

CAPÍTULO I

ELEMENTOS PARA UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA

Iñaki Rivera Beiras

1) Los conceptos de Política y las distintas racionalidades que les inspiran

Etimología y primeros significados de la Política

Desde luego, no se pretende aquí ofrecer una *teoría general* en torno a la política, ni siquiera en torno al poder. El desarrollo de la Ciencia y Filosofía políticas ha dado cumplida tarea de ello y, como es bien sabido, la vasta literatura en torno a estos problemas es tan amplia como la misma historia de la humanidad. Tan sólo se pretende que, antes de penetrar en los significados de lo que ha sido establecido gnoseológicamente como *política criminal*, se reflexione acerca de algunos elementos —previos— que han caracterizado, a través del repaso por los autores más clásicos de la politología, a lo que se ha denominado como actividad *política*.

Tal y como indica Bobbio en su *Dizionario di Politica* (1992: 800), desde un punto de vista etimológico, la «política» traduce una derivación del adjetivo de «polis» (*politikós*), significante de todo lo referido a la ciudad. En ese sentido, el propio *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la define como «arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados. // Actividad de los que rigen o aspiran a regir los asuntos públicos».

Por cuanto hace a su significado clásico-antiguo, sin duda, al referirse a la política, debe hacerse una mención especial a Aristóteles, a partir de quien se localiza el primer gran tratado titulado *La Política*, referido a la naturaleza, funciones y particiones del Estado y sobre el arte y formas de gobernar la Polis. Aristóteles señaló ya el decisivo elemento del «poder» al referirse a la políti-

ca, efectuando una tipología que destacó tres tipos de «formas de ejercer el poder»: a) el poder paterno, ejercitado en nombre del hijo; b) el poder despótico, ejercitado en interés del patrón; c) el poder político, ejercitado en interés de quien gobierna y es gobernado. Estas distinciones, como luego se verá, darán paso a distintas expresiones de legitimación del poder.

Expresiones modernas de la Política

Durante siglos, sin embargo, el término «Política» fue empleado fundamentalmente para señalar obras dedicadas al estudio de toda esfera de actividad humana que tuviese, en cualquier manera, una relación con el Estado (Bobbio, *ibídem*). Es a partir de la Edad Moderna cuando el vocablo adquiere nuevas expresiones: como «ciencia del Estado», como «doctrina del Estado» (Jellinek, 1900),¹ como «Ciencia Política», como «Filosofía Política» (Hegel, 1821).²

Asimismo, será también en esta época cuando se retome y se considere especialmente el elemento del «poder» (político) como *conjunto de actividades* que se expresan en determinados verbos: conquistar, mantener, defender, ampliar, reforzar, abatir.

La expresión de «lo político», entonces, va a ir siendo paulatinamente asociada al control y, especialmente, al control del territorio, del espacio. Como indica Bobbio,

[...] a la esfera de la política pertenecen actos tales como mandar (o prohibir) algunas cosas con efecto vinculante para todos los miembros de un determinado grupo social; ejercitar un dominio exclusivo sobre un determinado territorio; legislar con normas válidas *erga omnes*; extraer y distribuir recursos de un sector a otro de la sociedad, etc.

En tal sentido, y dentro del significado propio de la Edad Moderna del término «Política», cuando la idea de Estado va asumiendo un lugar central, los verbos y las principales «actividades» del «poder político» van a ser: organizar, burocratizar, estudiar, justificar, modificar el Estado. A partir de este momento, y a través de la decisiva vinculación con el «poder», los tres conceptos que rondan irán siempre vinculados: Poder-Política-Estado.

El problema de la «legitimación del poder» se revela decisivo. De acuerdo con la concepción hobessiana, el poder se vincu-

1. Cfr. *Doctrina General del Estado*.

2. Cfr. *Filosofía del Derecho*.

la con los medios para obtener cualquier ventaja. B. Russel, en 1938, en su obra *El Poder*, entendió a éste como el conjunto de medios que permiten producir los efectos deseados (1972). Max Weber expresó que «poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad» (1984: 43). De ellos, y otros, se extraerá la idea de que el poder siempre supone la relación entre dos sujetos, de los cuales uno impone al otro su propia voluntad porque tiene la posesión de los medios necesarios para ello; medios que siempre van a referirse al *dominio* sobre otros o al *dominio* sobre la naturaleza. El «poder político» se vincula con la primera expresión de *dominio* o *dominación*.

Algunas tipologías en torno al poder-político

En este punto, como se anticipó ya, vale la pena recordar la tipología aristotélica que destacó tres formas de ejercer el poder: a) el poder paterno, ejercitado en nombre del hijo; b) el poder despótico, ejercitado en interés del patrón; c) el poder político, ejercitado en interés de quien gobierna y es gobernado. Esta tipología fue perfectamente reasumida por el *iusnaturalismo*, el cual se abocó al tratamiento de la cuestión más trascendente cual fue la de la legitimación y el fundamento del poder, cuestiones que pueden hallarse con claridad en el Cap. XV del *Segundo Tratado sobre el Gobierno*, de Locke. Allí se añadirán a las mencionadas formas de poder aristotélicas, ciertas fuentes de legitimación: a) para el poder paterno: la naturaleza; b) para el poder despótico: el castigo por un delito cometido (la única hipótesis en este caso: la del prisionero de guerra que ha perdido una guerra injusta); c) para el poder civil: el consenso.

A semejantes fuentes de legitimación del poder, le corresponden a su vez las tres fórmulas clásicas de fundamento de las obligaciones: *ex natura*, *ex delicto*, *ex contractu*. Así, en la realidad de los gobiernos, las relaciones entre soberano y súbditos vendrá más o menos asimilada al vínculo entre padre-hijo; amo-esclavo; necesidad de lograr el bienestar público fundado en el consenso (Bobbio *op. cit.*: 801).

Señala Bobbio que, dentro de una relación de poder, y atendiendo al medio del que se sirve el sujeto activo para condicionar el comportamiento del sujeto pasivo, pueden distinguirse tres grandes clases en el ámbito del concepto más lato de poder: el poder económico, el poder ideológico y el poder político.

El primero, el poder económico, implica la posesión de ciertos bienes, especialmente para la producción de otros bienes. Se mantiene la hegemonía pagando un salario por la fuerza de trabajo.

El segundo, el poder ideológico, se funda sobre la influencia de ideas mantenidas por alguna persona investida de una cierta autoridad (el sabio, el sacerdote, el gobernante) frente a la sociedad para cumplir el proceso de socialización que se entenderá como necesario para el mantenimiento de la cohesión social y la integración del grupo (ejemplo: el poder de definir).

El tercero, el poder político, está fundado en la posesión de los instrumentos a través de los cuales se ejercita la fuerza física (las armas de cualquier especie y grado). Se trata del «poder coactivo» en el sentido más estrecho de la palabra.

Esas tres formas de poder sirven al mantenimiento de una sociedad desigual: ya sea dividida entre ricos y pobres, sabios e ignorantes, o fuertes y débiles. En cualquiera de los tres casos, se trata de mantener «superiores e inferiores» (Bobbio *op. cit.*: 802).

Esta distinción entre tres tipos principales de poder, se corresponde con la mayor parte de las teorías sociales contemporáneas en las que se pueden observar tres subsistemas principales como son la organización de las fuerzas productivas, la organización del consenso y la organización de la coacción.

Cuanto acaba de señalarse se vincula, entonces, con el elemento de la «fuerza» y con el uso exclusivo de la misma. Se trata claramente del «poder de coacción» al que recurre todo grupo social (la clase dominante de todo grupo social), en última instancia, como *extrema ratio*, para defenderse de los ataques externos o para impedir con la disgregación del grupo la propia eliminación (Bobbio *ibídem*). Evidentemente, la fuerza y el poder de coacción sirven, en caso extremo, para impedir la insubordinación o la desobediencia de una parte de la sociedad contra quien detenta el poder y, en tal sentido, se revela como instrumento para la conservación del poder mismo.

Como se irá viendo más adelante, la fuerza, el poder coactivo, el *ius puniendi* del Estado, se expresan en amplias gamas de sanciones posibles. Pero desde ya cabe señalar con Bobbio que, por ejemplo, si bien la amenaza de sanciones económicas constituye un poder de los que se está tratando, sin duda es la guerra el ejemplo paradigmático del uso de la fuerza.

Ahora bien, si el uso de la fuerza es una condición necesaria, o elemento distintivo del poder político (respecto de otros poderes), ello no significa que sea suficiente para ello. También pueden usar la fuerza grupos armados, asociaciones para delinquir, etc. y no por ello ejercitan un poder político considerado legíti-

mo. Lo que caracteriza el uso de la fuerza —para poder hablar de poder político— es la exclusividad de ese uso respecto de todas las personas y grupos sociales, a través del proceso de monopolización de dicho uso, del ejercicio de la coacción física. Este proceso de monopolización se expresa con el «proceso de criminalización y penalización» de todos los actos de violencia que sean cometidos por personas no autorizadas, extraños de los detentores o beneficiarios del aludido monopolio.

Ello puede verse en la hipótesis hobbesiana que fundamenta la teoría moderna del Estado, el pasaje del estado de naturaleza al estado civil, de la *anarquía a la archía*, del estado apolítico al político, precisamente acontece cuando las personas renuncian al uso individual de la propia fuerza (que le hacía *igual* en el estado de naturaleza) para ponerla en manos de una única persona o de un único cuerpo que de ahora en adelante será el único autorizado a usar esa fuerza.³

En esa línea se enmarca la conocida definición de Weber del Estado cuando en su *Economía y Sociedad* expresa:

[...] por Estado se debe entender un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente [*op. cit.*: 43-44].⁴

El uso del derecho y de la política criminal, entonces, jugarán un destacado papel en esa legitimación del uso de la fuerza y de la coerción física que, por medio del Derecho, devendrá (o al menos así se pretenderá) *legítima*. Sobre ello, que aquí sólo se apunta, se volverá más adelante. *Derecho = legitimación*

Poder (y resistencia al poder) en Michel Foucault

Otra concepción, diversa de cuanto se está señalando, es la presentada por Foucault, donde puede verse la muy interesante cuestión del binomio «poder-resistencia». Junto al surgimiento histórico del derecho de resistencia y frente a la tradición anarquista que

3. Cfr. *El Leviatán*, Tomo II, Parte II «Del Estado», Epígrafes XVII, XVIII, XIX y XX (1994).

4. Asimismo, señalaba Weber respecto al «líder político» que «es aquel capaz de decidir responsablemente e imponer estrategias innovadoras dentro del marco de la racionalidad jurídico-organizativa del Estado Moderno [...]. El líder político no sólo debe tener profesión (ser profesional) sino pasión» (*op. cit.*: 44).

dicho tema reconoce, el mismo ha sido también tratado, desde otra posición, por Foucault, fundamentalmente, en su «segunda etapa», iniciada en 1971 y conocida bajo el nombre de su «genealogía del poder» (cfr. Morey, 1983). En efecto, como señala Sauquillo (1989),

A un poder difuso que atraviesa el cuerpo social, Michel Foucault oponía múltiples focos de resistencia irreductibles a una estrategia común. En *Histoire de la sexualité (I), La volonté de savoir*, Foucault analiza las estrategias de resistencia en el conjunto de las relaciones de poder. Allí no se señala para la resistencia una relación de exterioridad respecto de las relaciones de poder —«donde hay poder hay resistencia»—, pero esta circunstancia no le concede indefectibilidad al poder. La interioridad de la resistencia apunta a la misma versatilidad de uno y otro extremo del campo de fuerzas —poder y resistencia—, de la misma forma que no existe un centro de poder, tampoco existe un lugar del gran rechazo» [op. cit.: 315-316].

A pesar de que Foucault, como se ha dicho, se ocupó del tema de la resistencia, no consiguió desarrollar una «teoría general» de la misma. Y la explicación de ello se halla precisamente en la concepción que del poder tenía el escritor francés. En efecto, para éste no existía un poder centralizado, un centro de poder, sino «redes» de poder y, en consecuencia, si la resistencia es por él entendida en «connivencia contradictoria» con el poder, allí donde éste sea constatado, aquélla podrá tener un espacio de expresión. Dicho de otro modo, si el poder es difuso, existirán diversas formas de resistencia y no se expresará en una manera global de contestación. No obstante, Foucault ha diseñado vías interesantes para una comprensión del fenómeno de la resistencia. Pueden, en extrema síntesis, señalarse:

- que afirmar que no hay espacio de resistencia sin confrontación o ejercicio de relaciones de poder, no convierte al poder en una substancia fatal e innecesaria;
- que tampoco conduce aquella afirmación a renunciar a toda forma de resistencia, sino al compromiso de que siempre se ha de resistir a través de una tarea de renovación infinita que no admite descanso;
- que el trabajo de la libertad no se culmina, es propio de un estado insomne que apunta a una concepción no teleológica de la acción política;
- que en el combate político no se lucha por el desarrollo de la justicia, la supresión del dominio de clase o el engrandecimiento de la naturaleza humana: siempre que se lucha, se lucha por el poder;

- que toda relación de poder implica una estrategia de lucha que, a su vez, pretende erigirse en relación de poder;
- que esta manifestación de materialismo político no desemboca en el desfallecimiento, sino en la proliferación de las diferencias.

El propio Foucault, a propósito de interrelacionar al poder con la resistencia, señalaba...

[...] que no existen relaciones de poder sin resistencias; que éstas son más reales y más eficaces cuando se forman allí mismo donde se ejercen las relaciones de poder; la resistencia al poder no tiene que venir de fuera para ser real, pero tampoco está atrapada por ser la compatriota del poder. Existe porque está allí donde el poder está: es pues como él, múltiple e integrable en estrategias globales [1980: 171].

Una cita que Morey (1983) efectúa de Foucault, resume de modo bastante claro a qué tipo de estrategias se refiere el autor francés:

[...] el gran juego de la historia está en quién se apoderará de las reglas, quién ocupará el lugar de los que las utilizan, quién se disfrazará para pervertirlas, para utilizarlas en sentido contrario y girarlas contra las que las habían impuesto; quién, introduciéndose en el complejo aparato, lo hará funcionar de tal manera que los dominadores se encontrarán dominados por sus propias reglas [*op. cit.*: 356].

Consideración del problema de los «límites» del poder político

La cuestión del monopolio de la fuerza en el ámbito de un determinado territorio y en relación a un grupo social, produce ciertas consecuencias que se traducen en caracteres específicos del poder político y que lo diferencian de toda otra forma de poder. Bobbio alude con ello a la «exclusividad, la universalidad y la inclusividad» (*op. cit.*: 803). Por exclusividad se entiende la tendencia que los detentores del poder político manifiestan a no permitir en su ámbito de dominio la formación de grupos armados independientes.⁵ La universalidad se refiere a la capacidad que tienen los detentores del poder político, y sólo ellos, para tomar decisiones legítimas y efectivamente operativas para toda la colectividad. Por inclusividad se entiende «la posibilidad de interve-

5. Este carácter permite, agrega el citado autor, distinguir un grupo político organizado de la «sociedad de ladrones» (el *latrocinium* de que hablaba Agostino).

nir imperativamente en toda posible esfera de actividad de los miembros del grupo dirigiéndoles hacia un fin deseado a través de los instrumentos del ordenamiento jurídico, es decir, de un conjunto de normas primarias dirigidas a los miembros del grupo y de normas secundarias dirigidas a los funcionarios especializados, autorizados para intervenir en el caso de violaciones de las primeras» (*op. cit.*: 804).

Cuanto acaba de señalarse no significa que al poder político no se le establezcan límites o, lo que es lo mismo, no debe entenderse ese uso de la fuerza como ilimitado. Ahora bien, los límites al Estado y a su ejercicio monopolístico de la violencia y de la coacción física varían de una forma de Estado a otra. Bobbio señala que, por ejemplo, el Estado teocrático extenderá el poder sobre las esferas religiosas; el Estado laico no entrará en aquellas esferas con su poder; el Estado colectivista extiende su poder sobre esferas económicas; el Estado liberal clásico se retrae de actuar en ellas; o el Estado totalitario extenderá su poder en todas las esferas. La cuestión de los límites será decisiva a la hora de estudiar la Política criminal con el fin de examinar si aquéllos existen en mayor o menor medida, si se plantean modelos de derecho penal máximo o mínimo, si se plantean modalidades de ejecución penal duras o más abiertas, etc. Sobre estas decisivas cuestiones se volverá más adelante.

La concepción de la Política como relación «amigo-enemigo»

Señaló Carl Schmitt en 1927, en su obra *La categoría del político*, que la esfera de la Política coincide con la esfera de «amigo-enemigo» (cfr. 1972). Con base en esta definición el campo de origen y de aplicación de la Política evidencia ante todo el antagonismo y su función consistirá en las actividades para agregar y defender a los amigos y desagregar y combatir a los enemigos. Señala Bobbio, a partir del estudio que realiza sobre la obra de Schmitt, que ello se apoya en sus concepciones sobre la moral, el arte, etc., las cuales también se asientan sobre contraposiciones fundamentales, tales como bueno-malo (desde un paradigma propio de la moralidad), limpio-sucio, bello-feo (desde un punto de vista estético), etc.

En esta visión, la Política asume el rasgo característico del conflicto puesto que cualquier divergencia de intereses puede en algún momento transformarse en rivalidad o antagonismo entre personas o grupos sociales. El grado más alto de conflicto —político— se da, entonces, cuando el recurso a la fuerza debe ser empleado. En esa dirección, indica Schmitt que el punto más agudo

del conflicto político está sin duda representado por la guerra, tanto la externa como la interna: el combate contra el *enemigo*.

Sobre el rol desempeñado por Carl Schmitt —en especial, durante el régimen nacional socialista alemán— será particularmente importante retomar esta consideración de la Política más adelante, no sólo cuando se traten las cuestiones atinentes a la «militarización del sistema penal» y las apuestas bélicas (y tantos ejemplos de ello se verá que han habido en la historia), sino, incluso, cuando se establezcan las categorías político-criminales del llamado «derecho penal del enemigo». Por ahora, conviene entonces recordar que cuando se trata acerca de la Política:

a) lo que caracteriza el uso de la fuerza para hablar de poder político es la exclusividad de esa utilización respecto de todas las personas y grupos —a través del proceso de monopolización de la misma—, con la cual es posible el ejercicio de la coacción física.

b) Este proceso de monopolización se expresa, a su vez, a través de los procesos de criminalización y penalización de todos los actos de violencia que sean cometidos por personas no autorizadas, extraños de los detentores o beneficiarios del aludido monopolio.

Para acabar estas nociones meramente introductorias, cabe insistir, una vez más, que cuando hablamos de Política (y, como se verá, especialmente de la adjetivada como *Criminal*), estamos tratando sobre el uso de la fuerza, del empleo de la violencia —y del monopolio de la misma. Más exactamente, se trata —en el terreno político-criminal— de gobernar a través de la utilización de la coacción física, llegando, si fuera preciso, a la aprehensión de los cuerpos, ya sea matando, encerrando, desterrando, expulsando, etc. (Foucault 1988 y 1992).

La Política criminal y las categorías de lo político y de lo científico

Una última reflexión que también será retomada más adelante. Un tipo de conocimiento como el que se está tratando, ¿estará atravesado de «racionalidad científica» o identificará un catálogo de «decisiones políticas»? Expresado de otro modo: en cuanto se refiere al substrato epistemológico de una forma de conocimiento como la aquí abordada, ¿puede hablarse de un conocimiento *neutral, científico o político*? Estos decisivos interrogantes serán desarrollados en diversas partes de esta obra, a la luz de las importan-

tes consideraciones que al respecto vertiera hace tantos años Weber en su obra precisamente titulada *El Político y el Científico* (1975).

Pero, desde ya, conviene recordar lo que en la Introducción a esa obra señalaba Raymond Aron a propósito de la clásica dicotomía entre conocimiento científico y acción política:

Tanto si se trata de ciencia como de política, Max Weber perseguía siempre el mismo fin: delimitar la ética propia de una determinada actividad, que él suponía debía ser la que se ajustaba a su finalidad peculiar [*op. cit.*: 34].

Desde ya conviene advertir, no obstante, que el tipo de desarrollo que seguirá esta obra, pretende siempre vincular el ámbito político (criminal) con el marco estructural, político, propio de determinadas formas-Estado que contribuyeron a moldear las elecciones de aquel ámbito decisonal.

2) Política criminal. Primeros empleos conceptuales y Escuelas filosófico-penales

Reconocía Jiménez de Asúa que es muy difícil saber quién empleó por primera vez el término de *Política criminal*. Recordando la *Sociología Criminal* de Ferri, indica que el autor italiano señala a Feuerbach como quien la habría empleado en 1799. Sin embargo, Jiménez de Asúa establece que «cinco años antes ya la había definido su recalcitrante adversario Gallus Aloys Kleinschrod» (1964: 171).

Pese a ello, Jiménez de Asúa es partidario de poner el punto de arranque de la Política criminal un poco antes, cuando ya se había teorizado sobre la necesidad de reforma del Derecho penal. En efecto, a partir de la obra del Marqués de Beccaria puede hallarse «una primera dirección de la Política criminal» (*op. cit.*: 172), pese a lo cual el citado autor admite que «si la Política criminal fue italiana por origen se hizo alemana por adopción» (*ibídem*).

Primeros debates epistemológicos en torno al estatus de la Política criminal

Recordando una de las iniciales definiciones de Política criminal de Kleinschrod, la misma parece considerarse como «arte legislativo», lo que servirá para diferenciarla ya del Derecho penal. En tal sentido, la Política criminal sería el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial dispo-

sición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho Natural de sus súbditos. De allí que Jiménez de Asúa sitúe en aquel primigenio momento la posibilidad de integrar, en un sistema, al «Derecho criminal y a la Política criminal» (*ibídem*). Sobre esta «integración» posible, como se verá, se volverá repetidas veces más adelante.

Estas serían, entonces, las primeras definiciones que se hallan en torno al contenido posible de la Política criminal y pertenecen, como se ve, a los últimos años del siglo XVIII. Respecto de ellas, Jiménez de Asúa se ha mostrado crítico para anunciar que los sólidos cimientos de la nueva disciplina vendrían más tarde. En efecto, él señaló que aquellas primeras direcciones tuvieron «el defecto de que su majestuoso edificio carecía de base sólida, ya que se construyó con los simples datos del razonamiento y con el método lógico abstracto» (*ibídem*). En este enfoque, es citado Franz von Liszt como el auténtico iniciador, desde el punto de vista científico, de la disciplina Político-criminal. Para el autor alemán, la misma puede ser concebida como...

[...] el contenido sistemático de principios —garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus institutos penales.⁶

Es decir, para el autor alemán, la Política criminal sería una «ciencia de posibilidades», agregando Jiménez de Asúa que la Política criminal «se encuentra corriendo entre dos formas estáticas del Derecho penal: la filosofía y la legislación vigente. Entre estas dos líneas transversales marcha, pragmática y componedora la *Kriminalpolitik*: toma del ideal filosófico y biológico lo que estima posible según las circunstancias de la época; construye un conjunto de doctrinas realizables y se esfuerza en verlas realizadas» (*op. cit.*: 173).⁷

En el marco de estas distinciones conceptuales, que traducen el auténtico debate epistemológico sobre la Política criminal (esto es, sobre su objeto de estudio y su método de trabajo), Jiménez de Asúa la distingue claramente de la Política social. Esta última podría abarcar la misión de prevenir la comisión de delitos. En

6. Cfr. *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*.

7. Junto a estos inicios de las postrimerías del siglo XIX y principio del XX, cabe señalar una dirección más «biológica» de la Política criminal que llegaría a su momento más alto con E. Mezger quien, en un artículo publicado en italiano (*Política criminal*, publicado en *Il pensiero Giuridico Penale* en 1937), la define como «el uso del Derecho penal desde el punto de vista de una lucha eficaz contra el delito».

cambio, la Política criminal sólo tendría sentido y lugar cuando el delito se ha perpetrado ya (cfr. *op. cit.*: 173).⁸

Descartada esa pretensión extensiva de la Política criminal y ciñendo a ésta al conjunto de medios para combatir el delito una vez cometido, Jiménez de Asúa concluye indicando que muchos sectores del penalismo alemán de fin del siglo XIX y principios del XX entendieron que la Política criminal debía comprender una doble faz: a) como articulación de medios para combatir el crimen después que éste haya sido perpetrado; pero también, b) la Política criminal debía incluir la tarea de crítica y reforma de las leyes vigentes.⁹

Auto-crítica y definitiva posición de Luis Jiménez de Asúa. La Política criminal y las demás «ciencias penales»

Llegados a este punto, a uno de los nudos epistemológicos del estatus de la Política criminal, Jiménez de Asúa presenta su posición respecto de la misma que, además, presupone un importante auto-revisión de sus propios planteamientos mantenidos tiempo atrás. El primer punto que abordará es el de la «autonomía» de la Política criminal.

Al respecto, indica que los que con Franz von Liszt pretenden construirla como ciencia independiente...

8. Descarta tajantemente Jiménez de Asúa que «la Política criminal abarque ambos campos (el de la prevención y el de la represión del delito) como lo había pretendido Thomsen quien, a la necesidad de unificar todos los medios de combate contra el delito le había denominado con un «expresivo nombre, que le brinda la admirable elasticidad de la lengua alemana: *Verbrechensbekämpfungrecht* (derecho de lucha contra el delito)» (*op. cit.*: 173). Pero semejante concepción, añade el autor español, ensancha desmesuradamente el territorio de la Política criminal abarcando, dentro de su área, no sólo los medios represivos sino también los preventivos» (*op. cit.*: 174).

9. En torno a ello, Jiménez de Asúa recuerda que «esta fórmula de Política criminal, que fue nueva en su tiempo y que tuvo tal éxito que llegó a constituir una asignatura de la carrera de Derecho en la Universidad de La Habana, adoptó un programa muy vasto. Reclamó ante todo, un examen científico de las causas de la criminalidad (Criminología), a fin de que la pena pueda ser adecuada en la lucha contra el delito. Resultando de la observación que dentro de los criminales podrían distinguirse tres grupos —delincuentes de ocasión; delincuentes por estado, corregibles; y delincuentes por estado, incorregibles—, se llegó a establecer un sistema perfectamente organizado de exigencias político-criminales. Al lado de la pena se ha establecido un doble sistema de medidas que persiguen como fin, o la educación correccional del delincuente, o la protección de la sociedad contra el criminal. La Unión Internacional de Derecho Penal, fue propagandista del sistema» (*op. cit.*: 174).

[...] no hacen más que mantener un dualismo viejísimo: el del derecho natural y el positivo, y los que como Mezger la dotan también de vida aparte con contenido biológico la identifican con la Criminología [*op. cit.*: 175].

Inmediatamente señala que...

[...] aquellos que no queremos limitar la ciencia del Derecho penal a una seca dogmática legislativa, no nos sentimos propicios a fraccionar así la ciencia del Derecho y vemos con malos ojos esa pretendida autonomía de la Política criminal [*ibídem*].

Concluye, por tanto, con la rotunda afirmación relativa a que «la Política criminal no puede considerarse como ciencia autónoma» (*ibídem*). Ello requiere una cierta explicación. Como el mismo autor reconoce, él había afirmado lo contrario en 1918 y 1923 (esta última vez, en una conferencia pronunciada en Buenos Aires) «apegado todavía a las enseñanzas entonces muy frescas que había recibido en Alemania» (*op. cit.*: 175). En efecto, allí había defendido el estatus de ciencia para la Política criminal. Sin embargo, la revisión de muchos postulados de la pretendida disciplina le llevó a una posición contraria. Será mejor citar sus palabras al respecto:

[...] si desentrañamos lo que es, vemos que no se trata de una rama científica. Es un método de trabajo, o más exactamente un arte. Feuerbach, que fue uno de los más grandes escritores de Alemania [...], nos dice que la Política criminal es «sapiencia del estado legiferante», y el propio Henke, que en 1823 investiga las causas del delito y el hombre criminal, la concibe también en vista de la reforma legislativa. En 1918, al decir nosotros que era una ciencia de posibilidades, empleábamos impropriamente la frase de «ciencia»; pero vimos con exactitud que se trataba de una serie de «posibilidades» para acercar a la realidad los principios que nos han descubierto las ciencias explicativas del delito. Sería, pues, una suerte de tercera componedora que, tomando de la Criminología lo que es posible dentro del ambiente, lo aproximaba a la realidad. En esa especie de trasiego tenía que irse vaciando el contenido de la supuesta ciencia, por lo que no es tal, sino un arte de legislar en cada momento, según las necesidades del pueblo, tomando de los pensamientos científicos lo que para el instante sirve. He aquí por qué —puesto que no se trata de una ciencia— no podemos decir que sea autónoma, independiente ni podemos afirmar que sea Filosofía del Derecho penal, ni tampoco considerar que sea un aspecto de las ciencias causal-explicativas [...]. No es más que una parte del Derecho penal, como corolario de la dogmática: crítica y reforma [*op. cit.*: 175].

En suma, la Política criminal, para Jiménez de Asúa, no es más que el arte de traspasar en un momento determinado a la acción legislativa la aspiración proveniente de los ideales, ya realizable, y ello dista mucho de asumir la categoría de ciencia que se le quiso dar y mucho más de ser la moderna y prometidora disciplina que pretendió haber creado Franz von Liszt (cfr: 176).

Para concluir esta primera parte del debate epistemológico de entonces, relativo al objeto de estudio, fuentes, método y autonomía de la pretendida disciplina, cabe recordar que, en las postrimerías del positivismo (momento al que aluden la mayor parte de las observaciones anteriores), el conocimiento y abordaje de la llamada «cuestión criminal» se fue asentando sobre una división cuatripartita desde el punto de vista gnoscológico sobre la que volverá más adelante.

En efecto, cuatro direcciones político-científicas (aunque algunos nieguen la existencia conjunta de ambas expresiones) se abocaron a dicho tratamiento:

a) la Criminología: tradicionalmente, fue entendida como ciencia que buscaba desentrañar las causas de la criminalidad;

b) el Derecho Penal: entonces apareció definido como conjunto de normas jurídicas que buscaba luchar contra la criminalidad;

c) la Penología: fue concebida como la disciplina que, combinando herramientas médico-biológicas y psiquiátrico-pedagógicas, debía aplicar sus técnicas para alcanzar la corrección (fundamentalmente penitenciaria) de los infractores;

d) la Política criminal: tradicionalmente, fue conceptualizada como un nexo entre las anteriores direcciones; o sea la política que permite, una vez conocidas las causas de la criminalidad, que se produzcan normas jurídicas que la combatan.

Más adelante se verán los intentos integradores de estas corrientes que conformarán las «ciencias penales». *Von Liszt*

3) **La concepción de la Política criminal como «Escuela» (el Positivismo crítico, fundamentalmente alemán)**

En el mes de diciembre de 1888, fue fundada la Unión Internacional de Derecho penal por Von Liszt, Van Hamel y Prins quienes profesaban un «positivismo crítico» (Jiménez de Asúa *op. cit.*, Tomo II: 90).¹⁰ Señala este autor que, en sus *Bases para*

10. «Esta dirección criticista ha adquirido un rango superlativo y, en puridad,

un nuevo derecho penal, Dorado Montero la caracterizaba del siguiente modo:

[...] la Política criminal agrupa actualmente en torno suyo, a una multitud de penalistas pertenecientes a distintas y aun opuestas Escuelas. Representa algo así como una tregua entre los representantes de éstas, que deponen sus diferencias científicas para buscar un terreno práctico de inteligencia y de concordia. El punto de unión es el siguiente: la lucha eficaz contra el delito, fin único de la justicia penal y la busca consiguiente de los medios más a propósito para conseguirlo [cfr. *op. cit.*: 91].

Sobre esta dirección de la Política criminal, Jiménez de Asúa ha manifestado que se trató de una de las direcciones científicas más «componedoras» de todas las eclécticas y la más eficaz de las direcciones del positivismo crítico. Evidentemente, se trataba de uno de los momentos más álgidos de la llamada «lucha de Escuelas» que se desarrolló tanto en el campo de la teoría del delito, cuanto en el de la(s) teoría(s) de la pena (temas, ambos, sobre los que se volverá más adelante).

Como características más sobresalientes de esta nueva dirección político-criminal, puede señalarse que la misma, en aras de buscar una armonía entre diversas posiciones, comenzó por expresar una repulsa de los postulados más ortodoxos y audaces del positivismo, tales como la discutida construcción del *tipo delincente*, aunque aceptó la naturaleza biológica del crimen por razones interiores del sujeto y causas exógenas que influyen sobre éste.¹¹ En tal sentido, según el tratadista español, esta Escuela alemana se orienta decididamente en la «dirección sociológica», según gustó definirse a sí misma.¹²

los neopositivistas que corrigen las primeras trayectorias de la escuela, se unen, con sus nuevas posturas, al llamado positivismo crítico» (Jiménez de Asúa, *ibídem*).

11. Sobre esta aceptación de la naturaleza biológica del delito, Jiménez de Asúa destaca que, como la Escuela positivista, considera al delito hijo de dos grupos de condiciones: las propias de la individualidad del delincuente, y las de tipo exógeno, constituidas por las de carácter físico y social, entre las que destacan, con máximo empuje, las de esencia económica» (*op. cit.*: 91).

12. Sobre la amplia difusión que esta dirección político-criminal tuvo hacia finales del siglo XIX, el citado autor indica que «la escuela de Política criminal ha tenido numerosos y selectos partidarios fuera de Alemania, sobre todo en Austria, Suiza, Checoslovaquia, los Países Nórdicos, Bélgica y Holanda. Lammasch, Carlos Stooss, Emilio Zürcher, Alfredo Gautier, Ernst Hafter, Ernst Delaquis, Mirzicka, Juan Carlos Guillermo Thyren, Carlos Torp. Adolfo Prins y Gerardo A. Van Hamel, son sus más conocidos representantes, aunque no haya homogeneidad en los principales filósofos de cuantos acabamos de nombrar» (*op. cit.*: 91).

El «dualismo» y los «binomios» con los que la cuestión criminal debe ser afrontada a partir de estos momentos —penas y medidas de seguridad; culpabilidad y peligrosidad; culpabilidad e inimputabilidad—, comienzan a ser una característica especial de la dirección aquí examinada.¹³

Jiménez de Asúa aporta importantísimos elementos para ahondar más sobre el debate epistemológico en torno a la naturaleza de la Política criminal y, en concreto, sobre su método de trabajo, su objeto de estudio y su vinculación/separación con las demás «ciencias penales». Dentro de lo que él denomina «caracteres de la dirección político-criminal» (*op. cit.*: 92 y ss.) destaca, en primer lugar, la ya mencionada naturaleza «eclectica» de la misma, de la cual, y más allá de este carácter «componedor», se extraen los siguientes elementos característicos:

a) en relación al método, la orientación es muy clara: para las ciencias penales debe reservarse un método exclusivamente experimental; para el Derecho penal, en cambio, la metodología de trabajo sólo puede emplear técnicas de lógica-jurídica.

En efecto, como más adelante se verá al examinar con detalle el Programa Político-criminal de Franz von Liszt, éste distinguió claramente las esferas de acción del Derecho penal del resto de las «ciencias penales» (la Penología, la Criminología y la Política criminal). Si el Derecho penal sólo podía quedar reducido, para von Liszt, a la pura exposición dogmática del derecho vigente, su método no podía ser otro que el lógico-jurídico. En cambio, para las demás «ciencias penales» y, en particular, para la Política criminal, dada la tendencia biológica que Von Liszt le imprime, el único método aceptable debía ser el experimental.

13. A propósito de lo cual, Jiménez de Asúa cita el ejemplo de la trascendencia que, en Suecia, tuvo esta dirección político-criminal: «el profesor de Lund, J.C.G. Thyrén, autor del Proyecto de Código Penal sueco, es uno de los que, con más originalidad, sustenta opiniones de índole crítica que permiten afiliarle entre los político-criminalistas. Parte del carácter peligroso de la criminalidad —directo e indirecto por su naturaleza contagiosa— y dice que la reacción contra el peligro social debe enfocar todos los aspectos, creyendo que en este sentido se discute sin objeto si debe referirse preferentemente al autor o al acto. Los medios radicales son los que atacan a las causas; el medio sintomático más importante está constituido por la pena, que debe usarse con prudencia y reconociendo que la voluntad humana está determinada por causas. Todos los medios pueden reducirse a estos tipos —concluye en armonía con el pensamiento de Von Liszt—: inocuización, corrección e intimidación, que deben ser empleadas en íntimo vínculo, según se trate de criminalidad crónica o aguda. También ha de contemplarse la delincuencia de los jóvenes y la de los anormales. Y a este respecto Thyrén distingue, desde las primeras páginas de su *Principerna*, que el peligro social provenga de una «voluntad capaz, imputable o incapaz inimputable». El tratamiento varía: pena en el primer caso, y otras medidas que no tendrán el carácter de pena, en el segundo» (*op. cit.*: 91-92).

b) *Por lo que se refiere a los presupuestos científicos de trabajo de cada disciplina*, la dirección político-criminal aquí analizada va a mantener la simultaneidad de la culpabilidad y de los estados peligrosos.

Pese a ello, que por otra parte no supone otra cosa que mantener clásicos conceptos de imputabilidad y culpabilidad, aceptando, en ocasiones la existencia de «estados peligrosos», se llegará a ciertos extremos de abominar del libro albedrío, como sucedería con Von Liszt.¹⁴

c) *Por cuanto se refiere a la concepción del delito*, es muy importante destacar que es comprendido como fenómeno natural pero, también, como ente jurídico.

En tal sentido, los partidarios de esta dirección político-criminal no niegan que el delito sea un fenómeno «natural promovido por causas que ellos proclaman e ilustran. Pero, al mismo tiempo, tuvieron perfectamente claro que la categoría «delito» es un producto de la dogmática jurídica que «le construye» y «le define» jurídicamente. «Esta dualidad es perfectamente congruente con los cimientos de la tendencia político-criminalista, que no niega vida a la antropología y sociología criminales, pero que reconoce su existencia fuera del Derecho penal» (Jiménez de Asúa *op. cit.*: 93).

d) *Por cuanto hace a la concepción de la pena*, los dualismos anteriormente citados provocarán la consecuencia de recomendar penas y/o medidas de seguridad como doble herramienta de lucha contra el delito.

Como en su momento se verá, la «lucha de Escuelas» había provocado determinadas consecuencias ante el contrastado fracaso de las penas y, por ello, nuevas recomendaciones se requirían. Conviene, en este punto, transcribir la larga cita de Jiménez de Asúa al respecto:

En este dualismo se halla depositada la más pragmática y comovedora de las ideas de la Escuela político-criminal. Saturaba

14. Pese a ello, debe recordarse con Jiménez de Asúa que, en realidad, aquí se hallan muchas opiniones diversas: «en este punto surge una grande variedad de posturas, que sería interminable recopilar. Hay un nutrido grupo de pensadores que hacen gravitar siempre sobre sus construcciones la clásica fórmula de la imputabilidad, remozada en sus esencias [...]. Existen eclecticismos deterministas e inimputabilistas que se dispersan en variadas teorías, de entre las que emergen, por la gran autoridad de sus autores, la doctrina de la *identidad individual* y de la *semejanza social*, de Tarde; la de la *normalidad*, de Von Liszt, y la de la *intimidabilidad*, de Alimena, etc.» (*op. cit.*: 92).

el ambiente una convicción esclarecida por la práctica: las penas, esas armas viejísimas del vetusto derecho punitivo, habían probado repetidamente su fracaso. Tal y como la pena-castigo se establecía y ejecutaba en los Códigos y en las prisiones, carecía de fin y no producía resultado beneficioso. Manejada por Von Liszt la idea finalista, que creó Von Ihering, y transplantada al Derecho penal la doctrina con el título de la *pena de fin*, parecía lógico que si las penas se hallaban en sus postrimerías, por ausencia de finalidad, era preciso arrumbarlas o fundirlas en un nuevo troquel. Ni a lo uno ni a lo otro se atrevieron los prudentes político-criminalistas y mantuvieron las penas con su vieja tónica retributiva, aunque otra cosa quieran aparentar, encargándolas, de modo preponderante, de lograr el fin *intimidador*, que siempre supieron cumplir. Mas en la lucha contra el crimen era preciso arribar a otras metas más fecundas, que por no haberse enfocado fueron causa del fracaso del viejo sistema punitivo. Esas finalidades perentorias eran la *inocuidación* de los incorregibles y la *enmienda* de los susceptibles de corrección. La pena no tiene más objetivo que el retribucionista, y no es apta para conseguir esos otros fines; por ello, los grandes componedores de la Política criminal han acogido en sus planes de reforma penal, junto a las penas de vieja estructura, las medidas de seguridad, encargadas de llenar esa misión. Tan pronto como esas medidas se han instalado en las obras teóricas y en los proyectos legislativos, ha florecido sobre ellas una fronda de opiniones contrapuestas, tendientes a defender o negar sus diferencias con la pena [*op. cit.*: 93].

Con el mismo autor tan citado aquí puede ir terminando este epígrafe. Cuando el tratadista valora la importancia, trascendencia y consecuencias de la tendencia político-criminal analizada, tras recordar una vez más la tendencia conciliadora que caracterizó a la misma, efectúa una doble y antagónica conclusión. En primer lugar, se señala que, desde el punto de vista teórico (o *científico*), esta Escuela fue «muy poco estimable por su falta de firme criterio uniforme dirigente». Pero, en segundo lugar, se reconoce que desde el punto de vista práctico y legislativo (o *político*), la Escuela fue «muy fecunda puesto que ha logrado inspirar a los Códigos que se han puesto en vigencia y los numerosos proyectos de Europa y algunos de América» (*op. cit.*: 94).

Tras estas palabras, y ya para acabar, retomando los elementos de la discusión epistemológica que fueron señalados, conviene recordar el interrogante de la obra weberiana: cuando discutimos en torno al estatus de la disciplina político-criminal ¿estamos ante una forma de conocimiento *científica* o *política*? Por ahora, baste con volver a plantear la cuestión. Aún queda mucho por examinar antes de ensayar una respuesta.

4) Concepciones más actuales de Política criminal

¿Política «criminal» o Política «penal»?

Muchos autores contemporáneos comienzan por recordar los significados iniciales de Política criminal. Así, Zaffaroni, por ejemplo, al caracterizarla como «Escuela», y para intentar armonizar las distintas ciencias penales antes mencionadas, señala que...

[...] por política criminal puede entenderse una «Escuela» que aspiró a entender que la Política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica entendida como ciencia empírica [*op. cit.*: 149-150].

Agregaba aun que,

El planteamiento de esta corriente de marcado tinte positivista no era complicado: si sabemos cuáles son las acciones «socialmente dañosas» (antijuridicidad material) y la criminología nos indica los medios de atacarlas y prevenirlas, el derecho penal tiene por función instrumentar jurídicamente esa prevención [*ibídem*].

Añade el citado autor que de allí que Von Liszt —máximo exponente de esta corriente— entendiera que «el Derecho penal y la Política criminal se hallaban enfrentados, porque en tanto la segunda llevaba adelante el interés social por la prevención del delito, el primero constituía la “Carta Magna” del delincuente frente a la sociedad» (*op. cit.*: 150).

Al tratar ya sobre concepciones más actuales, Zaffaroni indica que puede ser deslindados dos significados de Política criminal:

a) como «disciplina de observación» que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad;

b) como el «arte de legislar o aplicar la ley» con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito (*cfr. op. cit.*: 150).

Tras lo cual, brinda su propia definición en torno a lo que debe entenderse por Política criminal:

[...] la Política criminal es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado.

Agrega que, en ese sentido,

No está —ni puede estar— en oposición al Derecho penal, porque éste mismo es una materialización de aquélla. La política penal no sería más que el aspecto más importante de la política criminal [*op. cit.*: 150].¹⁵

Con todo, el autor argentino prefiere la denominación de «Política penal», entendiendo que ésta se dedica a la cuestión de cómo el derecho penal se dirige adecuadamente a su fin, cumpliendo así correctamente su tarea de protección social (cfr. *op. cit.*: 151).

La función crítica de la Política penal

Es importante destacar que Zaffaroni reevalúa el papel crítico que le asigna a la Política penal. Señala al respecto que...

[...] naturalmente que las valoraciones que traduce la política penal pueden compartirse y analizar si es correcta su instrumentación (utilizando para ello los elementos aportados por la labor sociológica de campo) o someterse a crítica esas mismas valoraciones jurídicas [*op. cit.*: 152].

Insiste que, en ese sentido, no es posible negar a la política penal el cumplimiento de una función crítica, tanto de los valores jurídicos como de la realización social de esos valores. La política penal no puede estar separada de las distintas posiciones políticas generales que la señalizan y, por ende, «su aspecto crítico es innegable» (*ibídem*).

Por otra parte, el papel crítico de la Política criminal es resaltado por diversos autores como procedente del mismo Iluminismo, y como consecuencia de las distancias existentes entre un Derecho penal vigente y exponente de tiempos que debían pasar y las aspiraciones de los Iluministas.¹⁶

15. Añade el citado autor, al respecto, que «el Derecho penal siempre es materialización, o tiende a la materialización, de una política penal, pero de ello no puede seguirse que las consecuencias dogmáticas sean meras soluciones a problemas políticos que parecerían carecer de todo sustento distinto del ideológico, porque ello le llevaría a caer nuevamente en un positivismo insano» (*op. cit.*: 150).

16. Sobre lo cual, opina Zaffaroni, que «el sentido crítico de la política penal se pone de manifiesto muy especialmente en el Iluminismo, en que el distanciamiento que había entre el Derecho penal positivo y los conceptos que sobre el mismo sostenían los iluministas, llevó casi a una confusión entre la política penal y el Derecho penal, que se aclaraba muy bien en la obra de Carmignani. Al desdibujamiento de

Más adelante, aclara Zaffaroni que no debe caerse en la confusión de mezclar Política penal y «Ciencia de la legislación», entendida ésta como pura cuestión de técnica legislativa: «ésta sería una pésima interpretación degradante del concepto mismo de la política penal» (cfr. *op. cit.*: 153).

Tras estas aclaraciones de carácter epistemológico, Zaffaroni muestra su propia definición de Política penal:

Es la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídico-penalmente y los métodos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de las valoraciones ya hechas y de los métodos ya elegidos [cfr. *op. cit.*: 153].

Evidentemente, de una definición semejante, el rol crítico de la Política penal se revela decisivo. Así, el citado autor recuerda que ese carácter crítico es de primordial importancia en cualquier sociedad que quiera evitar cataclismos políticos para mantenerla permanentemente alerta. Como Zaffaroni destaca,

[...] la dinámica social siempre amenaza con anular la eficacia de cualquier sistema penal, ya que puede provocar su pérdida de fundamentación antropológica. A la función crítica de la política penal le incumbe la tarea de alertar permanentemente acerca de estos fenómenos [159].

Ejemplos de ese papel crítico de la Política penal existen por doquier. La valoración —política— acerca de si es conveniente o no la protección de ciertos bienes jurídicos —como, por ejemplo, la vida intrauterina— constituye uno de ellos: ¿debe tipificarse el delito de aborto, o no?; ¿debe tipificarse siempre?; ¿o sólo en ciertos supuestos?, etc.

Consideración de la relación entre Política penal y legislación penal

Continuando con la exposición que al respecto brinda Zaffaroni, puede afirmarse que la Política Penal es «fuente» del Dere-

esos límites, en gran parte por efecto del tremendo rigorismo cruel del derecho vigente, obedeció, sin duda, la pretensión de extraer todo un sistema de Derecho penal de la razón y, por ende, de considerar a la filosofía como fuente del Derecho penal, tal como lo afirmaba Feuerbach o Grolmann, que iniciaba sus consideraciones con la exposición de la metafísica kantiana» (*op. cit.*: 152).

cho Penal (en el sentido más laxo de la expresión «fuente»). Ello porque la Política Penal es lo que está inmediatamente antepuesto a la ley penal, tanto lógica como cronológicamente.¹⁷ En tal sentido, la ley penal «es formalización de una decisión política previa» (*op. cit.*: 153).

En efecto, una norma jurídica (y no solamente en la esfera penal) presupone una decisión política. Sin decisión política —sin valoración previa— no puede haber producción de normas jurídicas, pues no habrá una individualización del ente valorado a tutelar jurídicamente. Ahora bien, como advierte Zaffaroni, si bien la decisión política da origen a la norma, no significa ello que ésta quede sometida totalmente a la decisión política.

La norma es hija de la decisión política y, como tal, lleva su carga genética, pero se convierte en algo separado de ella, sobre lo que la decisión política, una vez plasmada la norma, carece en absoluto de un derecho de vida o muerte sobre ella. El cordón umbilical entre la decisión política y la norma lo corta el principio de legalidad en un sistema como el nuestro [...] La principal carga genética de la norma se halla en el bien jurídico que tutela. Este es el componente *teleológico* (el «para qué») de la norma, que la mantiene vinculada a la decisión política. Pero si este componente teleológico —que le da sentido a la norma— ha sido mal traducido en la formulación legal, este defecto ya no podrá suplirse acudiendo *libremente* a la decisión política, sino que la labor supletoria tendrá limitaciones que dependen de cada sistema, pero siempre hallará límites [*op. cit.*: 154].

Por otra parte, el mencionado autor recuerda que el ordenamiento jurídico de un Estado no se agota, ni mucho menos, en el campo de la legislación penal. «Un Código Penal no nos dice cómo es todo el Derecho (ni siquiera el penal) de un país» (155); hay otras normas (procesales, penitenciarias, policiales, propias de la jurisdicción, etc.), que deberán completar semejante ordenamiento. El conocimiento de esa totalidad, que va mucho más allá de la Política penal, requiere la consideración de muchos otros principios y decisiones.

17. Señala, al respecto, que «nos estamos ocupando aquí de la política penal, porque hemos destacado al comienzo que hay dos sentidos de la voz "fuente" que pugnan siempre en todas las clasificaciones de las fuentes del derecho penal, tendiendo uno a ser estricto y el otro a cobrar mayor amplitud o laxitud. En este segundo sentido, hemos afirmado que la política penal es la única a la que podemos asignar el carácter de fuente del Derecho penal, para no caer en un concepto de fuente que por amplio se tornase científicamente infecundo, lo que, por cierto, no implica el desconocimiento de todos los factores que concurren a la decisión política que se plasma en la ley penal» (*cfr. op. cit.*: 153).

La normación principal en cuanto a traducción de principios político penales es el estatuto jurídico del Estado, o sea, la Constitución misma. En un sistema como el nuestro en que la política penal se decide por el principio de legalidad, ésta le está asignando necesariamente al Derecho penal la función de tutela jurídica, es decir, de seguridad jurídica. La función de «lucha contra el crimen», «combate de la delincuencia», etc., será necesariamente subordinada a la misión de seguridad jurídica de que parte toda la política penal del Estado. Es la seguridad jurídica la que impone la adopción misma del principio de legalidad, sin que le sea posible absolutizar ninguna «lucha contra el delito». Cuando la política penal tiene por función «exclusiva» la lucha (prevención, erradicación, combate, eliminación, etc.) contra el delito, necesariamente deberá eliminar el principio de legalidad y, consiguientemente, destruir la seguridad jurídica, porque quizá con semejante política penal puede saberse que no será nadie atacado por el delincuente, pero tampoco nadie podrá disponer de nada con seguridad, porque nadie podrá saber qué conducta está prohibida [*op. cit.*: 155-156].¹⁸

Política penal y Dogmática penal

Para terminar esta inicial presentación sobre el debate de los elementos epistemológicos que dan substrato a la Política penal, Zaffaroni indica que el papel de la Dogmática es el determinar el alcance del injusto, del reproche, de la punibilidad y de la penalidad, insertando esta determinación en un sistema interpretativo lógicamente completo, que haga previsibles las soluciones para los casos particulares» (*op. cit.*: 156).

18. Precizando aún más lo dicho, el citado autor agrega que «un derecho penal que no recepta el principio de legalidad, no por eso deja de ser derecho. Es verdad que el derecho no puede regular conductas pasadas y también es verdad que si no conocemos la decisión antes no podemos arreglar nuestra conducta conforme a ella, pero históricamente no ha habido ningún orden positivo en que la inseguridad jurídica sea de tal naturaleza. El principio de legalidad es un modelo ideal, porque siempre hay grados de seguridad e inseguridad. Si en los sistemas positivos hubiese uno absolutamente "seguro", nuestra tarea saldría sobrando. Esta seguridad absoluta fue la ilusión de un momento, que quedó atrás con los albores de la codificación. Por otra parte, una política penal que decidiese eliminar total la legalidad (dada por ley escrita o por precedente), quedaría en el puro nivel de decisión política. Se anularía todo el derecho mediante una reducción a un conjunto de decisiones políticas particularizadas. El juzgador no traduciría ninguna norma, sino que ante cada caso fijaría arbitrariamente los límites de lo prohibido, antijurídico y reprochable. Semejante visión es sólo especulativa, porque el derecho surge en cualquier sociedad, por primitiva que sea, como un imperativo cultural, como parte necesaria del mundo al que el hombre es lanzado» (cfr. *op. cit.*: 156).

En consecuencia, la decisión política constituye la «carga genética» que lleva la norma. La dogmática penal no puede ser, pues, un compartimento estanco de la política penal. La dogmática penal «construye el sistema de comprensión de la ley» (157) y, así, no puede perder todo contacto con la decisión política que la genera. Ambas, dogmática y política, *se proyectan recíprocamente*. Conviene transcribir la cita que el autor argentino realiza de Hassemer:

La política penal operacionaliza las metas del sistema de derecho penal adelantado en preceptos legales penales. Estos preceptos imponen relevancia. Ellos definen las conductas que producen conflictos jurídico-penalmente relevantes y definen la clase y límites de la reacción jurídico-penal. En eso se agota el poder de definición de la política criminal en dirección a la dogmática penal. La dogmática jurídico-penal operacionaliza las determinaciones de relevancia de la política criminal. Ejerce a este respecto el poder de definición. Los institutos dogmático-penales definen el ámbito de las previas determinaciones de relevancia político-criminales. Elabora continuamente reglas de lenguaje aplicables a la decisión de casos con la delimitación de la conducta y de la reacción jurídico-penal, conforme a la ley penal. Allí se agota el poder de definición de la dogmática jurídico-penal en la dirección de la política criminal [157].

En tal sentido, la proyección se verifica en dos direcciones: por un lado, la dogmática se proyecta hacia la Política penal, pues la construcción dogmática exhibe las deficiencias del texto que interpreta y así se proyecta hacia la política penal facilitándole la decisión política, obligándola a que exprese sus decisiones con mayor perfección. Por otro lado, la Política penal se proyecta sobre la dogmática, pues ayuda a comprender el alcance teleológico de la norma e intenta adaptar las variables impuestas por la dinámica social.

5) Criminología crítica y Política criminal: nuevos debates epistemológicos y contornos ideológicos

A continuación se comentará, como último epígrafe de este capítulo inicial, y para completar con nuevos elementos el debate gnoseológico sobre el estatus de la Política criminal, el importante trabajo de Alessandro Baratta, *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social* (1998). Baratta comienza por poner de manifiesto que la *Política criminal* es una expresión ya de por sí compleja y problemática, al haber poseído históricamente una

finalidad unívoca (el control de la criminalidad) pero un instrumental indeterminable (pues sólo es definible negativamente).

Como más adelante se verá, una de las controversias más importantes que se han verificado en este terreno, reside la oposición de la falsa alternativa entre *política de la seguridad* y *política social*. En efecto, destaca Baratta que semejante contraposición no es lógica sino ideológica¹⁹ y...

[...] no sirve para esclarecer sino para confundir relaciones conceptuales elementales que están en la base del sistema de las normas y de los principios propios de la Constitución de los Estados Sociales de Derecho. Esto en general es verdadero, e incluso produce efectos particularmente graves cuando aquella alternativa viene aplicada a la política criminal. El concepto de política criminal, en razón de estos efectos, además de ser complejo y problemático, se torna inclusive un concepto ideológico» [*op. cit.*: 28].

Por ello, agrega Baratta, al funcionar la ideología sustituyendo los conceptos por *clichés* su forma de operar resulta un instrumento principal de legitimación y reproducción de la realidad social. Es así como, por ejemplo, al sustantivo seguridad se agregan los adjetivos *nacional*, *pública* o *ciudadana* empleándose connotaciones colectivas y no personales de la seguridad;

[...] es decir, no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de los sujetos individuales, cualquiera sea su posición en el contexto social, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad²⁰ [...]. El adjetivo, por así decirlo, es-

19. Empleando «ideología» en el sentido de una construcción discursiva de hechos sociales apta para producir una falsa conciencia en los actores y en el público (*op. cit.*: 29).

20. De cada una de las tres adjetivaciones del concepto «seguridad», Baratta recuerda que «de la doctrina de la *seguridad nacional* queda todavía el trágico recuerdo en América Latina, de los años setenta y ochenta, cuando la ideología autoritaria inspirada en el principio schmittiano del amigo-enemigo, sirvió para sostener no solamente un derecho penal del enemigo, cuyas señales todavía están presentes incluso en los Estados con regímenes formalmente democráticos sino, sobre todo, un sistema penal ilegal, paralelo al legal, y mucho más sanguinario y efectivo que este último: un verdadero y propio terrorismo de estado, como aquél que se desarrolló en las dictaduras militares del Cono Sur. Por su parte, la doctrina de la *seguridad pública*, marca fuertemente la historia del derecho penal en Europa y, al interior de ésta, representa el continuo compromiso entre la tradición liberal y la de carácter autoritario, entre el Estado de Derecho y el Estado de policía o de la prevención, entre la política del derecho penal y la política de orden público. Mas prometedora, también, entre otras razones porque es más reciente, es la concepción de la *seguridad ciudadana*, que atribuye a la política criminal, por primera vez, una dimensión local, participativa, multidisciplinaria, pluriagencial, y que representa quizá un resultado histórico del actual movimiento de la nueva prevención» (*op. cit.*: 29-30).

trangula al sustantivo. Desde el punto de vista jurídico, pero también desde el punto de vista psicológico, «seguros» pueden y deberían ser, sobre todo, los sujetos portadores de derechos fundamentales universales [*op. cit.*: 29-30].

Continúa Baratta destacando que el claro empleo ideológico que estos conceptos han recibido, ha provocado que se hable de seguridad pública, y hoy incluso, seguridad ciudadana, siempre y sólo en relación con lugares públicos y de visibilidad pública o en relación con un pequeño número de delitos que entran en la llamada criminalidad tradicional, que están en el centro del estereotipo de criminalidad existente en el sentido común y son dominantes en la alarma social y en el miedo a la criminalidad.

En la opinión pública y en los medios de comunicación de masas, estos delitos son caracterizados por una regular repartición de papeles de la víctima y del agresor, respectivamente, en los grupos sociales garantizados y «respectables» y en aquellos marginales y «peligrosos» (extranjeros, jóvenes, tóxicodependientes, pobres, sin familia, sin trabajo, o sin una calificación profesional). Las situaciones de riesgo, a menudo gravísimas que sufren mujeres y niños en el sector doméstico, las limitaciones de los derechos económicos y sociales de los cuales son víctimas sujetos pertenecientes a los grupos marginales y «peligrosos» no inciden en el cálculo de la seguridad ciudadana; delitos económicos, ecológicos, de corrupción, desviaciones criminales al interior de órganos civiles y militares, así como connivencias delictuosas por parte de los detentores del poder político y económico con la mafia, hacen parte de la *cuestión moral* pero no tanto de la seguridad ciudadana [*op. cit.*: 31].

De ahí, entonces, la ambigüedad ideológica del concepto de Política criminal, lo cual aun se acentúa todavía más cuando se pone en relación con el de Política social. Como destaca Baratta, la orientación de la Política criminal hacia la Política de seguridad o hacia la Política social, es una falsa alternativa. Y ello es así, no sólo porque con la criminalización de la Política social la alternativa desaparece, sino también porque es un concepto estrecho y selectivo de seguridad que condiciona el de Política social, el cual, en un marco constitucional social debe corresponderse a una concepción integral de la protección y de la seguridad de los derechos.

Más adelante, Baratta comienza el repaso histórico del concepto de Política criminal, su significado lisztiano y la entrada en crisis en la Europa de los años de 1960 del «modelo integrado de Ciencias Penales» que Von Liszt programara a finales del siglo XIX (que será analizado en el próximo capítulo). Es a partir de esa crisis cuando las hasta ahora denominadas «ciencias pe-

nales» van a experimentar importantes transformaciones. A partir de ese momento,

[...] la sociología criminal no es más, según la «nueva» perspectiva, una ciencia auxiliar de la dogmática penal y de la política criminal oficial; su punto de vista deja así de ser interno para convertirse en externo al sistema de la justicia criminal. Éste se convierte en el objeto de un saber que cada vez más se aleja de la criminología tradicional y se aproxima a una teoría y a una sociología del derecho penal, ambas en el vasto sentido de la palabra, refiriéndose no solamente a los procesos institucionales de criminalización, sino también a aquellos informales, como las reacciones de la opinión pública y «publicada», y extendiéndose, al menos potencialmente, a la dogmática del derecho penal, considerada en su rol de instancia constitutiva del sistema [*op. cit.*: 40].

Ello marca el momento constitutivo de un segundo modelo integrado de las ciencias penales: el que resulta del concurso de la dogmática, teoría y sociología del derecho penal, cuando la componente criminológica no corresponde más al paradigma etiológico, sino al paradigma de la reacción social. Este modelo es claramente diferente, como después se verá, del modelo integrado de Ciencias penales de Von Liszt pues el punto de vista de la nueva criminología ya no es más *interno* (y por ello, auxiliar al sistema), sino *externo* al mismo.

Ello significa que las definiciones del comportamiento criminal producidas por las instancias del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común), no son asumidas como punto de partida, sino como problema y objeto de averiguación, y son estudiadas en el contexto más general de la teoría, de la historia y del análisis contemporáneo de la estructura social [*op. cit.*: 40].

De un modelo semejante, basado en las contribuciones principales de la Criminología crítica, resultará un *discurso científico* y una *praxis política* que hacen posibles el nacimiento de dos controles diversos y corresponsables: *un control interno* al sistema de justicia penal, de tipo formal y jurídico sobre la correspondencia entre la realidad del sistema y los principios de igualdad, libertad y legalidad (y otro del derecho penal liberal fruto de las promesas de la Modernidad); y *un control externo* basado sobre criterios de justicia material y políticos que se refieren a los efectos externos del sistema (tales como la selección y defensa de los bienes jurídicos y la relación entre beneficios y costos sociales de la intervención del sistema penal).

La ruptura con la tradicional forma de entender las Ciencias penales en general —y la Criminología y la Política criminal, en particular— es absoluta. Añade Baratta al respecto,

[...] sostengo que no existe futuro para una disciplina que pretenda encerrar dentro de su propia gramática todas las dimensiones comportamentales de la *cuestión criminal*, es decir, todas las situaciones de violencia y de violaciones de los derechos, así como también de todos los problemas y conflictos sociales que se refieren a la misma [*op. cit.*: 44].

En consecuencia, el «modelo integrado» al que se alude, sólo puede estar orientado por un norte específico que tome a las personas como verdaderos «sujetos» y no como «objetos» (ni siquiera, de estudio); ese norte, no es otro que el de la satisfacción de sus necesidades básicas o, en otro lenguaje, de sus derechos más fundamentales. Y, en semejante tarea, el derecho penal tan sólo, y en el mejor de los casos, puede sólo jugar un papel «mínimo». El *Derecho penal mínimo*, como única consecuencia político-criminal de los Estados Sociales y Constitucionales de Derecho, pasará a ser entendido como la parte residual de la política penal que queda dentro del sistema de una *Política integral de protección de derechos*. El salto de una Política criminal (en el tradicional sentido de la palabra), a otra como la mencionada, constituye un desafío a perseguir en las modernas sociedades democráticas. Conviene escuchar textualmente las palabras de Baratta:

La criminalización de la política social es una consecuencia de la centralidad que la cuestión criminal ha adquirido en la cultura de la política y en el imaginario colectivo. La investigación acerca del sentimiento de inseguridad y de alarma social por la criminalidad, ha revelado la capacidad del crimen de canalizar (más allá de los límites de la amenaza real que representa), el ansia y la insatisfacción debidas a la emergencia de otros problemas sociales, distorsionándose así la percepción de ellos. La emergencia criminal, incluso en las situaciones en que tiene correspondencia con la realidad, produce un oscurecimiento de otras emergencias no menos graves. Para favorecer la emancipación de la cultura de la política de la cultura de lo penal, puede servir un esfuerzo conjunto de la fantasía de los juristas y de la imaginación colectiva, dirigido a una relectura radical de todas las necesidades y de todas las emergencias a través del sistema de los derechos fundamentales y de la arquitectura normativa de la Constitución. No se trata solamente de diseñar el derecho penal de la Constitución, aunque esto es una tarea preliminar a realizar; se trata de redefinir la política a la luz del

diseño constitucional, como política de realización de los derechos [*op. cit.*: 72].

Baratta va finalizando su exposición reconociendo un cambio en sus propias posiciones al tratar de reconocer —de «integrar»— un principio de coordinación entre todas las ópticas disciplinarias y todas las agencias, penales y no penales, del Estado, de los entes locales y de la sociedad civil, que permitiese no sólo la autonomía, sino también la coexistencia y la colaboración, el aprender recíproco entre las diversas competencias, en la visión y en el tratamiento de los eventos. Adoptando entonces lo que él mismo denomina un «*tercer modelo de integración entre los discursos científicos*»²¹ (cfr. *op. cit.*: 76), empleando el canon de la multidisciplinariedad y de la multiagencialidad, y teniendo presente el alto grado de diferenciación al cual puede llegar el instrumental del derecho penal, piensa que es posible llegar a proponer estrategias de protección de los derechos que integren y coordinen también intervenciones penales, cuando éstas sean inevitables, con otras intervenciones que provengan de los saberes y de las agencias más diversas.

Para terminar este capítulo, puede resultar oportuno hacerlo con la auténtica propuesta de índole político-criminal promovida por Baratta quien, con toda claridad, si es que se quiere hablar en estrictos términos político-criminales, señala que sólo el derecho penal *mínimo* es el derecho penal de la Constitución. Y ello porque semejante propuesta es la que representa el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos cuando esa intervención se considere inevitable para responder reactivamente a las gravísimas violaciones de derechos fundamentales.

En cuanto derecho penal de la Constitución, el derecho penal mínimo es una continua, vigilante e imaginativa obra de control del sistema penal [...]; una obra que se dirige a realizar los principios constitucionales en materia penal y los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el análisis crítico del sistema penal [...]. La fuerza y no la debilidad del derecho penal mínimo deriva de su voluntad de permanecer realmente *mínimo*, pagando de buen grado su posible eficacia real con la renuncia programática a programas de acción imposibles y a su eficacia sólo aparente o simbólica. El derecho penal mínimo puede serlo porque, sin ocupar el espacio de competencia de otras respues-

21. «Como el lisztiano e, igualmente, de aquel realizado hasta ahora por la intervención de la Criminología crítica» (Baratta *op. cit.*: 76).

tas preventivas y de otras respuestas reactivas (restitutivas, compensatorias o de otra naturaleza), reconoce la eficacia y respeta la competencia de éstas. El derecho penal mínimo actúa con sabiduría y con modestia en el contexto general de la política de protección de los derechos. Es fuerte porque sabe ser mínimo; sabe ser mínimo porque sabe que no está sólo en la acción de defensa de derechos [*op. cit.*: 76-77].

* * *

Conviene señalar que el recorrido cronológico, conceptual y terminológico que se ha hecho en este primer Capítulo acerca de los significados de las expresiones «política», «política criminal», «política penal», etc., ha tenido como finalidad, precisamente, mostrar tan sólo alguno de los usos, de los velos ideológicos y de los significados guardados tras esas expresiones. Naturalmente, ahora es tiempo de iniciar «la historia del presente» de semejantes términos. Sólo rastreándolos en sus raíces genealógicas, se podrá intentar comprender de un modo mucho más acabado la historia político-criminal y los principales sucesos —algunos, verdaderamente «criminales»— que la han poblado.

•