

CRIMINOLOGÍA, GARANTISMO Y TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENSAYO SOBRE EL EJERCICIO DE LOS PODERES PUNITIVOS*

SALO DE CARVALHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE PORTO ALEGRE

Resumen: Este artículo procura analizar los paradigmas contemporáneos sobre la proyección jurídica de la criminología, en especial centrándose en el garantismo penal de LUIGI FERRAJOLI, a partir del cruce y la conexión con la teoría crítica de los derechos humanos (de autores, entre otros, como HINKELAMMERT, SÁNCHEZ RUBIO y HERRERA FLORES). La tensión entre el garantismo penal y la teoría crítica de los derechos humanos permite verificar las virtudes y los límites de ambos marcos teóricos, así como las posibilidades concretas de diálogo y de armonización, visualizando y objetivando, como fin último, la reducción de los daños causados por la incidencia siempre excesiva de las agencias del sistema penal.

Palabras clave: derechos humanos, teoría crítica, garantismo, criminología.

El autor: Profesor titular de Derecho Penal y Criminología, Pontificia Universidad Católica, Porto Alegre, Brasil. [salocarvalho@uol.com.br].

Recibido: 10 de febrero de 2009, evaluado: 28 de abril de 2009, aceptado: 29 de mayo de 2009.

* Traducción a cargo de DAVID SÁNCHEZ RUBIO (Universidad de Sevilla, España).

CRIMINOLOGY, GARANTISM AND CRITIC THEORY OF HUMAN RIGHTS: ESSAY ON EXERCISE OF PUNITIVE POWERS

Abstract: The essay analyzes the contemporary paradigms of criminology's juridical projection, especially LUIGI FERRAJOLI'S penal garantism, by comparing it with the critical theory of human rights (HINKELAMMERT, SÁNCHEZ RUBIO and HERRERA FLORES). The tension between penal garantism and the critical theory of human rights allows the identification of virtues and limitations of both theories, as well as concrete possibilities of dialogue and harmony, aiming, eventually, at the reduction of damages caused by the always excessive incidence of penal system agencies.

Keywords: Human rights, critical theory, garantism, criminology.

The author: Professor of Criminal and Penal Law, Pontiffcia Universidad Católica, Porto Alegre, Brasil. [salvo.carvalho@uol.com.br].

Received: February 10, 2009, evaluated: April 28, 2009, accepted: May 29, 2009.

* Translation by: DAVID SÁNCHEZ RUBIO (Universidad de Sevilla, España).

I. CRIMINOLOGÍA, GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

La discusión sobre criminología, derechos humanos y garantismo penal será propuesta a partir de dos vínculos que, desde la perspectiva crítica que orienta esta investigación, permitirán comprender las virtudes y los límites del paradigma garantista en la composición del modelo político-criminal de tutela de los derechos fundamentales.

El primer vínculo puede ser visualizado en el *plano discursivo*, esto es, en la elaboración teórica, en la comprensión y en el reconocimiento de los derechos humanos como derechos y garantías de las personas. En este sentido, el discurso de la Modernidad sobre los derechos individuales encuentra refugio y correspondencia en el garantismo penal clásico – concepción teórica ilustrada del derecho penal, del proceso penal y de la política criminal centrada en la búsqueda de limitación del poder estatal punitivo a través de la radicalización de los principios de legalidad de los delitos, de proporcionalidad y de humanidad de las penas y de la jurisdicción de los órganos de decisión.

El segundo vínculo se establece en el *plano de la instrumentalidad*, de las prácticas jurídicas cotidianas. Más allá de los discursos de (des) legitimación de las políticas públicas que afectan los derechos humanos (herramienta proporcionada por el abordaje teórico), el paradigma garantista contemporáneo presenta los mecanismos que deben ser valorados en su (in)idoneidad para impulsar acciones cotidianas de efectividad de derechos.

Por tanto, el objetivo se centra en establecer, desde los puntos de vista teórico (científico) y práctico (político), un diagnóstico sobre las potencialidades del garantismo jurídico. Al subrayarse sus puntos de tensión y concentrarnos en ellos, es posible tanto vislumbrar cuándo el garantismo es capaz de ofrecer respuestas satisfactorias, como apuntar sus incapacidades, con la intención de encontrar alternativas viables para la tutela de los derechos fundamentales e, incluso, eximir

a este modelo analizado de preguntas a las que no está en condiciones de darles respuesta.

II. GARANTISMO CLÁSICO Y LIMITACIÓN DE LAS VIOLENCIAS

Como es notorio desde la perspectiva de la filosofía política, los innumerables actos y las diversas enunciaciones sobre la fundación de la Modernidad estuvieron asociados a la idea básica de la necesidad de diluir y de contener a los poderes, principalmente a los punitivos. La experiencia proporcionada por los sistemas penales de la Baja Edad Media puso en marcha procesos políticos emancipadores y reforzó movimientos intelectuales críticos sobre la legitimidad y el ejercicio represivo de las agencias inquisidoras punitivas.

No por otra razón, con la invención (en sentido genealógico) de los derechos humanos por parte del liberalismo político, el papel otorgado al derecho penal, al proceso penal y a la política criminal fue el de construir barreras al poder punitivo, limitando al máximo su intervención. El sistema clásico de tutela de derechos y de garantías individuales a través de la acción inhibitoria de los discursos penal y procesal penal armonizó plenamente aquella concepción omisiva del Estado liberal.

La matriz contractual facilitó a la filosofía política el discurso necesario para la legitimación del poder punitivo. Si en el estado de naturaleza o de *lupus naturalis*, en razón de la insaciabilidad de sus deseos y de la limitación de los objetos de satisfacción (deseos ilimitados, bienes limitados), se impone la ley del más fuerte, al ser negada esta primera naturaleza surge como posibilidad de superación la necesidad de intervención externa. El objetivo de este límite exterior sería el que cesara el estado de guerra que sucedería a la acumulación y a la reproducción infinita de la violencia. El Estado, como producto del pacto social libremente firmado por todos los miembros de la comunidad, anularía/limitaría la barbarie en lo humano, trazando el rumbo hacia la conquista de la civilización (proceso civilizador). La respuesta pública (pena estatal) a los daños provocados a las personas por las agresiones y las perversidades remanentes en lo humano (violencias y restos de barbarie) afirmaríala de forma categórica la opción de la comunidad por la civilización. Civilización y barbarie serían la cara y la contra-cara de la condición humana en el Mundo Moderno.

Por tanto, al Estado liberal es impuesta la responsabilidad de limitar dos formas diversas de agresión, dos distintos deseos (voluntades) de violencia: la *violencia privada*, reflejada en el daño individual provocado por el deseo del *lupus naturalis* de gozar de bienes (materiales e inmateriales) inaccesibles por su escasez o concurrente con el exceso pasional introducido por las reacciones ilegítimas (justicia privada); y la *violencia pública*, verificable por medio del abuso de poder (voluntad de sancionar) de las agencias represivas del *lupus artificialis* a través de los ejercicios legítimos (WEBER) o ilegítimos (derecho penal subterráneo o de terror) de las violencias.

III. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES

Con la transformación política y económica del Estado Moderno, las perspectivas sobre la marcha del proceso civilizador fueron modificadas. La necesidad de intervención en la realidad social, en detrimento de la posición absentista adquirida por las instituciones públicas del liberalismo, amplía el papel y los intereses del Estado y fomenta el crecimiento de su burocracia. Además, se nota que la incorporación contemporánea de la idea de riesgo por parte de las instituciones maximizó las formas de intervención político-criminal, produciendo, en el plano dogmático, la administrativización del derecho y del proceso penal.

Asimismo, se amplía la idea de derechos fundamentales, sobrepasando la limitación original impuesta por los derechos individuales. El proceso de creación, reconocimiento y efectividad de los derechos colectivos (derechos sociales y trans-individuales) operó un profundo cambio en las esferas de intervención estatal. Si la reacción de los movimientos ilustrados contra las prácticas inquisitoriales presupone un modelo rígido de garantías como límite al poder punitivo arbitrario y que consolida el derecho y el proceso penal como mecanismos de contención, la segunda era de los derechos (BOBBIO), al mismo tiempo que fragmenta (descaracteriza la unidad), maximiza la axiología de principios originaria con la inclusión de nuevos bienes posibles de reconocimiento y de tutela.

La expansión de la intervención en materia penal de intervención ocurre en dos niveles, tal como he planteado en mi artículo "A Ferida

Narcísica do Direito Penal”: (a) ampliación de los horizontes de criminalización (criminalización primaria), y (b) alteración de los fundamentos del *ius puniendi* (derecho de punir o castigar). Ambas perspectivas operan en el sentido de otorgar una nueva legitimidad a la acción de las agencias sancionadoras (agencias legislativas, judiciales y ejecutivas).

IV. NUEVOS DERECHOS Y DEMANDA DE TUTELA PENAL

En el ámbito de la *criminalización primaria*, el incremento y la densificación de la punibilidad ocurre con la creación de nuevos tipos penales que incriminan con el objetivo de proteger los nuevos valores y los nuevos intereses que han alcanzado la categoría de bienes jurídico-penales. Paralelamente al reconocimiento formal (jurídico) de los derechos sociales por parte de los órganos estatales, las políticas públicas son elaboradas para su efectividad. Véase por ejemplo la consolidación legal de los derechos de los trabajadores y de carácter previdencial y la creación de agencias estatales de fomento para hacerlos efectivos. No obstante, además de esta prestación positiva proporcionada por los poderes en el ámbito de la administración pública, al derecho penal se le encarga la tarea de proteger estos nuevos bienes jurídicos. En este cuadro son tipificados los crímenes contra la organización del trabajo y contra la previsión social.

La legitimación del derecho penal como instrumento idóneo para la protección y la efectividad de los derechos sociales y trans-individuales deriva de la concepción romántica que le atribuye, como misión, la tutela de bienes jurídicos. Obsérvese, en la dimensión justificativa de protección de los derechos humanos, la ampliación del rol de las conductas punibles y, consecuentemente, del horizonte de proyección de la punición. Se verifica, dentro de la transformación del modelo jurídico-penal liberal, la primera expresión de reversibilidad ideológica.

V. PELIGROSIDAD Y DEFENSA SOCIAL

En el periodo de entreguerras, simultáneamente con la maximización del derecho penal en la esfera de los derechos sociales y transindivi-

duales, el escenario punitivo asistió a la elaboración de modelos de intervención autoritarios que marcaron serias transformaciones del derecho penal y procesal penal durante el siglo xx y que son recuperados y reanimados en la actualidad, sobre todo a través de las doctrinas de excepción del funcionalismo penal del enemigo. Conforme enseña JUAN RAMÓN CAPELLA, “en la fase de experimentación e innovación de entreguerras se extendió una ambivalente ideología penal preventiva, paternalista en el mejor de los casos, que hacía hincapié en el concepto de ‘peligrosidad social’; en ella hay fuertes elementos de una concepción penal totalitaria” (CAPELLA, 1997, p. 223).

Los modelos de peligrosidad individual o social típicos de las doctrinas de defensa social e inspirados en el tipo ideal lombrosiano crean estatutos penales de cuño behaviorista antiseccularizados. Si la limitación del poder punitivo en el discurso liberal-ilustrado se armoniza con el discurso de los derechos humanos en aras del respeto de la diversidad del otro y que resulta de la radical separación entre derecho y moral –el delito deja de ser considerado *quia peccatum* para, desde el postulado de legalidad, adquirir carácter de *quia prohibitum*–, las doctrinas de defensa social sustancializan y ontologizan el delito. Con este cuadro, más allá de la legalidad y de la ofensa concreta a los bienes jurídicos, el desvío se cualifica por el carácter inmoral y antisocial de la conducta. La apertura de los tipos de incriminación produce una ruptura en los mecanismos formales de limitación de la punición, cuyo efecto será la potencialización del poder de coacción directa (poder de policía), estado óptimo del derecho penal de excepción¹.

¹ Según CAPELLA, “la idea de ‘peligrosidad social’, esto es, de que determinadas personas son predelinquentes aunque jamás hayan delinquido, no es del todo extraña a la cultura jurídica del Estado gendarme. En realidad es expresión suya la fantasía lombrosiana del ‘criminal nato’” (CAPELLA, 1997, p. 224). Tales mutaciones sustancializadoras reviven modelos de excepción, que en la actualidad se identifican con el *paradigma del enemigo*: “questa mutazione colpisce innanzitutto la configurazione della fattispecie punibile. E si esprime in un’accentuata personalizzazione del diritto penale dell’emergenza, che è assai più un diritto penale del reo che un diritto penale del reato [...] E si configura tendenzialmente come un reato di status, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni referite alla soggettività eversiva o sos-

VI. UNA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES

En lo que respecta a los *fundamentos del derecho de punir o sancionar*, el liberalismo penal había consolidado la teoría de la prevención general negativa (BECCARIA y FEUERBACH) según la cual la pena debería actuar como elemento de disuasión del delito a través de la coacción psicológica. La concretización individualizada del *ius puniendi* en el infractor generaría en el cuerpo social no solo el respeto por las normas dictada por el Estado, sino también el temor por la sanción, elementos que si se incorporaban en la cultura disminuirían los índices de criminalidad.

A pesar de todo, el sentido positivo que reciben las acciones de los poderes públicos no permite que el ejercicio del derecho de sancionar esté dirigido únicamente a los ciudadanos que no cometieron crimen alguno, ni tampoco el olvido de la principal pieza del engranaje criminal: el delincuente. Si el objetivo final de la civilización –corporeizada e instrumentalizada por el Estado Moderno, ya sea en su dimensión liberal-absentista o en su dimensión social-intervencionista– es el fortalecimiento de las condiciones formales y materiales que posibiliten a los miembros de la comunidad lograr una plena realización personal (ideal de felicidad), como contrapunto resulta fundamental disminuir cualquier obstáculo al deber idealizado, como son los factores que generan sufrimiento.

Con este panorama, la sanción estatal debe adquirir un sentido positivo, promoviendo no solamente una coacción a quienes no están desviados (temor por la autoridad), sino también proporcionando los medios para que el criminal no incurra nuevamente en la comisión de un delito y sea integrado en y por la comunidad. El ejercicio del derecho de sancionar pasa a ser orientado por la idea de prevención especial positiva. Esto consolida las teorías de resocialización, recuperación y regeneración del criminal elaboradas por medio de la criminología positivista (paradigma etiológico-causal).

tanzialmente antiggiuridica del suo autore. Ne è risultato un modello di antiggiuridicità sostanziale anziché sui reati, e che corrisponde a una vecchia e mai spenta tentazione totalitaria: la concezione ontologica – etica o naturalistica – del reato come male quia peccatum e non solo *quia prohibitum*, e l'idea che si debba punire non per qual che si è fatto ma per quel si è" (FERRAJOLI, 1998, pp. 858 y 859).

VII. REVERSIBILIDAD EN PRIMER GRADO

La paradoja experimentada por los discursos y por las prácticas asociadas al humanismo es la de que si, por un lado, la alteración del papel del Estado proporciona el reconocimiento de nuevos valores, superando la limitada perspectiva individualista, por otro potencia la actuación de las agencias punitivas, que forman un engranaje radical en el mecanismo estatal de control social asociado a la violación de los derechos humanos.

Asimismo, el incremento y la ampliación de los intereses y de los valores a ser protegidos por el Estado se densifican, proporcionando un espectacular giro en el sentido histórico de los derechos humanos. Junto a ello, se acopla el efecto perverso de maximización de la red represivo-punitiva debido a la ingenua conclusión de que el derecho penal sería el instrumento idóneo para tutelar los nuevos bienes jurídicos. Es decir, el Estado social, al convocar a las agencias represivas, les otorga la misión de proteger los nuevos intereses que están fundados en la creencia de su capacidad preventiva.

Sucede que este proceso no se queda limitado solo al impulso de criminalización primaria (elaboración de tipos penales), cuyo efecto será la desregulación de la materia codificada (descodificación). Si el Estado debe intervenir para proteger futuras ofensas a los bienes jurídicos, tal perspectiva no se restringe únicamente a los nuevos valores y a la esfera normativa. La intervención debe ser amplia: en el ámbito legal se debe atender la coacción psicológica de los no desviados (teorías de prevención general negativa), inhibiendo al cuerpo social de la práctica delictiva a través del temor a la pena; y en el plano ejecutivo se debe atender al autor del crimen, creando las condiciones para la actuación del cuerpo criminológico sobre la persona desviada, con el objetivo de su rehabilitación (teorías sobre la prevención especial positiva), de forma que no vuelva a delinquir.

Dentro de estos dos ámbitos de intervención investigados (criminalización primaria y punición)² se verifica la *inversión ideológica*

² La criminalización secundaria –incidencia de las agencias sancionadoras– deja de ser abordada en este estudio. Esta investigación tampoco recae ni se centra en la desigual operacionalización de la represión penal, o en la inmunización

del discurso de los derechos humanos, entendiéndose por reversibilidad “a condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si” (SÁNCHEZ RUBIO, 2006, p. 23). Tal diagnóstico es posible por la amplia literatura crítica en criminología producida durante el siglo pasado, desde la crítica a las funciones declaradas y a las realmente ejercidas por las agencias penales, sobre todo las instituciones totales (MELOSSI, PAVARINI, BARATTA), hasta la ruptura que la expansión del derecho penal generó en los sistemas de garantías penales y procesales penales (FERRAJOLI, HASSEMER, ZAFFARONI).

VIII. LA REVERSIBILIDAD DEL DERECHO

SÁNCHEZ RUBIO anota que la condición de reversibilidad del derecho es un aspecto importante que merece ser considerado, principalmente cuando se pretende obtener (o no obtener) acciones institucionales conformes (o contrarias) a proyectos de justicia. El fenómeno de la reversibilidad gana amplitud cuando diagnostica el hecho de que las personas comunes y los profesionales del derecho (inclusive se acrecienta en algunos sectores críticos) padecen de una confianza casi ingenua en lo referido al nivel jurídico-positivo de los ordenamientos, olvidando e ignorando las tramas sociales de dominación y de imperio que constituyen el paradigma normativo (SÁNCHEZ RUBIO, 2006, pp. 23 y 24).

Innegablemente se tiene que considerar como bueno y saludable el proceso de positivación de los derechos humanos, ya que posibilitó el reconocimiento por parte de las instituciones y la creación de meca-

de determinados grupos y actores sociales de los procesos de criminalización. Lógicamente tales factores son extremadamente ricos para la verificabilidad de los niveles de adecuación de las prácticas punitivas con los valores humanitarios – no por otro motivo es el tema central en el análisis criminológico. Aún más, este aspecto no fue privilegiado por ser este tipo de violación de los derechos humanos fruto de la operacionalización del sistema, entendido, desde el discurso oficial, como una disfunción. Por el contrario, el objetivo de esta pesquisa es el de demostrar cómo los discursos ganan reversibilidad en su propia lógica, esto es, de qué manera producen violaciones de derechos humanos incluso actuando de manera óptima y correcta según lo que está programado oficialmente.

nismos (garantías) formales para su protección y efectividad. Además, es muy importante dejar claro que en ningún momento “se cuestiona el Estado de derecho, ni la constitución ni los derechos reconocidos, sino su funcionamiento automático, su lógica de aplicación que puede llegar a anular el reconocimiento de la capacidad que el ser humano posee de ser sujeto de derechos. Lo formal, absolutizado, es la fachada de una realidad que vulnera en su funcionamiento la capacidad de lucha de los sujetos” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, pp. 258 y 259).

Resulta fundamental tener presente, cuando se opera con el poder, es decir, con las violencias organizadas e institucionalizadas dirigidas contra personas y colectivos vulnerables, la alta capacidad de mutación del discurso y de las prácticas (reversibilidad). En el ámbito de la actuación de las agencias punitivas el presupuesto de respeto mínimo de los derechos humanos se traduce en la inflexible vigilancia de su actuar cotidiano, porque al actuar y trabajar con la violencia, las posibilidades de extralimitación del poder son constantes.

Si en el paradigma liberal orientado por el proyecto de actuación episódica del derecho penal es posible notar la frecuencia del desbordamiento de las prácticas punitivas, con la expansión operada por el Estado intervencionista la patología gana más legitimidad.

Por tanto, parece que los puntos nodales en la discusión entre derechos humanos, criminología, política criminal y derecho penal radican en dos concepciones distintas sobre el Estado y sus instituciones: la *concepción optimista* (romántica) de los poderes (punitivos), que presupone como legítimas sus acciones y omisiones que tienden a la efectividad de los derechos humanos –el Estado, como entidad derivada del contrato social, creará las condiciones de anulación de las perversidades del hombre natural y desarrollará el proceso civilizador–; y la *concepción pesimista* (trágica) de los poderes, que presupone una violencia contra los derechos humanos en su actuación (derechos individuales) u omisión (derechos colectivos) –el *lupus artificialis*, detentor de deseos y voluntades de violencia, lejos de anular las perversidades del *lupus naturalis*, las potencia porque son creadas y operadas por él–.

IX. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LAS INSTITUCIONES

La teoría tradicional de los derechos humanos, fundada en la perspectiva romántica relativa a las virtudes de los poderes constituidos

por los Estados modernos (legislativo, ejecutivo y judicial), presupone que la normatividad de los derechos y la previsión de las garantías son suficientes para frenar o anular los excesos de las agencias punitivas. El efecto perverso de la incorporación acrítica de esta concepción de la filosofía política es el de retornar de forma consensuada a la idea de que los derechos constituyen unos *status* individuales y colectivos otorgados por el *lupus artificialis* a la ciudadanía. En lugar de ser concebidos como derechos sometidos a la creación y al reconocimiento por medio del proceso histórico, los derechos humanos son invariablemente confundidos con beneficios que el poder público concede.

Por esta razón, en el seno de las instituciones (y en sus operadores) se desarrolla el sentimiento de que ellas mismas son titulares de derechos a los que los ciudadanos deben someterse y deben respeto (obligaciones). Además, en la confrontación entre ambos (derechos de la ciudadanía y derechos de las instituciones), los criterios dogmáticos de interpretación y de resolución de los conflictos (ponderación de valores), de manera invariable predominan los valores e intereses del Príncipe (interés público o del Estado), sacrificando los principios que protegen a los ciudadanos.

La absolutización de los intereses de las agencias punitivas (voluntad de sancionar) en detrimento de los derechos humanos, como sucedáneo de la concepción optimista en relación con el ejercicio de los poderes públicos, igualmente deriva de los modelos teóricos (Teoría del Estado y Teoría de la Constitución) que jerarquizan y relativizan derechos. Asimismo, si los principios son susceptibles de relativización, pueden ser sacrificados en nombre del *orden* y del *interés público*, del *bien común* –(meta)reglas apócrifas legitimadoras de las lesiones a los derechos fundamentales–.

SÁNCHEZ RUBIO, al analizar las tesis de la jerarquización y de la imposibilidad fáctica de la plena realización de los derechos, sostiene:

estos dos problemas obligan siempre a establecer y definir un criterio de preferencias, un orden de prelación que establezca cuáles son los derechos vigentes y qué derecho o qué conjunto de derechos tienen prioridad sobre el resto, en el caso de que colisionen entre sí. El sistema político y jurídico establece, por tanto, un conjunto jerarquizado y organizado de derechos humanos, en donde un derecho o un grupo de derechos se consideran a priori como derechos fundamentales que mediatizan y relati-

vizan al resto. Se convierten en principio de jerarquización de todos los demás. Su superioridad impide que ese derecho o grupo de derechos fundamentales se pueda sacrificar por otros derechos. El resto, en cambio, como se relativiza, sí son sacrificables (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 252).

Los grados de reversibilidad del discurso y de inversión ideológica del sentido histórico de los derechos humanos en el campo de las prácticas punitivas son perceptibles con la mayor o la menor apropiación de los derechos de la colectividad o el uso de los derechos de las instituciones como justificación de las lesiones de los derechos fundamentales de sospechosos, reos y condenados (pensando específicamente en el ámbito criminal). No por otro motivo se puede notar, en las motivaciones de las medidas de coacción, el esfuerzo por tornar natural la absorción de los intereses de la colectividad por parte del Estado (penal).

Al valorarse y legitimarse la ruptura de los derechos de los individuos y de los grupos sociales desde el mismo discurso de los derechos humanos, contraponiendo individuos, sociedad y/o Estado, las instituciones punitivas ocultan la satisfacción de sus propios intereses, los deseos de castigar del *lupus artificialis*. En estos casos es posible diagnosticar en el máximo nivel el proceso de reversibilidad y de inversión que esencializan los Estados contemporáneos.

LÓPEZ CALERA, al valorar los aspectos negativos concretos que conforman las filosofías sustancialistas (no sustancializadoras) del Estado, constata:

... nadie, por más que tenga los ojos cerrados, dejará de reconocer que en los últimos tiempos el Estado ha ido afirmándose sobre el individuo y, esto es lo grave, de manera injusta. La amplia y ambigua utilización de categorías como "interés del Estado" o "interés público" han producido graves daños a los derechos individuales. Esa expansión negativa del Estado no es ya una característica propia de las dictaduras, en las que se llega a los extremos más radicales e injustos, sino que con desgraciada frecuencia está afectando también a los Estados democráticos de Derecho (LÓPEZ CALERA, 1992, pp. 64 y 65).

X. LAS CONSECUENCIAS DE LA JERARQUIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Extrañamente natural resulta verificar la demanda del derecho penal y la contraposición entre los derechos, no solo en el ámbito de las

prácticas formales punitivas y de represión de la desviación sancionable, sino también en el discurso de los agentes y de los movimientos sociales de defensa de los derechos humanos. Por tanto, no es difícil explicar la convalidación y el consentimiento de las lesiones y las limitaciones a los derechos individuales en nombre de la eficacia de los colectivos o las instituciones.

Según esta perspectiva sobre la inexistencia de derechos absolutos –tesis que invariablemente solo afecta a los derechos de primera generación–, cuando se da una contraposición entre intereses individuales y colectivos y/o institucionales, los criterios de resolución permitirían la relativización de aquellos (individuales) en nombre del predominio de estos (colectivos o institucionales). Por tanto, los principios de garantía de los derechos individuales serían preteridos en relación con los demás, siendo momentáneamente apartados como una forma de asegurar la efectividad de los intereses sociales/públicos.

El primer equívoco en esta concepción es que percibe los derechos y las garantías individuales como de naturaleza privada, de carácter egoísta, y también de tutela y de propiedad exclusiva del sujeto que postula su reconocimiento y respeto. Entre las innumerables dimensiones posibles de los derechos humanos, el denominador común característico es su dimensión pública. Asimismo, debido a que es de interés público la tutela de los derechos de los colectivos (p. ej., derecho al trabajo, a la educación, a la salud) y de los derechos transindividuales (p. ej., derecho al medio ambiente equilibrado, al patrimonio cultural y artístico), el celo por los principios que consagran el debido proceso (justa defensa, paridad de armas y posibilidades, doble grado de jurisdicción, presunción de inocencia, prohibición de la doble incriminación, fundamentación de las decisiones, juez natural e imparcial, prohibición de las pruebas ilícitas) y del derecho penal de garantías (legalidad de los delitos y las penas, claridad, tasación y anterioridad de la ley penal, proporcionalidad y humanidad de las penas, responsabilidad penal personal y subjetiva)³ corresponde a uno de los pila-

³ FERRAJOLI presenta once categorías que caracterizan el sistema garantista: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Cada una, exceptuando la primera, designa condiciones necesarias para la atribución de la pena.

res que sustentan a los Estados democráticos de derecho. El interés público de resguardar los derechos de las personas pasa, inexorablemente, por la opción de no someter a los ciudadanos a la experiencia degradante del proceso o de la pena sin el riguroso respeto de las reglas de juego.

El segundo equívoco cuando se jerarquizan los derechos humanos, estableciéndose criterios de prevalencia de las segunda, tercera y cuarta generación de los derechos humanos en detrimento de la primera, es el de producir su fragmentación metodológica, reduciendo en cualidad y en cantidad los derechos individuales. Esta situación se potencia por los textos constitucionales contemporáneos, principalmente por el predominio de la noción generacional sugerida por BOBBIO (1997, pp. 45 a 65). Por tanto, el constitucionalismo tradicional gradúa y desdobra los derechos en segmentos propios, definiendo no solo la estética de las constituciones actuales sino también el contenido del lenguaje y del discurso sobre los derechos humanos.

Desde una perspectiva crítica, no puede existir una conclusión diversa a la de la imposibilidad de la jerarquización y de la confrontación entre derechos individuales, derechos colectivos y/o transindividuales, o incluso de que no predominen los derechos de las instituciones

Los axiomas no expresan proposiciones asertivas sino prescriptivas. Se trata de implicaciones deónticas y suponen una opción ético-política en favor de los valores normativamente tutelados. Cada implicación deóntica (principios) que se compone a partir de las categorías enuncia condiciones *sine qua non* para la imputación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena, es decir, una condición necesaria en cuya ausencia no está permitido, o está prohibido, castigar.

Las condiciones tienen naturaleza penal (delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad) y procesal (juicio, acusación, prueba y defensa).

La conformación del modelo penal de garantías resulta de la adopción de diez principios axiológicos fundamentales, que no se derivan entre sí y que continúan la tradición ilustrada: a) *nulla poena sine crimine*; b) *nullum crimen sine lege*; c) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; d) *nulla necessitas sine iniuria*; e) *nulla iniuria sine actione*; f) *nulla actio sine culpa*; g) *nulla culpa sine iudicio*; h) *nullum iudicium sine accusatione*; i) *nulla accusatio sine probatione*; j) *nulla probatio sine defensione*. Los principios, ordenados y conectados sistemáticamente, definen las reglas de juego fundamentales en el derecho y en el proceso penal, y se convierten en los principios jurídicos del Estado de Derecho (FERRAJOLI, 1998, pp. 68 y 69).

sobre los demás. El vicio potenciado por la perspectiva generacional, cuya virtud es meramente didáctico-metodológica, es que compartimentaliza los derechos, fragmentando su unidad y creando falsas dicotomías, como si fuese posible, por ejemplo, tutelar los derechos sociales sin estar garantizados los derechos individuales.

El criterio de elección de los valores que deben ser sacrificados o preservados,

sea en términos de principios, de derecho natural o de ordenamiento jurídico estatal, acaba siendo la repetición de viejas prácticas de elección ideológica de un discurso simbólico, que se tiene como correcto, con capacidad de justificar todo el sistema cuando en realidad se basa en fórmulas vacías que cumplen la función de legitimar determinado poder instituido (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 250).

La escisión inherente a la idea generacional conduce a la contraposición de los titulares de los derechos, creando una falsa oposición que se convierte en una situación contenciosa fáctica entre individuos (titulares de los derechos individuales) y la sociedad civil (titular de los derechos sociales y transindividuales), así como entre estos (individuos y/o sociedad civil) y el Estado (que es el instrumento de la efectivización de los derechos y el titular de los derechos institucionales). Este *método de despedazamiento*, típico de la obsoleta concepción cartesiana, que funda la ciencia moderna, y que obtiene como efecto una concepción beligerante entre los intereses reivindicados y entre sus legítimos titulares, oscurece el pensamiento y la acción volcada a la efectividad de los derechos humanos. A pesar de todo, logra como resultado la legitimidad de los discursos de excepción que absolutizan el combate a la criminalidad y tornan ineficaces los derechos y las garantías individuales.

XI. SUPERACIÓN DE LA CONCEPCIÓN METAFÍSICA DE DERECHOS HUMANOS

Al enfrentarse la concepción tradicional de los derechos humanos con la postura crítica (trágica), se torna fundamental una nueva conceptualización que permita avanzar en dirección a la construcción de prácticas de respeto a la alteridad y a la dignidad de la persona hu-

mana. La marca principal del nuevo modelo teórico, indudablemente, es la superación de la metafísica, que envolvió la idea de los derechos humanos tanto en 1789 como en 1948, y que desdobló las idealizaciones y los formalismos expuestos.

Conforme enseña HERRERA FLORES, “los derechos humanos no son categorías normativas que existen en un mundo ideal que espera ser puesto en práctica por la acción social. Los derechos humanos se van creando y recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad” (HERRERA FLORES, 2000, p. 27).

El vicio metafísico que envuelve la cultura judeo-cristina occidental fomentó unos excesos de normativismo cuyo resultado histórico fue la inversión ideológica de los derechos humanos, los cuales tuvieron un bajo grado de efectividad. A los problemas sustanciales asociados a los criterios artificiales de jerarquización de los derechos, que permiten que se opte por determinados valores e intereses en detrimento de otros, se agregan criterios igualmente ficticios de exclusión de determinados sujetos en cuanto a su posibilidad de acceso a los derechos humanos.

En el campo de las sanciones, los distintos sistemas penales de la Modernidad fomentaron la objetivación de los sujetos criminalizados, secuestrando su capacidad discursiva y sometiéndolos a los laboratorios policiales y criminológicos. Las prácticas investigativas y procesales autoritarias, ofuscadas por el discurso napoleónico de armonización de los sistemas inquisitivo y acusatorio (sistemas mixtos), lograron insertarse en casi la totalidad de los códigos procesales penales de tradición romano-germánica. Asimismo, transformaron al sospechoso-reo en objeto de investigación y, al minimizar su potencial de habla (o de silencio), redujeron al acusado a mero medio de conquista de la verdad (elemento probatorio) en el teatro procesal.

Las experiencias penales y criminológicas, forjadas por los modelos científicos integrales inspirados en la ideología de defensa social, abdicaron del proyecto secularizado de responsabilización del sujeto por los resultados externos de la acción (derecho penal del hecho – *mala prohibita*) para someterlo a la aplicación judicial de la pena basada en valoraciones de su historia y sus opciones de vida, sujetándolo, posteriormente, al laboratorio de las pedagogías reformadoras (derecho penal de autor – *mala in se*).

Obsérvese que “a sensibilidade inquisidora é uma constante que, de todos os tempos, se dedica a perseguir aqueles que não pensam, ou não vivem, segundo essa lógica do ‘dever ser’, que determina, a priori, de maneira abstracta, o conformismo ambiente” (MAFFESOLI, 2001, p. 95).

El proceso de reconfiguración de la identificación del criminalizado en criminal en todos los niveles y etapas da persecución penal refleja el problema de esta concepción metafísica de los derechos humanos. Al totalizar el hecho delictivo y negar la historicidad del criminalizado, se obtiene la *esencia criminal* que ha de ser anulada o neutralizada en nombre de la tetralogía de los valores morales (metafísicos) que moldean el sistema penal de la Modernidad: el Bien (valor penal), lo Bello (valor criminológico), lo Verdadero (valor procesal) y lo Justo (valor jurídico).

La visualización de los valores morales y del proceso de objetivación del sujeto criminalizado proporciona elementos de comprensión tanto de las prácticas penales colonizadoras de América Latina, forjadas por la escuela positivista criminológica, como de las actuales tendencias reconstructoras de la peligrosidad presentes en el funcionalismo penal del enemigo. En todas ellas se percibe la exclusión de la humanidad en el sentido positivo de lo humano (criminalizado), legitimando actos radicales de violencia.

Al reflexionar sobre la concepción metafísica de los derechos humanos, HELIO GALLARDO nota que estas argumentaciones restringen la noción de humanidad, permitiendo que se juzgue y se condene a quien no se armonice y no esté acorde con esa representación/valor como no-humano o anti-humano: “implica un procedimiento de estereotipación y satanización por medio del cual se delimita lo que se considera que es la naturaleza humana, y cuáles son los derechos que se reconocen a quienes reúnen las condiciones o cualidades previamente asignadas. Cada ejemplar humano expresa su humanidad por su adscripción a la esencia previamente concebida” (GALLARDO en SÁNCHEZ RUBIO et al, 2002, p. 85).

Por tanto, el presupuesto ético de la teoría crítica de los derechos humanos, sobre todo en el ámbito de las prácticas punitivas, es el reconocimiento de *todos* los seres humanos como humanos, más allá de los ideales de pureza y de las falsas dicotómicas (bien vs. mal; bello vs. feo; verdadero vs. falso; justo vs. injusto).

XII. LA INDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los valores morales sustentados por las corrientes metafísicas que producen falsas dualidades y que objetivan al sujeto (criminalizado) terminan por realizar, en palabras de HERRERA FLORES, un verdadero *secuestro de la realidad*, excluyendo de la cultura y de la civilización todo lo que pueda ser impuro, contaminado, mezclado o plural. No obstante, siendo el hombre (demasiado) humano, producto y habitante de la tierra (humus), la pureza no le es accesible, mientras que no sea una experiencia que pueda realizarse en este. De esta forma, “sólo lo impuro puede ser objeto de nuestro conocimiento”; “sólo lo impuro es cognoscible, en tanto que se halla situado en un espacio, en un contexto” (HERRERA FLORES, 2000, p. 31).

En el contexto de radical ruptura con cualquier especie de metafísica, resulta imprescindible redefinir las teorías criminológicas y las teorías de los derechos humanos a partir de la comprensión de sus límites y de sus posibilidades. También hay que redireccionar sus esfuerzos para la comprensión del hombre concreto y de las instituciones construidas y generadas por el ser humano.

Si la metafísica y el purismo demonizan el tiempo, lo plural y la acción, reaccionando de manera fóbica ante su presencia, solamente “una filosofía de lo impuro entenderá los derechos humanos desde la realidad de lo corporal, asumiéndolo sin vergüenza; del tiempo, visto como la posibilidad de cambio y transformación; de la alteridad, o, lo que es lo mismo, de la diferencia y de la pluralidad; y del espacio, el contexto físico y simbólico al que hemos sido arrojados sin compasión” (HERRERA FLORES, 2000, p. 34).

El diagnóstico de los efectos de la reversibilidad, producidos por las concepciones metafísicas de las teorías penales, criminológicas y de los derechos humanos, autoriza a postular algunas redefiniciones conceptuales y crear condiciones para la autocrítica. En el aspecto conceptual, la percepción de los derechos humanos desde su localización en la trama de relaciones sociales, políticas, jurídicas, económicas y culturales permite definirlos como procesos “que abren y consolidan –desde el ‘reconocimiento’, la ‘transferencia de poder’ y la ‘mediación jurídica’– espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana” (HERRERA FLORES, 2004, p. 91).

La idea de derechos humanos, por tanto, se despega de las instituciones, y se constituye en patrimonio de la humanidad conquistado en el proceso histórico de afirmación de la dignidad de *toda* persona humana. Los derechos humanos, lejos de ser vistos como un regalo, existen independientemente de su reconocimiento formal, ya que, en gran medida, legitiman acciones (políticas, sociales, económicas, culturales e incluso jurídicas) contra las mismas instituciones.

Recuerda HINKELAMMERT que “los derechos humanos tienen que ser derechos que el ser humano tiene independientemente de las instituciones dentro de las cuales vive. No formulan instituciones, sino exigencias frente a las instituciones” (HINKELAMMERT, 2002, p. 289). Asimismo, SÁNCHEZ RUBIO y HERRERA FLORES reivindican la necesidad de fortalecer la definición de derechos humanos más allá del reducido horizonte jurídico-formal⁴. Esto torna necesario que las propias instituciones incorporen y pauten sus acciones (político-ejecutivas, jurídico-normativas y judiciales) desde esta perspectiva, concretizando aquello que HINKELAMMERT denomina *derecho al discernimiento de las instituciones a la luz de los derechos humanos*.

Conforme postula el filósofo tico-alemán, “los derechos humanos anteriores a la institucionalización no pueden ser tratados sino como criterios de discernimiento de las instituciones”. En síntesis: “el ser humano no es para el sábado sino el sábado para el ser humano. Es la condición de posibilidad de cualquiera respecto a los derechos humanos. Todas las instituciones tienen que estar bajo este criterio” (HINKELAMMERT, 2002, pp. 290 y 291).

⁴ Según SÁNCHEZ RUBIO, “los derechos humanos, entendidos como práctica social, como expresión axiológica, normativa e institucional que en cada contexto abre y consolida espacios de lucha por una vida más digna, no se deducen de un único momento histórico y de una única dimensión jurídico-procedimental y formal” (SÁNCHEZ RUBIO, 2002, p. 92). En el mismo sentido, HERRERA FLORES: “sólo desde la alegría, la felicidad y el deseo de vida que sólo se despliegan cuando lo social, lo jurídico, lo económico o lo político se dedican a fortalecer nuestra potencia ciudadana, es como podemos plantear una definición de derechos humanos que supere los intentos de reducirlos a una de sus facetas: la jurídica-formal, o de insertarlos en una trascendencia metafísica alejada de las pasiones, las necesidades y las determinaciones de nuestra existencia” (HERRERA FLORES, 2004, p. 90).

XIII. EL RECONOCIMIENTO DE LA REVERSIBILIDAD POR PARTE DE LA CRIMINOLOGÍA: LAS FUNCIONES DEL DISCURSO PENAL

Además de la necesaria redefinición conceptual con el consecuente redireccionamiento de las prácticas, la teoría crítica de los derechos humanos, en su dimensión trágica, resulta fácil identificar los procesos de inversión ideológica: la creación de justificaciones y mecanismos aparentemente volcados a la satisfacción de los derechos humanos, en su accionar concreto, provocan la violación de los propios derechos humanos.

El concepto de inversión ideológica de los derechos humanos es similar al análisis realizado por la criminología crítica sobre las funciones declaradas (oficiales) y las funciones ocultas (reales), divulgadas y ejercidas por el sistema punitivo. En la descripción de los objetivos de *Vigilar y Castigar* es posible encontrar una metodología que entrelace la criminología crítica y la teoría crítica de los derechos humanos: “objetivo deste livro: uma história correlativa da alma moderna e de um novo poder de julgar; uma genealogia do atual complexo científico-judiciário onde o poder de punir se apóia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade” (FOUCAULT, 1991, p. 26).

La singularidad exacerbada enmascarada por el proceso de normativización y legitimación del sistema penal mencionado por el autor francés hace referencia a la reproducción de las violencias institucionales. Asimismo, si el discurso punitivo del siglo xx presenta técnicas pedagógicas de resocialización (vigilancia) como aire fresco humanizador frente al sistema de penas anterior (suplicio), FOUCAULT demuestra de qué manera este nuevo mecanismo punitivo, propio de los modelos de Estado intervencionista, intensifica el sufrimiento y la violación de los derechos de la persona del condenado⁵. La función

⁵ “O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova ‘economia’ de poder de castigar, assegurar uma nova distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contí-

real de ampliar las redes de vigilancia y de control, sofisticando las formas de imposición del dolor, se oculta por los discursos de humanización de la pena (funciones declaradas), presentando al público consumidor del sistema penal un imbatible y sofisticado discurso de legitimación.

En concreto, será en la descripción del mecanismo carcelario, entendido como la sanción por excelencia del sistema penal de la Modernidad, el lugar en el que FOUCAULT introducirá dentro de la criminología la perspectiva de la reversibilidad ideológica, diagnosticando un nuevo discurso humanizador. Si los objetivos oficiales de los programas resocializadores son la corrección y la reforma del *homo criminalis*, con la ruptura del ciclo delictivo y la consecuente prevención de la reincidencia, las funciones latentes demuestran lo contrario, revelando que el fracaso aparente es parte integrante del desarrollo real de las instituciones en su totalidad.

Como forma de cuestionamiento-respuesta, FOUCAULT apunta hacia la cuestión en la que el análisis crítico en criminología pasa a ser irreversible y necesario, con la superación de la criminología liberal-etiológica (microcriminología) por medio de la perspectiva crítica (macrocriminología):

O sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquetipos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência. O pretendo fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão? [...] Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal imobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é sem dúvida porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas

nua e até o mais fino grão do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova 'economia política' do poder de punir" (FOUCAULT, 1991, p. 75).

XIV. PALEOPOSITIVISMO Y AMPLIACIÓN DE LOS HORIZONTES SANCIONADORES

La visión liberal de los derechos humanos, al reducir el concepto al ámbito meramente formal (jurídico), provoca la fetichización de las instituciones, presuponiendo al conjunto normativo como un instrumento hábil de tutela. No es por otro motivo que las propias instituciones reivindican la titularidad de derechos subjetivos (seguridad pública, salud pública, orden público, orden económico, etc.). Al presuponer que los derechos nacen por el reconocimiento formal del Estado y de sus instituciones, se anulan los procesos de construcción histórica y se entierra la memoria de la lucha de los sujetos (individuales o colectivos) contra los excesos de las distintas manifestaciones y tipos de poder.

Ocurre que no solo “o estado não é titular de um direito penal subjetivo [principalmente de derecho a castigar (ius puniendi)], porque toda a pena é uma renúncia à solução de um conflito mediante sua suspensão, levada a cabo com um alto grau de arbitrariedade” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA y SLOKAR, 2003, p. 243), sino que también la tendencia de sus actos es la violación y la no satisfacción de los derechos humanos, ya sea por acción o por omisión. La potencia que se transforma en acto o en omisión es diametralmente opuesta al proceso formal de reconocimiento de los derechos individuales, colectivos o transindividuales. La máxima caracterizadora de los Estados democráticos de derecho (*derecho penal máximo, derecho social mínimo*), dirigida a la optimización de la intervención en el campo social y a la reducción de los procesos de criminalización, acaba siendo, tanto en el plano fáctico como en la esfera jurídica, invertida.

Asimismo, el presupuesto de la regularidad de los actos de los poderes públicos (ejecutivos, legislativos y judicial) se reduce a la incorporación en el sentido común del vicio paleopositivista basado en la visión romántica de las instituciones y de sus gestores. La ingenuidad de la creencia moderna en la capacidad del derecho penal para tutelar bienes jurídicos, del proceso penal para revelar la verdad real, y de la criminología para reformar a las clases peligrosas y de la política criminal para prevenir la delincuencia, refuerza la concepción esencialista y metafísica que transformó la cuestión de los derechos humanos en un escenario de ciencia ficción.

A propósito, SÁNCHEZ RUBIO muestra que

en el mundo en que vivimos, en materia de derechos humanos, si comparamos lo que se hace con lo que se dice, a menudo nos moveremos en el terreno de la ciencia ficción, por el abismo que existe entre ambas dimensiones [...] Tan constantes y sistemáticas son las violaciones de los derechos humanos en todas las parcelas de la vida social, que por mucho que en el plano de lo que debe ser y las buenas palabras se diga que el ser humano los posee, la realidad nos muestra su inexistencia (SÁNCHEZ RUBIO, 2007, pp. 111 y 112).

Si ahora se percibe con nitidez la tendencia de las instituciones, sobre todo las punitivas, a actuar en un sentido inverso a la tutela de los derechos humanos, también las ciencias penales integrales (derecho penal, proceso penal, criminología y política criminal) prosiguen en su tarea de racionalizar el poder punitivo irracional invocando su misión (discurso oficial) de ser protectoras de los valores sociales más significativos para la humanidad (bienes jurídicos). Innegablemente, “esta es la inversión de los derechos humanos, en cuyo nombre se aniquila a los propios derechos humanos” (HINKELAMMERT, 2000, p. 80).

Los elementos que definen el horizonte de proyección son los mismos que posibilitan realizar la triste anamnesia del Estado de derecho penal contemporáneo: un ejercicio abusivo de las violencias de las agencias penales; la criminalización excesiva de conductas; la flexibilización de normas procesales. Asimismo, junto con las doctrinas funcionalistas del enemigo y la reversibilidad del discurso garantista (p. ej., defensa de la prohibición de la insuficiencia en la esfera penal), nos encontramos con construcciones teóricas fundadas en situaciones de excepción que se eternizan y legitiman la maximización de la punibilidad.

XV. DERECHO Y PODER DE CASTIGAR

El paradigma racionalista de las ciencias criminales forjado en los albores de la Modernidad no estuvo exento de gérmenes autoritarios típicos de los modelos de defensa social (BARATTA). Pese a que era visible esta marca defensiva, el predominio del interés oficial en la protección del valor de la libertad, asociado a la percepción heredada

del medioevo sobre la ausencia de control una vez que se ponía en movimiento la máquina represiva, posibilita desarrollar una concepción pesimista en relación con los poderes penales.

Por tanto, la intervención estatal en la órbita de la represión y de la punibilidad, en vez de estar asociada a la garantías y al respeto de los derechos de la personas, demuestra una potencia radical para romper con la legalidad, produciendo una ofensa de los derechos humanos de todos los implicados: de las víctimas, por la expropiación del conflicto y por la re-victimización operada en el proceso penal (victimización secundaria); y de los investigados, reos y condenados, debido a la inobservancia de las reglas de juego (penal y procesal penal).

Pese a la constatación de la permanencia de la dimensión inquisitorial en el discurso penal de la Modernidad, el modelo de intervención forjado por los representantes de la *Academia dei Pugni* y sus seguidores –sobresaliendo las proposiciones radicales de JEAN PAUL MARAT en el *Plan de Législation Criminelle* (1790)–, proporciona elementos para pensar importantes rupturas y formas de resistencia cuya finalidad es la de detener el avance del genocidio en masa realizado por las agencias punitivas.

En el plano de los saberes penales es relevante el esfuerzo para destituir las instituciones de la titularidad de los derechos. Para ello resulta imprescindible realizar un giro copernicano en las teorías de la pena, sustituyendo la noción del derecho de punir (*ius puniendi*), legítimamente ejercido por los órganos de la burocracia represiva, por el efectivo reconocimiento del acto de imposición de la pena como *expresión del poder de policía* del Estado (*potestas puniendi*).

XVI. LAS VIRTUDES DEL GARANTISMO

La teoría del garantismo penal, a pesar de estar marcada por el ideal iluminista y, consecuentemente, por la pretensión universalista típica de los paradigmas científicos, en el contexto global de violaciones de los derechos humanos, presenta un interesante mecanismo de fomento de minimización de los poderes punitivos. De esta manera, visualiza la optimización de los derechos fundamentales desde la perspectiva crítica de la dogmática jurídico-penal, o sea, percibe el sistema normativo como instrumental eminentemente práctico que

debe ser pensado y desarrollado para la resistencia a la dimensión inquisitiva que aparecen en las prácticas judiciales y administrativas cotidianas.

El punto de partida del discurso garantista es la radical distinción (no separación) entre derechos (primarios) y garantías (secundarias o meta-derechos), desde la constatación de que el derecho, por sí solo, no tutela absolutamente nada.

La creencia de la concepción paleo-positivista en los sistemas jurídicos armónicos y dotados de avanzados mecanismos procesales y dirigidos a la satisfacción de los derechos de las personas es denominada por FERRAJOLI como *falacia normativista*. La falacia normativista, alineada a la *falacia politicista*⁶ –que consiste en la presuposición de la existencia empírica de *buenos poderes* que independientemente del derecho pueden hacer efectivos los derechos–, produce una racionalidad ingenua en los sistemas de interpretación de las normas, carente del inestable y desestabilizador contacto con lo real.

Por tanto, desde el modelo garantista sería imprescindible, no solo que exista un sistema jurídico que enuncie derechos, dotándolos de mecanismos procesales satisfactorios y dirigidos a la posibilidad de su efectiva satisfacción (acceso a los derechos), sino también de una estructura de poder razonablemente sensible a las demandas y que reconozca y no obstruya los espacios sociales de resistencia⁷.

La perspectiva paleo-positivista, como consecuencia de la fusión entre los conceptos de legalidad y de legitimidad del poder político

⁶ FERRAJOLI denomina falacia politicista a la “idea che basti la forza di un potere buono per soddisfare le funzioni di tutela assegnate al diritto, e prima ancora che possa esistere un potere buono, cioè capace di assolvere tali funzioni senza la mediazione di complessi sistemi normativi di garanzie in grado di limitarlo, vincolarlo, funzionalizzarlo e all’occorrenza di delegittimarlo e neutralizzarlo.” Assevera, contudo, que paralelo à falácia politicista pode ser cultivada falácia garantista (ou normativista), baseada na “idea che bastino le ragioni di un diritto buono, dotato di sistemi avanzati ed agili di garanzie costituzionali, per imbrigliare il potere e per mettere i diritti fondamentali al riparo dalle sue deviazioni”. El autor sustenta que si la primera falacia representa un vicio ideológico inducido por los sistemas políticos autoritarios, la segunda representa una tentación recurrente inducida por la estructura garantista del Estado de derecho (FERRAJOLI, 1998, p. 985).

⁷ En *Diritto e Ragione*, FERRAJOLI sostiene lo siguiente: “l’esperienza insegna che

punitivo, legó al espacio jurídico el mito de la *regularidad de los actos del poder*. De esta manera, parte del presupuesto de que los actos administrativos, legislativos y judiciales son igual de legítimos y armónicos que los derechos de las personas. La crítica al acto potencialmente válido únicamente es posible después de una amplia demostración de su ilegalidad e ilegitimidad.

XVII. GARANTISMO: MODELO CRÍTICO DE LAS CIENCIAS CRIMINALES INTEGRADAS

Sin embargo, es imprescindible dejar claro que el sistema garantista, que encuentra una óptima caracterización en la obra de LUIGI FERRAJOLI (*Diritto e ragione, y Derecho y razón* en español), expone fundamentalmente un modelo direccionado al control y la minimización de los poderes punitivos. Los contornos teóricos esbozados y referidos a la teoría del derecho y a la teoría política proporcionan unos instrumentos interesantes de análisis de las democracias contemporáneas. No están obligatoriamente vinculados al plano específico de la actuación jurídico-penal. Pese a que puedan presentar elementos acerca de la configuración de los requisitos de legitimidad de las normas y de los ejercicios de los poderes políticos, se entiende que es importante potencializar la virtud del sistema garantista en los lugares en donde la elaboración teórica pueda ser mejor aplicada.

Además, el aporte teórico garantista, a pesar de las posibilidades de ampliar su horizonte a la crítica de derecho y de la política, se concibe y es visto en esta discusión, esencialmente, como modelo doctrinal crítico de las ciencias penales integrales (dogmática penal y procesal penal, política criminal y criminología). Entendido desde su limitación al ramo de las ciencias criminales, el aporte garantista ofrece herramientas para la constricción de los poderes punitivos y abre

nessuna garanzia giuridica può reggersi esclusivamente sulle norme; che nessun diritto fondamentale può concretamente sopravvivere se non è sorretto dalla lotta per la sua attuazione da parte di chi ne è titolare e dalla solidarietà con essa di forze politiche e sociali; che insomma un sistema giuridico, per quanto tecnicamente perfetto, non può da solo garantire alcunché" (FERRAJOLI, 1998, pp. 986 y 987).

un espacio para la sofisticación de las prácticas forenses cotidianas volcadas a la reducción de los daños a los derechos humanos.

En esta perspectiva, los problemas a los que la perspectiva garantista debe enfrentarse para que pueda realizar una necesaria autocrítica guardan relación con dos esferas distintas, aunque derivan de la misma opción política: (1.º) en el plano de la teoría del Estado y de la teoría general del derecho, su *ambición de universalización como sistema unívoco de comprensión e interpretación del derecho, del Estado y de la justicia*, vicio que concurre junto con su identificación con el proyecto de la Modernidad y con las teorías del (post)positivismo jurídico; y (2.º) en la esfera de las ciencias criminales, la pretensión de revelar nuevos fundamentos de legitimidad del *ius puniendi* a través de la reelaboración de las premisas utilitaristas (utilitarismo reformado) en función del apego clasista penal y de su marcada génesis iluminista.

XVIII. GARANTISMO Y PRETENSIONES UNIVERSALISTAS

El proyecto de universalización del modelo garantista, como cualquier otra matriz insertada en el proyecto científico de la Modernidad, en realidad, establece la proyección universal de unos particularismos.

Entre tanto, conforme alecciona HERRERA FLORES, desde una perspectiva teórica crítica de los derechos humanos, lo que se pretende es

... un universalismo a posteriori (HERRERA FLORES) o un universalismo de confluencia (SÁNCHEZ RUBIO); un universalismo al que hay que llegar, no desde el que debemos partir, a través de prácticas interculturales en las que los dogmas propios se reduzcan a argumentos y faciliten así el camino hacia el acuerdo. De ahí que el único criterio de valor que asumimos sea el de riqueza humana, o lo que es lo mismo, la creación de condiciones que posibiliten la apropiación por parte de todos de lo que nos es propio como seres humanos íntegros, no como ingredientes de la máquina maximizadora –“molino satánico”, la denominaba POLANYI– del mercado (HERRERA FLORES, 2000, pp. 6 y 7).

Entonces se trata de negar el secuestro de la realidad que las *teorías generales*, típicas de las teorías (jurídicas) del siglo xx, produjeron (p. ej., teoría general del derecho, teoría general de los derechos huma-

nos, teoría general del proceso). Los modelos generalistas no solo reducen las diversas manifestaciones plurales anteriores a su creación sino que también crean centros gravitacionales de alto empuje que obstaculizan nuevas alteridades.

La evocación realizada por TIMM DE SOUZA resulta precisa para analizar el fenómeno: “temos que nos ver com as possibilidades de decaimento no lugar-comum de conceitos esvaziados ou excessivamente fragilizados pela corrosão temporal do empírico; o mundo já não suporta sistemas que desabam, expondo a ingenuidade ou a hipocrisia daqueles que, julgando-se a salvo da história como catástrofe, neles se haviam refugiado” (TIMM DE SOUZA, 2006, p. 20).

El diagnóstico es importante porque posibilita desnudar la *voluntad del sistema* (voluntad de verdad) inherente a los proyectos políticos y científicos. En la esfera jurídica, la teoría general del derecho pensada por el *iuspositivismo dogmático* impuso a los intérpretes una postura contemplativa y aséptica, una vez que se suponía la plenitud y la coherencia de los ordenamientos jurídicos – las lagunas y las antinomias del sistema serían aparentes, resueltas desde su lógica *autopoiética*. La necesidad de certeza y de seguridad traducida en un narcisismo⁸ de los juristas, enclaustró al derecho en su dimensión formal, imposibilitando su oxigenación y el necesario enfrentamiento con la realidad social a favor de la que (debería) estar volcado. Un sentido idéntico se da al problema en el ámbito penal, en donde la edificación de la teoría general del proceso penal imposibilitó pensar el derecho procesal penal desde su matriz genealógica, que es el derecho penal.

⁸ Interesante es notar que “nenhum exemplo mais claro do narcisismo dos juristas que a manutenção do dogma de ser o ordenamento jurídico um todo completo e coerente, no qual as lacunas e antinomias são aparentes e de previsível resolução. O narcisismo em primeiro grau visível na dogmática jurídica dá vazão às (in)completudes e (in)coerências em sentido estrito. Não por outro motivo o direito penal, envolto na circularidade do conceito de bem jurídico, ainda brada sua capacidade técnica de tutelar os maiores valores da humanidade; o processo penal, perdido na confusão entre os conceitos de verdade e realidade e de verdade e substância, concebe a possibilidade de buscar uma ‘verdade real’; e a criminologia, absorta nas entranhas dos aparelhos de segurança pública, visualiza (e crê) em sua aptidão de erradicação da criminalidade” (CARVALHO, 2007, p. 40). En el mismo sentido, CARVALHO (2004, pp. 179 a 211).

Con la totalización de los métodos científicos, se excluye cualquier hipótesis de apertura a la diversidad y al reconocimiento de las diferencias y de las identidades.

SÁNCHEZ RUBIO identifica este proceso de aniquilamiento de la alteridad como derivado de un apego excesivo al formalismo: “cuando el fenómeno jurídico se concibe como mera forma o procedimiento, sucede que se absolutiza tanto esta dimensión, que se transforma en la única realidad posible, ocultando otros elementos importantes, entre ellos, los procesos sociales y sus actores” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 245). HERRERA FLORES parte de esta misma conclusión e identifica la disminución de los espacios de lucha y de resistencia por los derechos humanos: “esta visión abstracta induce a reducir los derechos a su componente jurídico como base de su universalismo a priori. La práctica social por los derechos deberá pues reducirse a la lucha jurídica” (HERRERA FLORES, 2000, p. 73).

IXX. LA REVERSIBILIDAD DEL DISCURSO GARANTISTA

En el ámbito penal y político-criminal se termina por legitimar variadas formas de intervención sancionadora, al rediseñarse una teoría justificativa de la pena, pese a que el garantismo proyecte un modelo minimalista de contracción de los tipos de incriminación a través de los procesos legales de descriminalización o por medio del riguroso control de constitucionalidad concreto y difuso (descriminalización judicial).

FERRAJOLI, al tratar la tensión abolicionismo *versus* justificacionismo, primera discusión acerca de los fundamentos del *ius puniendi*, abdica de las teorías negativas sobre la intervención punitiva (teorías abolicionistas) respondiendo positivamente a la pregunta sobre la necesidad de sancionar los desvíos criminalizados. Asimismo, en ausencia de respuesta estatal al crimen (crimen penal), excluye los proyectos abolicionistas y sustenta la posibilidad de que los grupos sociales retomen prácticas pre-civilizadas de retaliación o represalia como el ejercicio arbitrario de las propias razones o la adopción de medidas de control tecnológico totalitarias que formatean las sociedades de vigilancia disciplinar. Planteada de esta forma la cuestión abolicionista, FERRAJOLI aparta la posibilidad y pasa a realizar una

profunda crítica a los modelos justificadores legatarios del proyecto penal de la Ilustración. Al negar las teorías tradicionales (teorías absolutas retributivas y teorías relativas preventivas), reconstruye, a partir del utilitarismo, la teoría de la prevención general negativa (teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH), agregando a la finalidad intimidatoria el objetivo de la sanción penal tutelar para el autor del delito de las venganzas privadas (retaliaciones, linchamientos) que surgieran en el caso de inexistencia de la pena.

La máxima felicidad posible para quienes no se desviaban y que estaba asegurada por el carácter intimidatorio de la sanción, se armonizaba con el mínimo sufrimiento necesario para quienes sí se desviaban, que se hacía efectivo por medio de una razonable y proporcional respuesta pública estatal, asentada en los principios de tutela de los derechos fundamentales –pena como mecanismo de protección del reo contra los excesos procedentes tanto de lo público como de lo privado–. Asimismo, el utilitarismo reformado garantizaría la máxima eficacia de los derechos humanos a los sujetos más vulnerables y más débiles del evento violento y del teatro procesal: la víctima en el momento del crimen, el reo durante el proceso, y el condenado con la ejecución de la pena.

A pesar de la virtuosa y coherente construcción del discurso legitimador de la intervención punitiva, el modelo garantista no consigue superar los límites del normativismo y de la ilusión del *bondadoso poder punitivo*. La propia crítica de FERRAJOLI demuestra que la acción constante de los sistemas punitivos está marcada por las violencias arbitrarias, siendo posible afirmar:

... la storia delle pene è sicuramente più orrenda ed infamante per l'umanità di quanto non sia la stessa storia dei delitti: perché più spietate e forse più numerose rispetto a quelle prodotte dai delitti sono state le violenze prodotte dalle pene; e perché, mentre il delitto è di solito una violenza occasionale e talora impulsiva e necessitata, la violenza inflitta con la pena è sempre programmata, consapevole, organizzata da molti contro uno. Contrariamente alla favoleggiata funzione di difesa sociale, non è azzardato affermare che l'insieme delle pene comminate nella storia ha prodotto per il genere umano un costo di sangue, di vite e di mortificazioni incomparabilmente superiore a quello prodotto dalla somma di tutti i delitti (FERRAJOLI, 1998, p. 382).

La constatación es posible desde la verificación de la voluntad inherente y que es constitutiva de los sistemas punitivos: la *voluntad de castigar*.

XX. GARANTISMO Y TEORÍA AGNÓSTICA: POLÍTICA CRIMINAL DE REDUCCIÓN DE DAÑOS

Si el presupuesto de la irregularidad de los actos de poder fuera tensionado hasta su límite, no habría alternativa posible, incluso ni para el garantismo penal. Solo cabría abdicar de cualquier justificación, legitimación o fundamento de la pena, teniendo que ser encarada la respuesta sancionadora para la conducta desviada como acto político beligerante. En este caso, la forma de efectividad de los derechos humanos reside en el desarrollo de estrategias políticas de acción forense de reducción de daños causados por las violencias de los poderes.

Asimismo, si la respuesta a la pregunta: ¿por qué castigar y sancionar?, incluso tratándose de sistemas garantistas, configura modelos de intervención, resulta fundamental abdicar de la tarea, delineando una teoría agnóstica que represente una política criminal de reducción de los daños causados por las agencias punitivas.

Reducir el dolor, teniendo el sufrimiento del otro como representación (TIMM DE SOUZA, 2006, p. 18), sería la única alternativa ética, teórica e instrumental posible a la actual condición que se aplica al derecho penal. Al desarrollar una perspectiva agnóstica, ZAFFARONI sustenta:

... la dottrina penalistica può ricostruire il suo discorso su questa base, e non ha alcun bisogno di una "teoria della pena"; può riprendere il pensiero liberale, e buttare "i semi del male" che il pensiero dei nostri ingenui "padri liberali" conteneva [...] La strategia è chiara: salvare la vita, diminuire la disuguaglianza, evitare la sofferenza [...] Per riuscire a ridurre il potere punitivo deve essere progressivamente liberale, e per essere "progressivamente liberale" deve prescindere da qualsiasi "teoria della pena" (ZAFFARONI, 1993, pp. 393 y 394).

Negar las teorías de la pena posibilitaría no solo concentrar los esfuerzos para minimizar los efectos dañinos producidos por los aparatos punitivos, sino también eliminar del discurso penal su perspectiva

declarada (y no cumplida), retomando su naturaleza política. La pena, distante de cualquier fundamentación jurídica y desapegada de cualquier *fin noble*, retornaría al campo de la política, representando una manifestación concreta de poder que debe ser contenido y limitado.

En esta circunstancia, el punto de convergencia entre la teoría garantista, la teoría agnóstica y la teoría crítica de los derechos humanos se da en la construcción de discursos sobre los límites de la pena, sustentados desde la perspectiva política de reducción de los daños causados por las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas. Estrategias de (la) disminución del dolor y del sufrimiento causados por la aplicación y la ejecución de la sanción penal; (b) reconocimiento de la pena en la esfera de la política, y (c) la tutela de la parte (procesal) débil (reo/condenado) contra cualquier tipo de venganza emotiva y desproporcionada (pública o privada), constituyen pautas de acciones tácticas de contracción de los poderes de las agencias sancionadoras.

La adopción de la perspectiva agnóstica posibilita, igualmente, negar los universalismos propios de las teorías metafísicas de los derechos humanos, abriendo un espacio para que se pueda pensar racionalidades de resistencia que conduzcan hacia un universalismo de contraste, entendido como:

... un universalismo impuro que pretende la interrelación más que la superposición. Un universalismo que no acepta la visión microscópica que de nosotros mismos nos impone el universalismo de partida o de rectas paralelas. Un universalismo que nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de cierre, sea cultural o epistémico, a favor de energías nómadas, migratorias, móviles, que permitan desplazarnos por los diferentes puntos de vista sin pretensión de negarles, ni de que nos nazca, la posibilidad de lucha por la dignidad humana (HERRERA FLORES, 2000, p. 77).

XXI. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y REVERSIBILIDAD: AUTOCRÍTICA

Paralelamente a la crítica que la criminología realizara acerca del incremento de la punición a partir de la construcción de los derechos más allá de los individuales y de los riesgos generados por la sociedad contemporánea, resulta imprescindible desarrollar la capacidad de auto-crítica de las teorías críticas. La preocupación se justifica en el momen-

to en que se percibe la convergencia del discurso de los movimientos de lucha por los derechos humanos con las pautas criminalizadoras.

Durante la década de los años 80 y con más vigor después de la caída del Muro de Berlín, el discurso criminológico crítico se encontró con la siguiente paradoja: desarrollar las políticas criminales alternativas y el discurso de descriminalización o adherirse a la inversión de selectividad del derecho penal, estableciendo un contrapoder proletario. Si las políticas criminales alternativas ingresaban en la trayectoria y en el legado del discurso contracultural de la criminología de ruptura, la idea de inversión de selectividad fomentaría una política criminal volcada a los crímenes económicos, optando por el sistema penal como estrategia de persecución de la justicia social. Desde esta perspectiva, según BARATTA:

... uma política criminal coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de 'substitutos penais', que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contrapoder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas. (BARATTA, 1997, p. 201).

La estrategia elaborada por BARATTA consistiría en el

... reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica etc. Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada (BARATTA, 1997, p. 202).

Sucede que las políticas criminales maximalistas, tradicionalmente identificadas con las tendencias de derecha, con el giro del discurso de la criminología crítica en su adhesión a la respuesta, fueron amplificadas. De esta manera se crean, en las últimas décadas, modelos de hipercriminalización: las políticas de ley y orden y de tolerancia cero –dirigidas a la máxima represión de los delitos violentos y de los desvíos de conducta, respectivamente– se potencian por las versiones político-criminales de izquierda en relación a los crímenes económi-

cos y a los delitos contra los derechos humanos en general. En este contexto, se abandona la crítica al sistema punitivo y se producen innumerables y variadas teorías legitimadoras que ofuscan los límites entre la derecha y la izquierda punitivas, siendo privilegiadas esencialmente la pautas moralizadoras⁹.

ELENA LARRAURI observa la espantosa facilidad con que los movimientos sociales identificados con la lucha por los derechos humanos recurren a las pautas criminalizadoras y al ejercicio punitivo retribucionista:

... grupos de derechos humanos, de antirracistas, de ecologistas, de mujeres, de trabajadores, reclamaban la introducción de nuevos tipos penales: movimientos feministas exigen la introducción de nuevos delitos y mayores penas para los delitos contra las mujeres; los ecologistas reivindican la creación de nuevos tipos penales y la aplicación de los existentes para proteger el medio ambiente; los movimientos antirracistas piden que se eleve a la categoría de delito el trato discriminatorio; los sindicatos de trabajadores piden que se penalice la infracción de leyes laborales y los delitos económicos de cuello blanco; las asociaciones contra la tortura, después de criticar las condiciones existente en las cárceles, reclaman condenas de cárcel más largas para el delito de tortura (LARRAURI, 1991, p. 218).

Al intentar realizar la justicia social a través del sistema penal¹⁰, la criminología radical incurrió en la misma falacia que anteriormente era objeto de su crítica, produciendo igualmente una inversión ideo-

⁹ En este sentido, resulta interesante el análisis de BAUDRILLARD: “revisão dolorosa: antes, a direita encarnava os valores morais, e a esquerda, ao contrário, uma certa exigência histórica e política contraditória; hoje, a esquerda despojada de toda energia política, tornou-se pura jurisdição moral, encarnação dos valores universais, campeã do reino da Virtude e defensora dos valores museais do Bem e do Verdadeiro; jurisdição que pode exigir prestação de contas de todo mundo, sem ter que responder diante de ninguém. A ilusão política da esquerda, congelada durante vinte anos de oposição, revelou-se, com a chegada ao poder, portadora não do sentido da História, mas de uma moral da História. Moral da Verdade, do Direito, e da boa consciência – grau zero do político e, certamente mesmo, ponto mais baixo na genealogia da moral. Essa moralização dos valores equivale a uma derrota histórica da esquerda (e do pensamento)” (BAUDRILLARD, 2003, pp. 99 y 100).

¹⁰ “... se propugnaba el recurso al Derecho penal como mecanismo de transforma-

lógica del discurso de los derechos humanos. Es posible percibir en este fenómeno una *reversibilidad de segundo grado*, derivada de la incapacidad de innumerables vertientes de la criminología crítica para realizar una debida y necesaria autocrítica.

Las trampas producidas por el sistema penal en su constante voluntad de castigar aprisionaron el discurso crítico generando, según el diagnóstico de SILVA SÁNCHEZ, una “ideología de la ley y el orden en versión de izquierda” (SILVA SANCHÉZ, 2001, p. 70).

Los riesgos de conformación de modelos de derecho penal máximo a través del recurso irrestricto al sistema penal fueron claramente señalados por BARATTA:

... é preciso evitar cair em uma política reformista e ao mesmo tempo ‘panpenalista’, que consiste em uma simples extensão do direito penal, ou em ajustes secundários de seu alcance, uma política que poderia produzir também uma confirmação da ideologia da defesa social, e uma ulterior legitimação do sistema repressivo tradicional, tomado em sua totalidade (BARATTA, 1997, p. 202).

Mientras tanto, su discurso fue olvidado y los efectos perversos vistos antes por el criminólogo italiano fueron realizados.

CONSIDERACIONES FINALES: PROYECTO JURÍDICO-POLÍTICO DE REDUCCIÓN DE LA PUNICIÓN

Más allá de intentar presentar conclusiones sobre la paradójal relación contemporánea entre la criminología (crítica), el garantismo penal y la teoría (crítica) de los derechos humanos, tal vez sea más adecuado plantear algunos interrogantes que proyecten la continuidad de la discusión propuesta.

Pese a que el diagnóstico realizado requiere una profundización, se percibe la necesidad de valorar si el garantismo y la criminología crítica encuentran de manera efectiva en la teoría agnóstica de la pena condiciones de posibilidad para la elaboración de un pensa-

ción de la sociedad y de intervención contra quienes obstaculizaban el progreso de la misma hacia formas más avanzadas e igualitarias de convivencia democrática” (SILVA SANCHÉZ, 2001, p. 72).

miento criminológico latinoamericano atento a las especificidades de los márgenes.

Por otro lado, para la teoría crítica resulta fundamental indagar cuáles son las virtudes, los límites y las trampas de la utilización del sistema penal para la tutela y la lucha para hacer efectivos los derechos humanos. Del esbozo presentado, a los movimientos sociales y colectivos organizados cabe estar atentos a las trampas que concurren junto con la demanda por la intervención penal. No obstante, el mismo interrogante debe orientar a los operadores del derecho en relación con la elaboración de teorías legitimadoras del sistema punitivo.

Las preguntas son pertinentes teniendo en cuenta la verdadera fascinación con la que las personas (individuales o colectivas) y las instituciones recurren al derecho penal. Sin embargo, el deseo de punición ofusca a los cuidados cuando se pretende legitimar las intervenciones de los poderes punitivos. Dentro de este panorama, resulta imprescindible escuchar el aviso de SÁNCHEZ RUBIO: “el ser humano tiene que poseer la capacidad de discernir sobre los excesos del poder y las instituciones que lo representan” (SÁNCHEZ RUBIO, 2002, p. 89).

Conforme se ha sustentado, la potencia punitiva define como regla constante del poder dogmático penal la dimensión inquisitiva o el inquisitorialismo. Maffesoli recuerda que el totalitarismo es característico de esta manera dogmática de ser y de pensar y, además,

... a intolerância e a inquisição não são atitudes de uma época ultrapassada, mas justamente um estado de espírito que se encontra frequentemente nas histórias humanas, aquelas, precisamente, em que se tende a considerar como frívolo o aspecto plural, matizado, mestiçado da existência global (MAFFESOLI, 2001, p. 111).

En relación con esto, evocando un paralelo con AGAMBEN, en su análisis del estado de excepción¹¹, sería posible afirmar que las patologías

¹¹ “O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente o seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito” (AGAMBEN, 2004, p. 131).

del derecho penal y procesal penal, de la criminología y de la política criminal se tornan variables inmutables en el refuerzo de la tetralogía de los valores morales que sustentan las ciencias criminales: lo Bueno (valor penal), lo Bello (valor criminológico), lo Verdadero (valor procesal) y lo Justo (valor jurídico).

Cualquier ser humano considerado inadecuado para la moral punitiva o para la estética criminológica pasa a ser percibido como un objeto que debe ser eliminado, como enemigo. Y para estos seres objetivados por el estigma de la peligrosidad, los derechos humanos no pueden y no deben ser garantizados.

Parece pertinente estar alerta contra quienes por ingenuidad o por mala fe crean y recrean enemigos:

quienes ven como monstruo a su enemigo, están proyectando sobre él su propia monstruosidad. Las imágenes deformadas y amenazantes que reflejan los espejos no son las de los supuestos enemigos, sino las de quienes los construyen y acaban creyéndose que lo son. Lo tienen dentro de sí y lo adjudican a los demás” (SÁNCHEZ RUBIO, 2002, p. 97).

REFERENCIAS

- AGAMBEN, G. (2004). *Estado de excepción*. São Paulo: Boitempo.
- BARATTA, A. (1997). *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC.
- BAUDRILLARD, J. (2003). “A conjuração dos imbecis”. en MARTINS, F. y SILVA, J. (orgs.). *Para navegar no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS/Sulina.
- BOBBIO, N. (1997). *L'Età dei diritti*. Torino: Einaudi.
- CAPELLA, J. (1997). *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*. Madrid: Trotta.
- CARVALHO, S. (2006). “Teoria agnóstica da pena”, en *Crítica à execução penal*, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CARVALHO, S. (2004). “A ferida narcísica do direito penal”, en GAUER, R. (org.). *A qualidade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CARVALHO, S. (2007). “Criminologia e transdisciplinaridade”, en GAUER, R. (org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CARVALHO, S. (2005). “Revista à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial”, en *Ciências Penais*, 2. São Paulo: RT/ABPCP.
- CORDERO, F. (1986). *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet.
- FERRAJOLI, L. (1998). *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 5.^a ed. Roma: Laterza.
- FOUCAULT, M. (1991). *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*, 8.^a ed. Petrópolis: Vozes.

- HERRERA FLORES, J. (2000). "Hacia una visión compleja de los derechos humanos", en *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- HERRERA FLORES, J. (2000). "Introducción", en *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- HERRERA FLORES, J. (2004). "Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. en SÁNCHEZ RUBIO, D.; HERRERA FLORES, J.; CARVALHO, S. (orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- HINKELAMMERT, F. (2000). "La inversión de los derechos humanos: el caso John Locke, en HERRERA FLORES, J. (ed.). *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- HINKELAMMERT, F. (2002). "La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo: el ser humano como sujeto". en SÁNCHEZ RUBIO, D.; HERRERA FLORES, J.; CARVALHO, S. (orgs.). *Anuário Ibero-americano de direitos humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- LARRAURI, E. (1991). *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- LEGENDRE, P. (1983). *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Colégio Freudiano; Forense Universitária.
- LÓPEZ CALERA, N. (1992). *Yo, el Estado: bases para una teoría substancializadora (no substancialista) del Estado*. Madrid: Trotta.
- MAFFESOLI, M. (2001). *O eterno instante: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. Lisboa: Piaget.
- SÁNCHEZ RUBIO, D. (1999). *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- SÁNCHEZ RUBIO, D. (2002). "Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades", en SÁNCHEZ RUBIO, D.; HERRERA FLORES, J.; CARVALHO, S. (orgs.). *Anuário Ibero-americano de direitos humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SÁNCHEZ RUBIO, D. (2007). "Ciencia-ficción y derechos humanos: tramas sociales y principios de imposibilidad", en *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: MAD.
- SÁNCHEZ RUBIO, D. (2006). "Reversibilidade do direito: os direitos humanos na tensão entre o mercado, os seres humanos e a natureza", *Revista de Estudos Criminais*, 22. Porto Alegre: Notadez/PPGCCrim PUCRS/ITEC.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (2001). *La expansión del derecho penal*, 2.^a ed. Madrid: Civitas.
- TIMM DE SOUZA, R. (2006). "Humano, hoje: sobre a questão da dignidade humana no discurso filosófico contemporâneo", en CARBONARI, P. (org.). *Sentido filosófico dos direitos humanos: leituras do pensamento contemporâneo*. Passo Fundo: IFIBE.
- ZAFFARONI, E. (1993). "La rinascita del diritto penale liberale o la 'croce rossa' giudiziaria", en GIANFORMAGGIO, L. (org.). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli.
- ZAFFARONI, E.; BATISTA, N.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2003). *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan.