma de obtenerlo.

(50) Cfr.: ANIYAR DE CASTRO, «Conocimiento y Orden Social: Criminología como Legitimación y Criminología de la Liberación», Instituto de Criminología, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1981, p. 16.

(51) Cfr.: BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 54.

(52) Cfr.: NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 104. Sobre la relación entre política criminal y criminología véase KAISER, «¿Política criminal sin fundamento criminológico?», en *R.M.D.P.*, quinta época, núm. 4, 1978, pp. 17 y ss.

(53) NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 105.

(54) *Ibidem*, p. 106.

De todos modos, y aunque por los motivos expuestos sólo se cuente con observaciones genéricas y en algunos casos de coyuntura, se puede hacer una primera aproximación a las mismas, en el orden en que las expresamos en el capítulo anterior.

1. Es necesario acordar con la distinción que se propone entre política penal y política criminal, para otorgar prioridad a la segunda. En realidad, la consideración de que la pena debe ser usada como remedio extremo por aplicación del principio de subsidiariedad, tiene hoy amplio consenso (55). No resulta admisible la suposición de que a dicho reconocimiento debe arribarse como consecuencia exclusiva del pensamiento de las teorías de la criminalización.

2. Los sustitutivos penales pueden formar parte de una estrategia plausible de superación de la crisis en que se debaten las penas privativas de libertad, pero encierran un doble peligró:

a. En primer lugar pueden ser sugeridas como consecuencia exclusiva de formulaciones retóricas, que con ropaje humanitario sustituyen la prisión por sucedáneos tan o más autoritarios. Esta es una realidad que se percibe en la sociedad capitalista y también en países que han establecido modelos de organización socialista o comunista, a los que desde posiciones independientes de izquierda se han llamado postcapitalistas (56). En el ámbito de la criminología radical se ha aclarado que las formas autoritarias de trato al problema social que presenta la desviación, existen «no solamente respecto a la sociedad en la cual vivimos sino también respecto de las experiencias históricas actuales del socialismo real» (57).

b. Pero además, ya se ha recordado (58) que en muchos casos aunque los sustitutivos se traducen en restricciones menos intensas, son sufridos por un número más elevado de personas. Esto es así cuando tales mecanismos alternativos se apoyan en el «consentimiento» del infractor para ser controlado fuera del sistema de justicia penal, con la consecuencia de que ante la amenaza del juicio, la angustia de la prisión preventiva y la incertidumbre de la sentencia, el acusado inocente se siente «estimulado» a aceptar restricciones menos severas que la cárcel (59).

Todo ello ha provocado que la proposición de sustitutivos penales,

(55) Cfr. ZIFF, «Introducción a la Política Criminal, Madrid, 1979, p. 43; BAUMANN, en «Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino», Universidad de Belgrano, Buenos Aires, p. 78; ROXIN, en «Las nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana», en N.P.P., 1-3, 1972, p. 387; «Problemas Básicos...», op. cit. en 3, pp. 22; «Culpabilidad y Prevención...», op. cit. en 3; WELZEL, op. cit. en 3, p. 328; STRATENWERT, op. cit. en 3, pp. 43 y ss.; MEZGER, «Derecho Penal», Libro de Estudio, Parte General, Buenos Aires, 1958, p. 379; GIMBERNAT ORDEIG, op. cit. en 38, pp. 57 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «Derecho Penal», Parte General. I, Universidad de Valencia, 1980, p. 91; MUÑOZ CONDE, op. cit. en 3, p. 59; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal», Parte General, Madrid, 1978, p. 20; MIR PUIG, «Introducción...», op. cit. en 3, p. 124; RIGHT, op. cit. en 2, p. 90.

(56) Cfr.: DE LA BARRERA, «Ius puniendi et ius poenale», Trabajo de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1981.

(57) Cfr.: BARATTA, op. cit. en 19, p. 54.

(58) *Supra*, Cap. II.

(59) Cfr.: MORRIS, op. cit. en 10, p. 29.

entusiastamente apoyada por los partidarios de la defensa social, no pueda ser aceptada sin reservas. En la crítica a esta alternativa, las teorías de la criminalización coinciden con otros sectores del pensamiento penal, si bien con diverso alcance y fundamentación.

3. Debe concederse a la criminología crítica, que los procesos que describen como criminalización primaria son censurables, al menos para quienes no agotan su percepción del principio de igualdad en orientaciones propias de un liberalismo hipócrita.

Pero es necesario que cuando se reclama la criminalización de conductas que se aprecian lesivas para intereses vitales de la comunidad, y que son realizadas por sujetos pertenecientes a las capas sociales más altas, se defina con precisión el objetivo que se persigue, pues de lo contrario la selección y sistematización de las acciones que deben ser penalizadas no se harán adecuadamente.

La forma como suele ser presentado este problema hace pensar que todo se reduce a revertir el sentido como se utiliza la pena, para no sólo sancionar menos a las capas marginales, sino también más a quienes pertenecen a los estratos sociales más favorecidos.

Pero no se puede prescindir de la finalidad político criminal que orienta la criminalización. El ejemplo de lo que sucede en el ámbito de la delincuencia económica es ilustrativo, pues la propuesta que surge de la criminología crítica parece ser incriminar comportamientos de personas de alto poder económico, sin considerar si gravitan o no sobre los objetivos de política económica destinados a satisfacer intereses del conjunto social (60).

Nos parece evidente la conveniencia de distinguir entre acciones que lesionan intereses individuales como el fraude, de aquellas otras que suponen daño para bienes colectivos como el monopolio. A estos fines, cabría la crítica de que la caracterización del delito de «cuello blanco» ofrecido por la criminología, se parece a un cajón de sastre.

4. La despenalización es un objetivo plausible y no cabe duda que establece mayores índices de pluralismo en una sociedad democrática, asumiendo especial trascendencia tanto para borrar de las leyes los vestigios de la época en que se concibió al derecho penal como medio de salvación de las almas, como también para sustituir la pena como instrumento de protección de bienes jurídicos, cuando ha probado ser ineficaz o contraproducente. La incriminación del aborto es un ejemplo elocuente.

La contracción de la reacción penal debe traducirse en una ampliación de la disidencia, particularmente importante para el derecho penal político, evitando excesos. La consagración del delito de opinión es un ejemplo de los muchos que ofrece una realidad contemporánea que exhibe demasiadas experiencias autoritarias (61).

(60) La caracterización del delito económico que puede observarse en las teorías de la criminalización no difiere de las de SUTHERLAND, «El delito de cuello blanco», versión en español de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961.

(61) La indicación del texto alude especialmente a América Latina, y determina una de las necesidades más notorias de la programación de una política criminal propia

En la medida en que las investigaciones empíricas demuestran, que en la actualidad la atribución de comportamientos punibles afecta en forma desproporcionada a los sectores menos privilegiados (62), la despenalización deberá contribuir a aligerar la presión del sistema estatal de reacciones sobre los mismos.

Nos parece, sin embargo, que la causa fundamental de la desproporción apuntada debe buscarse en lo que los criminólogos críticos llaman criminalización secundaria. Tenemos la sensación de que la estrategia despenalizadora, correcta por otros motivos, no resolverá sustancialmente este desequilibrio, al menos observando los tipos cuya eliminación se sugiere.

Si tomamos el caso del aborto, a cuyo respecto existe un sugestivo consenso en que no debe ser delito cuando se trata de una maternidad no querida (63), no parece que ello pueda traducirse en alivio suficiente para los sectores marginales, al menos en algunos contextos sociales. Es cierto, que la incriminación del aborto afecta en forma desigual al conjunto de la sociedad, pero la despenalización no resolverá la situación de personas cuya fundamental resistencia al aborto no proviene del miedo a la pena, sino de motivaciones emergentes de creencias irracionales que no perderían toda incidencia social por efecto de un reforma legal.

Para esos sectores, que corresponden socialmente a las capas menos favorecidas, el principal problema del aborto es cultural y no legal, lo que por cierto no invalida una estrategia despenalizadora que tendría incidencia más significativa en los estratos medios de la comunidad.

En otras palabras, ni los ejemplos de despenalización que se proponen están necesariamente relacionados con criminalidad de la clase obrera, ni la explicación sugerida desde las teorías de la criminalización agota la fundamentación de dicha estrategia.

5. Parecería que no es posible limitar la explicación de las desviaciones, a un enfoque de etiquetamiento que las atribuya a la capacidad de selección e imposición que tienen los grupos sociales e instancias de control social. La insuficiencia de la formulación surge del reconocimiento de la existencia de un número de normas que definen una parte de la criminalidad total, y que por contar con consenso unánime no pueden ser explicadas como deformaciones del poder (64)

para los países de la región. Supone además el establecimiento de prioridades, entre las que asumen especial relieve las que se relacionan con la recuperación de formas civilizadas de organización política en los países que padecen experiencias autoritarias.

(62) La investigación empírica invocada por la criminología crítica ha sido realizada fundamentalmente en Europa, pero la misma realidad presentan los sistemas penitenciarios latinoamericanos.

(63) A los fines indicados en el texto, resulta prescindible el debate planteado en torno al aborto, entre quienes aspiran a una despenalización total, y los que proponen reducirla a los primeros tres meses de embarazo.

(64) Cfr.: RÜTHER, «La criminalidad (o el «delincuente» a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento). (Respecto de las dimensiones esenciales del enfoque del etiquetamiento —«labelling-approach»— en el campo de la sociología criminal)», en C.P.C., núm. 8, 1979, p. 60.

Para delitos como el homicidio, las lesiones, la violación o el robo, no nos parece plausible entender que cuando pertenecen a las clases subalternas, puedan ser interpretadas como respuestas individuales no políticas.

6. Pero el aspecto que merece mayor reflexión es el relativo a la vigencia de garantías constitucionales propias del estado de derecho y en particular del principio de legalidad, en una política criminal emergente de las proposiciones de los teóricos de la criminalización. La polémica parecería planteada entre quienes le niegan toda importancia por entenderlo funcional para la protección del orden establecido, y quienes lo aprecian valioso en la lucha por el cambio social.

No es dudoso que el principio de legalidad formó parte del modelo liberal de ejercicio del poder formulado por la Ilustración, como alternativa al de oportunidad que caracterizaba al sistema monárquico absolutista que lo precedió (65). Es cierto, asimismo, que en el ámbito específico del derecho penal, fue entendido como consecuencia de las teorías preventivo generales de la pena (66), esto es asociado a pautas de coacción colectiva que hemos censurado por su tendencia a favorecer exralimitaciones autoritarias.

Pero no es menos cierto que el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege» debe ser reconocido como garantía del súbdito frente al despotismo estatal, en obstáculo destinado a impedir en muchos casos, que los gobernados queden a merced de la prepotencia de quienes ejercen el poder. De ninguna manera se afirma que su sola consagración normativa evita el atropello, simplemente se señala que no parece sensato despejar el camino a quienes pugnan por modelos autoritarios de gobierno.

El régimen de garantías que condicionan el ejercicio del poder punitivo del Estado no es un objetivo renunciable, al menos para quienes aspiren a vivir en democracia. En consecuencia, tampoco puede ser entendido en forma instrumental, esto es, sólo importante cuando no se ejerce el poder y por lo mismo prescindible cuando se lo obtiene (67).

Consiguientemente, todo modelo político criminal progresivo deberá incluir dichas garantías en su programa. De lo contrario, el mismo no podrá resultar atractivo, al menos para quienes alguna vez hayan padecido la opresión totalitaria.

(65) Extensamente, sobre esto véase *ABENDROTH* y *LENK*, «Introducción a la ciencia política», Barcelona, 1971, pp. 49 y ss.

(66) Cfr.: *RIGH*, *op. cit.* en 40, cap. III.

(67) La defensa del principio de legalidad que se formula en el texto difiere no sólo de quienes lo consideran disvalioso en sus proyecciones político criminales, sino también de aquéllos que lo defienden sólo en función de intereses coyunturales, exigiendo la vigencia de las libertades y garantías propia del estado de derecho porque favorece sus luchas. Esta fundamentación encierra la idea de que se abandonarían estos principios si se obtiene el poder político.

INDICE DE ABREVIATURAS:

A.I.D.P.: Asociación Internacional de derecho Penal.

C.P.C.: Cuadernos de Política Criminal. (Instituto de Criminología. Universidad Complutense de Madrid).

D.P.: Doctrina Penal. (Buenos Aires).

INACIPIE: Instituto Nacional de Ciencias Penales. (México).

N.P.P.: Nuevo Pensamiento Penal. (Buenos Aires).

R.M.C.: Revista Mexicana de Criminología.

R.M.C.P.: Revista Mexicana de Ciencias Penales.

R.M.D.P.: Revista Mexicana de Derecho Penal.

