

Subvertir la selectividad penal. El desafío garantista para América Latina

*Subverting Criminal Selectivity.
The Guarantee Challenge for Latin America*

Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín

Docente, Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES

Riobamba, Ecuador

ur.adrianalvaracin@uniandes.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-0740-1152>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.1>

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 21 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Esta investigación constituye un planteo crítico-reflexivo cuya pretensión es dotar de legitimidad al derecho penal. Sus objetivos se basan principalmente en los aportes que la criminología crítica pueda informar al saber jurídico-penal a fin de que este pueda sustentarse en la dignidad humana, como un saber que propicia el bienestar de la sociedad latinoamericana. Debido a aquello, se utiliza el método polifacético de la crítica criminológica, que permite no solo observar la real operatividad del sistema penal, sino además transformar dicha realidad, deconstruyendo al penalismo latinoamericano. En ese sentido, se emplea la técnica de investigación documental para examinar diversos textos relacionados con la hipótesis propuesta. El objetivo es obtener información que contribuya a promover una potencial ruptura epistemológica en el ámbito de este conocimiento jurídico, especialmente en lo que concierne a sus objetivos fundamentales. Así, se establecen algunos aportes para que el derecho penal deje atrás su pasado de persecución hacia los excluidos, su ínsita selectividad penal, así como su indolencia ante las injusticias que perpetra el Estado a través del poder punitivo, todo lo cual es incompatible con las premisas garantistas, encaminándolo como un saber jurídico digno de llamarse *derecho* y, por tanto, destinado a perseguir crímenes de sistema o globales que afectan gravemente a nuestras sociedades contemporáneas.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, selectividad penal, garantismo penal, criminología crítica, crímenes globales, penalismo, sistema penal, punitivismo.

ABSTRACT

This research constitutes a critical-reflexive approach whose aim is to provide criminal law with legitimacy. Its objectives are mainly based on the contributions that critical criminology can make to criminal-legal knowledge so that it can be based on human dignity, as a knowledge that favors the welfare of Latin American society. Because of this, the multifaceted method of criminological criticism is used, which allows not only to observe the real operation of the penal system, but also to transform this reality, deconstructing Latin American penalism. In this sense, the documentary research technique is used to approach different texts on the hypothesis raised to generate inputs to promote a possible epistemological rupture of this legal knowledge regarding its purposes. Thus, some contributions are established for criminal law to leave behind its past of persecution of the excluded, its inherent criminal selectivity, as well as its indolence before the injustices perpetrated by the State through the punitive power, all of

which is incompatible with the guarantee premises, and to direct it as a legal knowledge worthy of being called Law and, therefore, destined to prosecute system or global crimes that seriously affect our contemporary societies.

KEYWORDS: Criminal law, criminal selectivity, criminal guarantee, critical criminology, global crimes, penalism, penal system, punitivism.

FORO

INTRODUCCIÓN

Construir un derecho penal *justo*¹ parecería algo improbable. Realizar tal empeño podría sonar más a un sueño inalcanzable que a una próxima materialización. Esto se debe a que el actual diseño del derecho penal contradice la noción de un saber jurídico que respete los mandatos convencionales y constitucionales. El derecho penal vulnera de manera flagrante los principios liberales establecidos por los padres fundadores de la filosofía penal del siglo XVIII. La mínima intervención penal, la última —y no— *prima ratio*, la proporcionalidad, así como principios elementales como el de igualdad ante la ley o la legalidad y máxima taxatividad penal, se han anquilosado como eufemismos en favor de una realidad indolente reproducida por el propio sistema penal, dentro del cual opera el saber jurídico-penal a través de los tribunales de justicia. No es un dato menor la selectividad penal, la cual no es otra cosa que la selección por estereotipos de las conductas consideradas delictivas. La selectividad penal permite sancionar lo que se es y no lo que realmente se comete. Esta cualidad inherente del sistema punitivo fue, en su momento, un importante

-
1. Para definir lo *justo* en la esfera de lo jurídico seguimos la fórmula de Radbruch, que en otros términos indica: en aras de la seguridad jurídica, es imperativo que la ley prevalezca; sin embargo, cuando la ley resulta insoportable debido a su injusticia, debe ceder ante la justicia, ya que un sistema legal extremadamente injusto no puede considerarse verdadero derecho. Además, para poseer una naturaleza jurídica genuina, la ley debe respetar el principio de igualdad. Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1974). Seguido de aquello, cuando las leyes son, en extremo injustas, piénsese en un sistema de leyes criminales, entonces deviene el ámbito de la negación del derecho (no derecho). En Eugenio Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal* (Montevideo: BdeF, 2014), 300.

descubrimiento para la comprensión del funcionamiento del sistema penal. Se elige sistemáticamente a aquellos que cumplen con un estereotipo, una etiqueta indeleble creada por la sociedad misma. Esta es una manera sutil de marginar y eliminar a quienes han sido marcados por la etiqueta. A este fenómeno no se le puede atribuir el término *derecho*.

Continuar con procesos de criminalización sobre personas estereotipadas equivale a establecer campos de concentración por vías jurídicas de aparente legitimidad. Para frenar estos abusos, la criminología de vertiente crítica proporciona datos de la real operatividad del poder punitivo al saber jurídico-penal, para que este pueda operar respetando la dignidad humana. Por justo se podría entender un saber que respeta las garantías fundamentales. Esto es, un derecho penal conformado para precautelar el interés colectivo frente al arbitrio de los poderes salvajes. Un saber jurídico-penal encauzado hacia los crímenes globales o de sistema.

Para esta tarea, la presente investigación de alcance teórico indaga a través del enfoque cualitativo aquellas premisas que deslegitiman al derecho penal, las cuales evidencian su incapacidad de precautelar los derechos de los individuos en sociedad. En esa senda, el método inductivo proporciona herramientas útiles por cuanto este permite “construir teoremas desde situaciones particulares y casos concretos, establecer regularidades, generalizar y pautar conclusiones”.² De la misma forma, se ha optado por la investigación documental referente a la deslegitimación del derecho penal y su contracara, la legitimación a través de la persecución de los delitos de los poderosos. Dicha técnica de investigación “es un procedimiento científico, un proceso sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de información o datos en torno a un determinado tema”.³

Así, se torna necesario acudir a los datos que entrega la criminología crítica implementando su método polifacético que no tan solo quiere conocer la realidad, sino que intentará transformarla. Entonces, “el método criminológico indefectiblemente ha de subrayar los derechos humanos, la dignidad personal, más que la legalidad”.⁴ En ese sentido, se emprende la búsqueda por la legi-

2. Carlos Villabella, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, <https://n9.cl/iuarn>.

3. Alberto Morales, “Fundamentos de la investigación documental y la monografía”, Universidad de Los Andes, Venezuela, 2003, <https://n9.cl/oo2kn>.

4. Antonio Beristain y Elías Neuman, *Criminología y dignidad humana: diálogos* (Buenos Aires: Universidad, 2004), 59.

timación jurídico-penal mediante la indagación de los embates contra formas de violencia producidas por el propio sistema penal, enarboladas en los más de cincuenta años de la criminología crítica contra la real operatividad del poder punitivo, a fin de formular premisas innovadoras y audaces sobre la función legitimante del derecho penal.

Bajo estos postulados, las preguntas que guían este trabajo son: ¿Cómo se puede legitimar un derecho que produce y reproduce violencia? ¿El derecho penal está llamado a perpetuar la desigualdad a través del castigo? ¿Existen salidas a la deslegitimación actual del derecho penal dada su ínsita selectividad? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál sería la posible alternativa? Estas son las interrogantes que, como un ejercicio de mayéutica, intentan entregar otro cariz al derecho penal, en una era donde los mercados financieros, las trasnacionales y el capitalismo de la vigilancia dominan los escenarios políticos de los Estados en la región. Este aporte teórico sobre la justicia penal es una invitación a construir un saber jurídico-penal menos injusto, en sintonía con las necesidades sociales y comprometido con la dignidad humana.

UN ¿DERECHO? PENAL EN SINTONÍA CON LA REALIDAD

El derecho se puede definir de distintas maneras, conforme la adhesión epistemológica a las variadas doctrinas sobre el asunto. El derecho, entonces, es un concepto y, por tanto, una construcción del lenguaje. El derecho trabaja con el lenguaje, lo cual no es un dato menor. Wittgenstein determinaba que el lenguaje crea una realidad.⁵ Bajo esta lógica, el derecho no está exento de ser usado como un instrumento de opresión o de liberación. Dependiendo de la sociedad a la que se aspire, se puede elegir uno de esos caminos. Si se prefiere, se puede optar por la democracia o, en su lugar, por cualquier forma de autoritarismo. Nuevamente, el derecho produce una realidad a través del orden jurídico. En ese sentido, el derecho debe ser considerado como un devenir.⁶ Por

-
5. Wittgenstein traza una línea esencial para la comprensión del mundo. Para el filósofo, resultaría absurdo transgredir las reglas del lenguaje usual, porque este impide todo error lógico. En suma, se deben respetar las reglas del lenguaje en cuanto sus proposiciones representan la realidad. Christian Delacampagne, *Historia de la filosofía en el siglo XX* (Barcelona: RBA, 2022), 71.
 6. Rudolf von Jhering, *La lucha por el derecho* (Madrid: Dykinson, 2018), 55.

esa razón, el derecho, concebido para una democracia, no puede ser más que un instrumento de lucha. El derecho es lucha. Sin el derecho, considerado como la regulación de la fuerza, la sociedad simplemente decaería en barbarie. Porque el derecho puede y debe regular las asimetrías del poder. De allí su vital importancia para la sociedad. Quien tiene poder no recurre, no debería recurrir, a los tribunales, porque ejerce su poder. Al contrario, quien no tiene poder, alguien empobrecido, excluido, marginado, recurre a los tribunales para equilibrar la relación de poder. Esa es la función de todo juez o jueza en un estado de derecho, equilibrar las relaciones de poder. Por tanto, se podría establecer que el derecho, que opera mediante los tribunales de justicia, garantiza la convivencia pacífica de la sociedad. Garantiza, es decir, priman las garantías, los principios y los derechos establecidos en la Constitución. No más. No menos. Esa es una de las funciones primordiales del derecho.

Luego, el derecho penal es un saber jurídico. Esto quiere decir que pertenece a la esfera del derecho y que, por tanto, cuenta con principios y garantías básicas. También el derecho penal debe servir al fin primordial de garantizar la convivencia pacífica, impidiendo cualquier forma de violencia innecesaria por parte del poder. Entonces, para medir su legitimidad será necesario establecer si cumple con el respeto a la legalidad y si obedece a los mandatos constitucionales. Solo así se puede establecer si nos encontramos frente a un *derecho* o es simplemente venganza o mero punitivismo. De entrada, el derecho penal es el derecho desigual por excelencia.⁷ Esto, porque el derecho penal opera dentro del sistema penal mediante las agencias judiciales que distribuye el bien negativo criminalidad de manera desigual.

Bajo estos postulados, el derecho penal se ejerce violentando flagrantemente el principio de igualdad ante la ley. El sistema penal, de manera perversa, detiene selectivamente a una ínfima cantidad de personas que en ocasiones son varias veces criminalizadas.⁸ Este vendría a ser el discurso legitimador de todo el sistema penal. Por ello, es “completamente ingenuo creer que el verdadero poder del sistema penal se ejerce cuando sus agencias detienen, procesan y condenan a un homicida, por ejemplo. Ese poder, que solo se ejerce [...] en forma altamente selectiva y rodeada de amplia publicidad a través de los me-

7. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004), 169.

8. Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal* (Buenos Aires: Ediar, 2005), 30.

dios de comunicación social, es ínfimo comparado con el poder de control”.⁹ Esto ya lo vaticinaba Foucault¹⁰ cuando daba cuenta de que el ejercicio real del poder punitivo no se fija en el número de prisionizados, sino en el poder de control disciplinario sobre la entera población. En suma, la función disciplinaria del sistema penal “se ejerce al margen de la legalidad, en forma arbitrariamente selectiva, porque así lo planifica la misma ley, en razón de que la agencia legislativa deja fuera del discurso jurídico-penal amplísimos ámbitos de control social punitivo”.¹¹

Como queda evidenciado, el poder punitivo es altamente selectivo. Siempre se dirige contra la persona que carga el estereotipo que atrae poder punitivo. Una de las investigaciones más trascendentes al respecto habla de una racialización punitiva,¹² compuesta por personas con un color distinto de piel —no precisamente el blanco—, quienes son seleccionados por el poder punitivo para poblar las cárceles de cualquier parte del mundo. Sobre este fenómeno altamente excluyente puede dar cuenta cualquier cárcel del país. Asimismo, el 59% de personas privadas de libertad se encuentran encarceladas por cometer delitos contra la propiedad y drogas.¹³ Es decir, más de la mitad de las personas que se encuentran en las prisiones pertenecen a grupos desfavorecidos de la sociedad. Son precisamente los delitos de subsistencia y las mulas del narcotráfico los que componen ese porcentaje indolente de prisionización. De igual forma, la victimización también recae sobre las capas más desfavorecidas de la sociedad, al no poder costear los altos valores de la seguridad privada o porque las políticas públicas no se formulan en clave de inclusión.

En razón de lo descrito, sería inadecuado atribuir el adjetivo de *derecho* a lo que sencillamente es venganza. Entonces ¿qué se enseña en las facultades de derecho?, ¿cuál es el rol de los operadores de justicia ante un derecho penal deslegitimado? En las universidades de la región se enseña un derecho penal desfasado, anacrónico y poco atractivo. Ante este vaciamiento del saber jurídico, las campañas de ley y orden, de mano dura, son

9. *Ibíd.*, 28.

10. Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002).

11. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 30.

12. Alejandro Alagia y Rodrigo Codino, *La descolonización de la criminología en América* (Buenos Aires: Ediar, 2019), 120.

13. INEC, “Censo Penitenciario Boletín Técnico n.º 02-2023-CP”, *Instituto Nacional de Estadística y Censos*, mayo de 2023, <https://n9.cl/k0xm6>.

las que diseñan la agenda de la política penal y de la política criminal, así como se trae de vuelta a la vieja peligrosidad de cuño lisztseano y lombrosiano. En esa línea, también aparece la legitimación idealista hegeliana del derecho penal con nuevos ropajes como el derecho penal del enemigo, donde el simple hecho de castigar —idealismo puro— reafirmaría alguna confianza en las instituciones y en el propio derecho.¹⁴ Por ello, como enseña Zaffaroni, en la actualidad se tiende a “despojar a la pena de sus efectos preventivos para volver a una simple reafirmación hegeliana de la vigencia de la norma”.¹⁵ Ninguna teoría de la pena de esta tradición autoritaria es comprobable empíricamente, sin embargo, se enseña sin estupor en las facultades de derecho latinoamericanas. Nadie puede comprobar que, encerrando a los más desfavorecidos, se producirá inmediatamente una sensación de confianza en las instituciones. Nada menos jurídico que depositar la confianza en una máquina de exclusión y venganza.

Se debe tener presente que “el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano”.¹⁶ En esa senda, el derecho penal debe comprometerse con los derechos fundamentales, tomando en consideración que el “sistema jurídico penal es siempre expresión de los intereses de quien detenta el poder”,¹⁷ lo cual influye en gran medida sobre los procesos de criminalización. No puede seguir siendo un engranaje de la espiral de exclusión que se ha detallado en estas breves líneas. Encerrar a los más débiles no puede ser una razón legitimante del uso del poder punitivo y la criminalización. Si se busca combatir —término nunca apropiado— el crimen, entonces la vía es otra. La criminalización de los actos de poder, de un poder político-económico tan sutil como el actual, pasa por reformular las bases mismas de lo que se entiende por derecho, especialmente cuando este atañe a los procesos de criminalización. Para tal tarea, el derecho penal debe permanecer informado por la ciencia criminológica que lo dota de realidad.

14. Alessandro Baratta, “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Revista Doctrina Penal* (1985): 1.

15. Raúl Zaffaroni, *Hacia dónde va el poder punitivo* (Santiago: Olejnik, 2022), 111.

16. *Ibid.*, 82.

17. Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2010), 139.

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN ESCENA. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ANTE LA MACROCRIMINALIDAD ORGANIZADA

América Latina es la región más desigual del planeta, donde el 10% más rico acumula casi el 80% de la riqueza, en tanto que el 50% más pobre, tan solo el 1% de la riqueza.¹⁸ Nuestras poblaciones viven con menos de 5,5 dólares al día. Para confirmar su desventajada realidad, basta revisar el coeficiente de Gini, que mide la desigualdad de los países.¹⁹

Así también, Latinoamérica es la región más violenta del mundo. En esa línea, pese a que América Latina representa solo el 9% de la población mundial, la región concentra un tercio de las muertes violentas,²⁰ lo que se traduce en que la región registraría más del 30% de los homicidios mundiales, todo esto en el contexto de la guerra contra las drogas y el crimen organizado. Por tomar a Ecuador como un doloroso ejemplo, las cifras de 2022 indicaron un incremento de muertes violentas de más del 80% con respecto al año anterior, registrando veinticinco muertes por cada cien mil habitantes; además de reflejarse un considerable incremento de violencia criminal en nueve países más de la región.²¹ De esta forma, se puede establecer que la inseguridad ciudadana en la región ya no pasa por ser una *percepción de inseguridad*, sino que, al contrario, se ha vuelto una constante en la vida de las personas.

La respuesta que han brindado los Estados a esta problemática ha sido la falacia de la *mano dura*. Premisa según la cual, a mayor represión menor delincuencia, ha terminado por ser contraproducente e inclusive dañina para la propia sociedad, criminalizando los delitos de subsistencia y propiciando la violación a los derechos humanos.²² La doctrina de mano dura se apoya en teorías como la de *tolerancia cero* o la de *ventanas rotas*, las cuales tienen su

-
18. Karina Batthyány, “América Latina y el Caribe es la región más desigual del planeta”, CLACSO, 21 de abril de 2023, párr. 1, <https://n9.cl/qdi6m>.
 19. Statista, “Desigualdad en la distribución de ingresos basado en el coeficiente Gini en América Latina y el Caribe en 2021, por país”, 15 de octubre de 2023, <https://n9.cl/v2rlp>.
 20. Jorge Sahd K., Daniel Zovatto y Diego Rojas, eds., *Riesgo político América Latina 2023* (Santiago: Centro UC Estudios Internacionales CEIUC, 2023), <https://n9.cl/rqqnj>.
 21. Infobae, “Ecuador es el país latinoamericano donde más crecieron las muertes violentas”, 17 de enero de 2023, <https://n9.cl/3znu0>.
 22. Bernardo Kliksberg, “¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura”, *Nueva Sociedad*, n.º 215 (2008), ISSN: 0251-3552.

génesis en políticas de derechas, bajo la lógica de una *criminología de la vida cotidiana*,²³ las cuales, por su naturaleza, impulsan la degradación de la democracia porque criminalizan la pobreza. El discurso de estas políticas de mano dura es altamente seductor. Estas políticas enriquecen al sistema represivo vigente, tratando de entregarle legitimidad e inclusive una pretendida cientificidad.²⁴ Su valor se mide en relación con la coherencia interna que guardan con respecto a los discursos vindicativos reproducidos por los medios de comunicación masiva. Así, el discurso de mano dura se compadece con el sentimiento de venganza que impera en una sociedad violenta neurotizada. Y precisamente ese sentimiento de venganza se canalizará hacia el chivo expiatorio que, bajo la construcción de estereotipos, puede recaer en cualquier enemigo de turno creado para tal finalidad.

En esa línea, la creación de la delincuencia es útil como estrategia de dominación política; “contrapone a las clases trabajadoras, para aumentar el temor a la prisión y garantizar la autoridad y el poder de la policía”.²⁵ Ante esta vorágine de violencia —donde la peor parte la llevan los más desfavorecidos—, la sociedad queda seducida por los discursos de mano dura. La canalización de venganza se dirige contra grupos que han sido excluidos previamente en lo social y económico. Las cárceles se sobrepueblan de excluidos. Siempre los mismos. A quienes el propio Estado depara estas *fábricas de matar*. De esa manera se conforma una espiral de exclusión que termina en masacre. Basta mirar hacia Ecuador, para conocer la indolente actitud del gobierno ante las peores masacres producidas en toda la historia del país.²⁶

Ante esta realidad, incrementar las cuotas de represión solo servirá para mantener la espiral de exclusión. Sin una política criminal dentro de una política pública es impensable descender los actuales índices de violencia que azotan a la región. Por ello, se mira hacia las garantías, lo cual es fundamental en todo Estado de derecho, pues permite formular en clave de prevención la política

23. Gabriel Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006), 487.

24. Pavarini, *Control y dominación*, 50.

25. David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1999), 182.

26. Europapress, “La violencia en las cárceles de Ecuador entra en un círculo vicioso que deja ya más de 400 muertos en menos de dos años”, *Europa Press Internacional*, 26 de noviembre de 2022, párr. 3, <https://n9.cl/1vxbm>.

criminal de reducción de daños, que es lo que funciona.²⁷ En tanto, queda intervenir sobre el objeto de estudio que es el propio derecho penal, sobre sus fines manifiestos y sus ilusorias finalidades de la pena, cuya selectividad cobra la vida de personas vulnerables al poder punitivo. Por ello, se torna indispensable formular políticas que estimulen:

la autopercepción positiva y evitar la consecuencia de la fijación de roles, como también de asistir a las víctimas no solo del delito, sino también de las múltiples violencias del propio sistema penal, de compensar y evitar el deterioro [...] del personal policial, del personal penitenciario, de los jueces, de los abogados, del personal judicial, de las conflictividades familiares e institucionales generadoras de violencia.²⁸

Una empresa de reinserción como la expuesta, no implicaría tan solo depurar un trato digno a las personas en contextos de encierro, sino también de contener y evitar al máximo posible la violencia que el propio sistema penal reproduce. No más vulnerables en las cárceles. Continuar encarcelando a los desfavorecidos es violencia sistémica dentro de la propia sociedad, lo que luego se traduce en elevados índices de inseguridad ciudadana.

En consecuencia, estos datos de la realidad comprometen sobremanera al derecho penal, en cuanto a su función limitadora del poder punitivo. Una exigencia que hace la criminología crítica al derecho penal es considerar la verdadera lesividad a los bienes jurídicos de la sociedad. No sería entonces adecuado para dotar de legitimidad del derecho penal continuar persiguiendo delitos de bagatela o criminalizando la pobreza, por cuanto aquello denotaría un vacío de lo jurídico en el ámbito de este saber. Al contrario, bajo el principio de lesividad,²⁹ el derecho penal está llamado a atender aquellos macodelitos

27. Al hablar de criminalidad económica organizada, la prevención pasa por diversos puntos que no precisamente tienen relación con la represión. Es más, la represión nunca funciona. En política criminal, puede resultar adecuado evaluar alternativas eficaces como intervenir sobre las causas por las que ciertos individuos forman parte de estas organizaciones criminales de naturaleza económica. Ver Andrea Castaldo, “La naturaleza económica de la criminalidad organizada”, *Prudentia Iuris*, vol. 57 (2003), <https://n9.cl/kp479>.

28. Zaffaroni, *Hacia dónde va el poder punitivo*, 79.

29. El principio de lesividad, para Ferrajoli, es una garantía penal. Esto significa que el derecho penal debe castigar aquellas conductas que causen un daño —ofensividad— real a los bienes jurídicos y nunca las identidades o las condiciones personales. Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo foro penal*, vol. 79 (2012): 100, <https://n9.cl/yfxb52>.

que generan afectaciones graves a la sociedad en su conjunto. En ese orden de ideas, los delitos de los poderosos³⁰ son conductas altamente lesivas, considerando, asimismo, que esta clase de delitos económico-políticos serían irresolubles mediante otros métodos de solución de conflictos dada su incuantificable dañosidad.³¹

Cuando nos referimos a macrodelincuencia, se hace hincapié en los llamados crímenes globales o de sistema, los cuales abarcan diversas conductas lesivas, donde se hallan componentes económicos y políticos, los cuales “no consisten en unos comportamientos determinados, sino en un conjunto de actividades políticas y/o económicas, llevadas a cabo por una pluralidad indeterminada y a la vez indeterminable de sujetos”.³²

Como se manifestó en líneas anteriores, esta criminalidad es altamente volátil, en el sentido de que sus conductas en muchas ocasiones superan la parsimoniosa elaboración de la dogmática penal. En otras palabras, el avance tecnológico global en materia financiera impide que la dogmática siga sus pasos. Así, se debe entender que el delito de cuello blanco es un crimen organizado, porque efectivamente se compone de diversos agentes financieros, corporativos, CEO, etc., los cuales son intercambiables, existiendo complicidad entre estos aparatos organizados criminales y el poder político, económico y financiero. Por esa razón, las víctimas también son diversas, dentro de las cuales se integran “consumidores, competidores, accionistas y otros inversores, inventores y empleados, así como contra el Estado en la forma de fraude de impuestos y soborno a funcionarios públicos. Estos delitos no son violaciones discretas

30. Zaffaroni y Días Dos Santos establecen varias conductas que podrían considerarse como crímenes corporados o de sistema por su inocultable dimensión macrosocial, tales como: estafas (como la de 2008), administraciones fraudulentas (endeudamiento astronómico de Estados), entre otras. En Raúl Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, “Bosquejo para una etiología de la delincuencia”, *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, vol. 6, n.º 1 (2021): 3-14, doi:<https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i1.102>.

31. Para Naucke, el delito económico-político “será aquel que es tolerado o incluso fortalecido por el propio Estado”. En esa línea, la acusación contra un ex-Primer Ministro de Islandia en 2010, por decisiones financieras erradas e imprudentes, tomadas por el gobierno, así como la crisis financiera desatada en 2008. Con una mirada audaz, Naucke establece que el derecho penal tiene por finalidad la protección de la libertad del individuo, donde el castigo —la pena estatal— se cimenta en la destrucción de los fundamentos vitales de muchos ciudadanos, consecuencia de decisiones económicas del poder. Wolfgang Naucke, *El concepto de delito económico-político. Una aproximación* (Madrid: Marcial Pons, 2015).

32. Luigi Ferrajoli, “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 4 (2021): 7.

ni desapercibidas de reglamentos técnicos. Son actos deliberados y tienen una relativa unidad consistente”.³³ Si bien Sutherland puede considerarse anacrónico en la actualidad,³⁴ no es menos cierto que la premisa descrita anteriormente pueda servir para comprender la afectación que se produce con este tipo de conductas delictivas.

Como se ha sostenido, el daño social de esta clase de delitos es incuantificable, generando daños irreversibles sobre la sociedad en su conjunto, con la peculiaridad de que en ocasiones estas conductas no son consideradas como ilícitas.³⁵ De ahí la tarea que debe emprender el derecho penal y la criminología crítica que lo concibe como su objeto de estudio.³⁶ Los crímenes de sistema operan como crímenes contra la humanidad, violando los derechos humanos de la población.³⁷ De allí que estos *poderes salvajes* —en términos de Ferrajoli— han aparecido para ocupar la esfera pública, convirtiéndose en poderes económicos y financieros que desconocen los límites del derecho, imponiendo sus propias reglas e intereses a la política.³⁸ No sorprende, entonces, la desigualdad generada por el capital, los crímenes globales y el ejercicio de una violencia despiadada sobre las sociedades en todo el mundo.³⁹

En este escenario, el derecho penal y la criminología crítica que controla los controles⁴⁰ no pueden volver a generar un *apartheid* gnoseológico, como antaño ocurrió con los crímenes de masa. Para conformar una ciencia integrada de derecho penal,⁴¹ entonces debe existir un verdadero *diálogo entre saberes*. Un diálogo que propenda a una cultura de paz en el camino hacia una teoría

33. Edwin Sutherland, *Los delitos de cuello blanco* (Madrid: La Piqueta, 1999), 261.

34. Por ejemplo, el “*identikit* criminológico de Sutherland a propósito del delincuente del cuello blanco hoy es tan anacrónico como equivocado. La criminalidad económica (otro concepto excesivamente genérico) se basa en realidad en distintas dinámicas de comportamiento”. Castaldo, “La naturaleza económica de la criminalidad organizada”, 16.

35. José Michilini y Nicolás Segura, “Criminología y globalización”, *Universidad de Extremadura* (2020): 683.

36. Alagia y Codino, *La descolonización de la criminología en América*, 369.

37. Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 410. Como bien relata el autor, los esposos Schwendinger proponían que al hacer criminología se debía optar por apoyar el lado de los dominados. Hacer de lo criminal un campo de lucha más extenso.

38. Ferrajoli, “Criminología, crímenes globales y derecho penal”, 8.

39. David Harvey, *Razones para ser anticapitalistas* (Buenos Aires: CLACSO, 2020), 39.

40. Lola Aniyar de Castro, “La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes”, *Revista Interferencias*, vol. 0 (2008), <https://n9.cl/pyfzc8>.

41. En el sentido que propone Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 35.

constitucional universal donde las futuras generaciones sean las encargadas de proyectarla y realizarla.⁴² La incorporación de los datos de la realidad en la ciencia jurídico, penal es una tarea impostergable e ineludible por el peso de su propia historia. La ciencia integrada que hoy resulte de la advertencia efectuada en estas líneas será de gran utilidad para la consecución de los objetivos de legitimación del derecho penal, el cual debe servir a la clase excluida; para tal finalidad, la dogmática penal podría tomar en cuenta que:

A) Para los delitos económicos muy peligrosos bastará, para su incriminación, la comisión por imprudencia o negligencia. B) Se evitará, por medio de la legislación económica la elusión de la ley. En casos explícitos se castigarán estos casos. C) Utilizar la teoría de la complicidad y la figura del instigador. D) Descriminalizar [...] conductas que oscurecen la gravedad de la delincuencia económica. E) Proliferación y observación de las Reglas Mínimas internacionales para limitar el abuso del poder corporado trasnacional.⁴³

Como bien enseña Gargarella, para quienes confiamos que el derecho puede y debe ser otra cosa, es decir, “quienes lo pensamos desde un punto de vista igualitario, y por tanto democrático, tenemos que reconocer que puede y debe trabajar en la dirección opuesta, esto es, a favor del empoderamiento legal de los más débiles y en contra de la impunidad de los más poderosos”.⁴⁴

CONCLUSIONES

El derecho penal debe ser puesto al servicio de las clases excluidas, a fin de dotarlo de legitimidad como saber jurídico. En ese sentido, la construcción de un derecho penal de garantías o liberal pasa por la observancia estricta del principio de lesividad, que exige un daño real a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad en su conjunto. Aquello permitiría reconducir el poder punitivo hacia los crímenes con contenido altamente lesivo, que específicamente se engloban en los denominados delitos de sistema.

42. Peter Häberle, *Sobre el principio de la paz. La “cultura de la paz”. El tópico de la teoría constitucional universal* (Ciudad de México: IIJ-UNAM/Ediar, 2022), 293.

43. Lola Aniyar de Castro, *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología* (Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982), 143-4.

44. Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2023), 88.

Subvertir la selectividad penal conlleva una reelaboración de la dogmática destinada a configurar la persecución penal hacia los delitos de sistema o globales y, a su vez, emprender un proceso de descriminalización de delitos de subsistencia. La criminología crítica aportaría los datos de realidad necesarios para la sistematización de este tipo de delitos, lo cual implicaría establecer una política penal que considere la lesividad de los crímenes de sistema como su base operativa, con la consecuente creación de normas jurídicas que propendan a la consecución de tal finalidad.

El saber jurídico penal en su tradición milenaria ha sido usado como instrumento de las clases dominantes, lo que ha implicado procesos de criminalización excluyentes, siempre selectivos y sesgados. En la actualidad, los procesos de criminalización deben corresponderse con la realidad de nuestros pueblos y dirigirse a combatir los crímenes de los poderosos a fin de evitar la impunidad y garantizar el bienestar colectivo.

El derecho penal debe conducir, como todo *derecho*, a la convivencia pacífica de la sociedad latinoamericana. Para ello, debe guardar correspondencia con las garantías fundamentales, destinando la sanción penal hacia conductas lesivas que ponen en riesgo la vida e integridad de naciones enteras.

BIBLIOGRAFÍA

- Alagia, Alejandro, y Rodrigo Codino. *La descolonización de la criminología en América*. Buenos Aires: Ediar, 2019.
- Anitua, Gabriel. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- Aniyar de Castro, Lola. “La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes”. *Revista Interferencias* (2008). <https://n9.cl/pyfzc8>.
- . *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982.
- Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.
- . “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. *Revista Doctrina Penal* (1985).
- Batthyány, Karina. “América Latina y el Caribe es la región más desigual del planeta”. *CLACSO*, 21 de abril de 2023. <https://n9.cl/qdi6m>.

- Beristain, Antonio, y Elías Neuman. *Criminología y dignidad humana: diálogos*. Buenos Aires: Universidad, 2004.
- Castaldo, Andrea. “La naturaleza económica de la criminalidad organizada”. *Prudentia Iuris*, vol. 57 (2003). <https://n9.cl/kp479>.
- Delacampagne, Christian. *Historia de la filosofía en el siglo XX*. Barcelona: RBA, 2022.
- Europapress. “La violencia en las cárceles de Ecuador entra en un círculo vicioso que deja ya más de 400 muertos en menos de dos años”. *Europa Press Internacional*, 26 de noviembre de 2022. <https://n9.cl/1vxbm>.
- Ferrajoli, Luigi. “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”. *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 4 (2021): 7.
- . *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- . “El principio de lesividad como garantía penal”. *Nuevo foro penal*, vol. 79 (2012). <https://n9.cl/yfxb52>.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.
- Gargarella, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2023.
- Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1999.
- Häberle, Peter. *Sobre el principio de la paz. La ‘cultura de la paz’. El tópico de la teoría constitucional universal*. Ciudad de México: IJ-UNAM/Ediar, 2022.
- Harvey, David. *Razones para ser anticapitalistas*. Buenos Aires: CLACSO, 2020.
- INEC. 2023. *Censo Penitenciario Boletín Técnico n.º 02-2023-CP*. Instituto Nacional de Estadística y Censos. Mayo de 2023. <https://n9.cl/k0xm6>.
- Infobae. “Ecuador es el país latinoamericano donde más crecieron las muertes violentas”. *Infobae*, 17 de enero de 2023. <https://n9.cl/3znu0>.
- Jhering, Rudolf von. *La lucha por el derecho*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Kliksberg, Bernardo. “¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura”. *Nueva Sociedad*, n.º 215 (2008). ISSN: 0251-3552.
- Michilini, José, y Nicolás Segura. “Criminología y globalización”. *Universidad de Extremadura* (2020): 673-93.
- Morales, Alberto. *Fundamentos de la investigación documental y la monografía*. Mérida: Universidad de Los Andes, 2003. <https://n9.cl/oo2kn>.
- Naucke, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Pavarini, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2010.

- Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Sahd K., Jorge, Daniel Zovatto y Diego Rojas, eds. *Riesgo político América Latina 2023*. Santiago: Centro UC Estudios Internacionales CEIUC, 2023. <https://n9.cl/rqqnj>.
- Statista. *Desigualdad en la distribución de ingresos basado en el coeficiente Gini en América Latina y el Caribe en 2021, por país*. 15 de octubre de 2023. <https://n9.cl/v2rlyp>.
- Sutherland, Edwin. *Los delitos de cuello blanco*. Madrid: La Piqueta, 1999.
- Villabella, Carlos. “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”. En *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. <https://n9.cl/iuarn>.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- . *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: BdeF, 2014.
- . *Hacia dónde va el poder punitivo*. Santiago: Olejnik, 2022.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, e Ílison Dias Dos Santos. “Bosquejo para una etiología de la delincuencia”. *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, vol. 6, n.º 1 (2021): 3-14. doi:<https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i1.102>.