

Recensión a Tom Daems, *Making sense of penal change*. 2008. Oxford y New York: Oxford University Press (299 páginas).

El género de las recensiones ofrece ciertas oportunidades para el científico y para el científico social en concreto, entre las que merece destacarse su flexibilidad. De este modo constituye una buena forma de compartir reflexiones al hilo de una publicación de interés por sí misma o por el tema que trata. El género ha sido cultivado con dedicación por muchos autores en el ámbito de las ciencias criminales y ofrece conocimientos y pensamientos muy provechosos. Deploro, pues, el desprecio que muestra también por el mismo esa caja negra que es la evaluación del profesorado en nuestro país.

La Criminología europea actual ha encontrado en lo que se suele denominar *punitividad* o *punitivismo* su objeto de estudio predilecto. Este impacto ha sido mucho menor en los Estados Unidos de Norteamérica, donde sigue prevaleciendo el interés por las causas del delito. Ambas tradiciones criminológicas (Serrano Maíllo y Guzmán Dálbora, editores, *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas*, 2008) se encuentran en realidad mucho más conectadas de lo que a menudo se imagina. Un conocido criminólogo norteamericano con fuertes conexiones con Europa advirtió en cierta ocasión a uno de los genios de nuestra disciplina que la *tradicción etiológica/explicativa de las causas del delito* estaba siendo sustituida e irremediabilmente terminaría siendo desplazada por lo que aquí venimos denominando, utilizando un sustantivo extendido, *tradicción de la punitividad*. Está por ver si esta predicción llega a cumplirse en lo referente a la desaparición del estudio de las causas del delito, pero a día de hoy, guste o no, esta segunda tradición no ha alcanzado el grado de sofisticación teórica y empírico-metodológica de la primera. Aunque a mi juicio ambas tradiciones son legítimas y compatibles —o incluso, como he sugerido, concurrentes—, y en realidad tienen una rancia raigambre en nuestra área, algunos autores parecen entender que a las mismas subyacen dos tipos de Criminologías, una *buena* y otra *mala*. Todas las observaciones de esta naturaleza son, desde luego, bienvenidas por una disciplina que debe, en

primer lugar, ser crítica consigo misma. Muchas de ellas pueden también estar justificadas. Pensar que las mismas sólo son aplicables, en su caso, a una de las tradiciones de la Criminología es, en el mejor de los casos, ingenuo. En el peor de ellos, solamente un ejemplo más de las tendencias excluyentes que se observan en las sociedades contemporáneas y que, cómo no, nos afectan sin duda a los investigadores en cuanto que miembros de estas sociedades. O ¿qué pensábamos?

En España han aparecido ya algunas publicaciones sobre la materia y ciertos autores trabajan casi en exclusiva en la misma. Sin embargo, entre nosotros ha prevalecido el interés por el llamado *Derecho penal del enemigo*. En muy poco tiempo se ha producido una reacción explosiva que ha atraído a una mayoría de nuestros penalistas. Más aún, ha llegado a afirmarse que ¡todo el mundo debería tomar postura en esta materia! A mi entender, existen importantes relaciones entre ambos objetos de estudio —punitividad y Derecho penal del enemigo—. El Derecho penal del enemigo no sólo es una dimensión de las tendencias punitivas contemporáneas, sino fundamentalmente también *una definición de un estado de cosas*. Vistas así las cosas, no puede ser sorprendente que esta línea de investigación haya obviado las aportaciones teóricas y empíricas de la Criminología de los últimos, digamos, 15 años. Existen, así, pocos ejemplos de integración de ambas líneas (Aller, *Tesis doctoral*, 2009).

Algún paralelismo viene a la mente. Desde un punto de vista jurídico-penal, el delito se concibe como una *conducta* típica, antijurídica y culpable (y punible). El penalista contemporáneo se siente sorprendido de que hayan existido disputas sobre la conducta, su definición y rol en la teoría¹. Pero lo más notable es ¡la desconexión de todo aquel debate de los desarrollos sobre teoría de la acción en otras ramas del saber, sobre todo en Filosofía! ¡Precisamente en Filosofía, como si su influencia en el Derecho penal no fuera sobresaliente! Dicho con otras palabras, un debatido desarrollo de la *teoría de la acción* autónomo, *al margen de la teoría de la acción*. Me permito añadir que esta desconexión con la Filosofía de la acción a partir de mediados de los años 60 ha empobrecido teórica y conceptualmente la discusión jurídico-penal sobre el concepto de acción. No ya los conceptos tradicionales², sino también los más contemporáneos que se

¹ Puede surgir la sospecha, eso sí, de que tras esas disputas se escondiesen otras.

² Los conceptos causalista y final de acción son anteriores a estos revolucionarios desarrollos que se producen a partir de esta fecha de mediados de los años 60 del siglo pasado, de modo que estas observaciones no les alcanzan. En todo caso, estos conceptos son tan imprecisos que, en realidad, son compatibles con diversas teorías

manejan en la ciencia del Derecho penal, son muy ambiguos e imprecisos a la luz de los desarrollos desde Davidson y otros. Esta es una afirmación fuerte, aunque meditada (vid., sobre la teoría de la acción moderna aplicada al Derecho penal, imprescindibles, Duff, *Intention, agency and criminal liability: Philosophy of action and the criminal Law*, 1990; Moore, *Act and crime. The Philosophy of action and its implications for criminal Law*, 1993). ¿Cómo puede haberse debatido tanto sobre un elemento que a día de hoy parece tan liviano? ¿cómo puede haberse construido un debate tan minucioso al margen de los avances más generales sobre la cuestión?

De este modo, el actual debate científico sobre los desarrollos punitivos contemporáneos no puede hacerse al margen de las investigaciones empíricas y de los enfoques teóricos de la Criminología de hoy, al menos si aspira a ser verosímil. Habiendo decidido, pues, recensionar algún reciente trabajo sobre punitividad, elegí al azar de mi estantería el libro de Daems. El mismo se encuentra dividido en 6 capítulos. El primero de ellos tiene una vocación introductoria y ofrece el planteamiento general de toda la obra. A nuestros intereses es fundamental porque presenta dos interesantes hipótesis sobre las que volveré enseguida. Los cuatro siguientes capítulos están dedicados a la exposición y crítica de la obra de cuatro autores contemporáneos: Garland, Pratt, Boutellier y Wacquant (págs. 15-18 sobre la elección de los mismos). Excepto el tercero de ellos, la parte del león de cuya obra ha aparecido en holandés (pág. 145), se trata de teóricos bien conocidos. Finalmente, en el capítulo sexto se plantea, al hilo de las exposiciones críticas previas, una cuestión general acerca de la *vocación persuasiva* de la ciencia y de la Criminología en particular –sus fines, medios y límites.

La *descripción, interpretación y crítica* que se hace de Garland, Pratt y Wacquant —no estoy familiarizado con el trabajo de Boutellier— es valiosa, aunque algo desigual. Por ejemplo, para el caso del francés no se toman en cuenta las dimensiones simbólicas —en la línea del Durkheim tardío y de Bourdieu, entre otros—, que sobre todo recientemente desempeñan un rol decisivo en su postura. Ello altera notablemente la interpretación de Wacquant y, desde luego, pone en duda la basada en Rusche y Kirchheimer que propone Daems. La visita a aquellos cuatro autores aspira a ser exhaustiva y sistemática. Así, se revisa toda su carrera, publicaciones y líneas de

contemporáneas de la acción. Habiendo dicho esto, debo añadir que, a mi juicio, la obra de Welzel tiene una fuerte influencia de la fenomenología y que su concepto de acción es especialmente consistente con la tradición de Wittgenstein (Serrano Maíllo, *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*, 1999).

interés y se complementa con detalles biográficos que potencialmente podrían contribuir a una correcta interpretación. Más destacable si cabe es que en estos análisis no se olvidan las críticas valientes, absolutamente sin concesiones, que también encuentro valiosas —especialmente las originales—.

A mi juicio, sin embargo, el principal interés de esta monografía reside en dos hipótesis nucleares y de enorme calado teórico y metodológico que son planteadas. Quiero enfatizar que se trata de dos hipótesis muy audaces y de alcance potencialmente revolucionario. Llamaré a las mismas las *hipótesis del fracaso de los clásicos* y de *los enfoques criminológicos verticales*. El lector atento puede haberlas adivinado ya en los párrafos precedentes, sobre todo la segunda. Las mismas, por otro lado, no se encuentran desconectadas entre sí. A mi modo de ver, *Making sense of penal change* no es convincente, ni mucho menos, a la hora de defender ambas hipótesis. Esto no puede resultar sorprendente teniendo en cuenta, como acabo de señalar, la audacia de las mismas.

Comencemos por la primera. En un epígrafe titulado precisamente «El fracaso de los clásicos», Daems escribe que «existe una convicción compartida de que el conocimiento vigente es incapaz de dar cuenta de lo que está ocurriendo. Por un lado, los autores clásicos ya no eran percibidos como que tuvieran las respuestas a las nuevas preguntas»³, «Las ideas de los autores clásicos [...] continuaron inspirando a los autores [...] pero se volvió nítido que necesitaban ser seriamente remodelados (*reworked*) si es que querían salvarse del cubo de la basura» (págs. 8-9, vid. también 15 y 19). Aunque puede sugerirse que se trata de provocaciones, exageraciones, licencias... aquí y en el resto de su trabajo se plantea, tal y como yo lo entiendo, la hipótesis de referencia. Estos autores clásicos incluyen, entre otros, a Durkheim y a Elias.

Desde luego, puede estarse naturalmente inclinado a darle la razón a nuestro criminólogo. Y ello por diversos motivos. Si conocer de modo más bien superficial la obra de cada uno de estos autores exige muchos meses de duras lecturas y reflexiones, puede pensarse a bote pronto que sería un gran ahorro de tiempo y esfuerzo demostrar su inutilidad (vid. pág. 248). Quizá ésta sea la receta de un libro que se limita a manejar dos obras de Durkheim —ninguna de ellas trabajos nucleares suyos (pág. 266)— y despacha a Norbert Elias sin ninguna

³ Lamentablemente, nuestro autor despacha la afirmación de «convicción compartida» con dos citas de Garland y Whitman no sobre la incapacidad de los clásicos para *explicar*, sino para *predecir*.

referencia bibliográfica directa. Sea como fuere y dejando de lado valoraciones cínicas como las precedentes, la lectura de la monografía de Daems deja claro que la obra de **los comentaristas que expone no puede comprenderse al margen de la de los pensadores clásicos que antes ha considerado fracasados**. En efecto, Daems insiste en el pluralismo teórico de Garland, en el que Durkheim y Elias desempeñan, junto a otros, un rol importante (págs. 26-30, 40-43 y 233); subraya la perspectiva elisiana de las obras más importantes de Pratt (págs. 17, 69, 82, 87-96, 141 y 234); y caracteriza la posición de Boutellier como durkheimiana (págs. 17-18, 125, 129-132, 138, 146-150, 164-166 y 236). Por lo que se refiere a Wacquant, ya he adelantado el enfoque simbólico inspirado en Durkheim que incorpora a su perspectiva y puede añadirse su reconocimiento de Elias como una «herramienta poderosa» (en Loyal y Quilley editores, *The Sociology of Norbert Elias*, 2004, pág. 111). Por supuesto, nada de esto puede resultar sorprendente, pero a mi modo de ver es incompatible con la hipótesis de que clásicos como los recién mencionados hayan sido superados y deban abandonarse. No es preciso, pues, dedicar aquí espacio a la vigencia de Durkheim (Tejeiro, editora, *Émile Durkheim: entre su tiempo y el nuestro*, 2009), a su redescubrimiento hacia los años setenta (Pickering, editor, *Durkheim today*, 2002), a la reorientación de diversas tradiciones hacia el autor francés (Alexander, editor, *Durkheimian Sociology: cultural studies*, 1988), al vigor de su pensamiento a través de Mary Douglas, Goffman... o a la legión de criminólogos que reclamamos su legado. La propia exposición de Daems, así las cosas, refuta a las claras su primera hipótesis. Probablemente esté de más subrayar que tampoco hay quien proponga una aceptación acrítica de aquel legado.

La segunda hipótesis que planea Daems ha sido aquí denominada de *los enfoques criminológicos verticales* (págs. 10-15, 21, 232 y 243). A tenor de la misma, también en nuestra disciplina debería seguirse el método de estudiar en profundidad la obra y el legado en sentido amplio de algún autor concreto, como es habitual en Sociología y en Filosofía. La idea es que estos autores puedan considerarse criminólogos o al menos profesionales que hayan dedicado una cierta atención a nuestra rama del conocimiento. Los cuatro casos que propone podrían valer como ejemplos. Si esta hipótesis se interpreta como que, *aquí y ahora*, este enfoque es prometedor, entonces parece difícil de compartir. A mi modo de ver, es preferible que la Criminología haga hincapié en ser fiel al racionalismo crítico y proceda proponiendo teorías lógicas y consistentes y testándolas mediante investigaciones empíricas independientes. Sólo el tiempo dirá, eso sí, si nuestra disciplina es capaz de producir gigantes como Durkheim o Elias, sobre

cuyos hombros podamos ver más allá. Pero a día de hoy es dudoso que contemos con ellos, aunque puede venir a la mente algún candidato.

Con planteamientos de este tipo, nuestra monografía roza en realidad el terreno de la Sociología de la ciencia, y el capítulo que la cierra —«Criminología persuasiva»— es una confirmación de ello. El punto de partida es que, excepto Garland, los otros autores comentados por Daems *habrían recurrido a formas de persuasión que podrían denominarse extracientíficas* (págs. 232-240, 234 sobre todo). Nuestro autor, en contraste, defiende una Criminología que no puede renunciar a desempeñar un rol en la sociedad y en la Política criminal —esto es, a ser persuasiva—, pero ciñéndose a los cánones científicos, si es que quiere ser tomada en serio y no como una mera opinión más (págs. 242-243 y 246-255, 253-255 en especial). Las reflexiones de Daems resultan sugestivas e imprescindibles en una disciplina que quiera ser crítica con ella misma, aunque también nos conducen a un terreno pantanoso y, por recordar a Lombroso, un tanto metafísico. Pantanoso porque quizá Política y Ciencia no estén tan desconectadas como nos gustaría a Daems (págs. 253-255) y a mí también, de modo entusiasta (vid., por ejemplo, Lukes, *Emile Durkheim. His life and work. A historical and critical study*, 1973, pág. 364) —por no mencionar que es difícil compartir que en el éxito de Garland no hayan influido elementos extracientíficos—. Metafísico en cuanto que excede los límites de una disciplina empírica como la nuestra. De nuevo, el racionalismo crítico y la visión de nuestra misión como un proyecto colectivo pueden ofrecer barreras para las injerencias políticas en el ámbito de la Criminología científica (Popper, *The open society and its enemies*, 2 volúmenes, 1945), que, si existen en países con rancias tradiciones liberales (Hope, en Carlen, editora, *Imaginary penalties*, 2008, págs. 45-62), en el nuestro pueden llegar a ser asfixiantes.

ALFONSO SERRANO MAÍLLO