



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Ciencias Penales

*Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

**ABOLICIONISMO Y JUSTIFICACIÓN
DEL DERECHO PENAL**

Autores: Juan Pablo Guevara Silva
Loreto Pamela Paredes Castro

Profesora Guía: Myrna Villegas

2007

A mi madre, mi hermana y mis niños, por su
incondicional apoyo.

LORETO

A Berta, Pilar y Gladys, sin quienes tal vez
nunca habría pisado una Escuela de Derecho...

JUAN PABLO

«—La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.»

M. DE CERVANTES.

«Quienes son capaces de renunciar a la libertad esencial a cambio de una pequeña seguridad transitoria, no son merecedores ni de la libertad ni de la seguridad.»

B. FRANKLIN

«...no queremos anticipar el mundo dogmáticamente, sino solo encontrar el mundo nuevo por medio de la crítica del antiguo (...) si la construcción del futuro y la consumación de todos los tiempos no es asunto nuestro, estamos tanto más seguros de lo que debemos cumplir en el presente: la crítica despiadada de todo el orden existente, despiadada asimismo en el sentido de una crítica que no teme sus resultados ni los conflictos con los poderes existentes.»

K. MARX.

ÍNDICE

ÍNDICE	6
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I EL MODELO GARANTISTA DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL	18
1. EL DERECHO PENAL Y EL CONCEPTO DE CRISIS	18
2. EL MODELO GARANTISTA DE LEGITIMACIÓN	38
3. LOS CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN EXTERNA	48
3.1. LAS TEORÍAS TRADICIONALES DE JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL	55
3.2. EL FUNDAMENTO DE JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DERECHO PENAL EN EL GARANTISMO DE FERRAJOLI	69
4. LOS CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN INTERNA	75
5. TOMA DE POSTURA	88
CAPÍTULO II <u>SOBRE EL <i>SER</i> DEL DERECHO PENAL: LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR Y EL DECLIVE DEL IDEAL RESOCIALIZADOR. LA APARICIÓN DE UNA CRIMINOLOGÍA DE LA INTOLERANCIA</u>	92
1. PRELIMINARES	92

2. LA REHABILITACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO DE BIENESTAR.....	98
2.1. ANTECEDENTES	98
2.2. EL <i>WELFARISMO</i> PENAL	104
3. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR Y DEL MODELO RESOCIALIZADOR	117
3.1. LA CRISIS ECONÓMICA DEL ESTADO DE BIENESTAR.....	117
3.2. LA CRISIS DEL MODELO DE LA RESOCIALIZACIÓN	122
4. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CRIMINOLOGÍA DE LA INTOLERANCIA.....	134
4.1. LAS CAMPAÑAS POR LA LEY Y EL ORDEN	136
4.2. LA IDEOLOGÍA DE LA INTOLERANCIA Y EL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA: EL SURGIMIENTO DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGOS	157
4.2.1. Expansión penal y sensación de inseguridad social.....	160
4.2.2. Expansión del Derecho penal y mass media.....	176
4.2.3. Derecho penal simbólico y aumento del punitivismo.....	184
4.2.4. Expansión, emergencia y Derecho penal del enemigo	192
4.2.5. El Derecho penal del enemigo	195
4.2.6. Algunas manifestaciones prácticas del Derecho penal del enemigo	222
4.2.6.1. La represión del terrorismo.....	222
4.2.6.2. La ejecución de las penas	236
5. TOMA DE POSTURA: ¿SE ENCUENTRA EN CRISIS EL SISTEMA PENAL?	244
<u>CAPÍTULO III EL ABOLICIONISMO COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL</u>	<u>250</u>

1. PRELIMINARES.....	250
2. DEFINICIÓN DE ABOLICIONISMO PENAL CONTEMPORÁNEO.....	256
3. ANTECEDENTES DEL ABOLICIONISMO PENAL CONTEMPORÁNEO.....	262
4. LA ACTITUD ABOLICIONISTA FRENTE AL DELITO	288
5. UN SISTEMA PENAL <i>LADRÓN</i>, QUE LE EXPROPIA EL CONFLICTO A LAS PARTES	294
6. LA CRÍTICA ABOLICIONISTA A LAS TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA PENA Y EL DERECHO PENAL	302
6.1. LA CRÍTICA A LA IDEOLOGÍA DE LA REHABILITACIÓN	303
6.2. LA CRÍTICA A LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL	312
6.3. CRÍTICA AL MODELO NEOCLÁSICO O JUSTICE MODEL	325
7. LA PROPUESTA ABOLICIONISTA.....	345
7.1. UN CAMBIO EN LOS CONCEPTOS	349
7.2. UNA JUSTICIA PARTICIPATIVA Y COMUNITARIA	351
7.3. LA ABOLICIÓN GRADUAL DEL SISTEMA PENAL A TRAVÉS DE LA DECRIMINALIZACIÓN..	355
8. TOMA DE POSTURA: OPINIÓN CRÍTICA SOBRE LOS PLANTEAMIENTOS ABOLICIONISTAS	368
<u>CONCLUSIONES.....</u>	<u>376</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>399</u>

INTRODUCCIÓN

Uno de los numerosos tópicos que se pueden hallar en la doctrina penal contemporánea dice relación con que en parte importante de ésta se sostiene que hoy por hoy el Derecho penal en general, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos, se encontraría en *crisis*. Si bien los fundamentos y argumentaciones que se esgrimen para llegar a tal conclusión son muy variadas, un punto en el que la mayoría de los diagnósticos coinciden es que en la actualidad el Derecho penal moderno, surgido de la matriz de la Ilustración, no estaría siendo capaz de responder a las necesidades propias de sociedades cada vez más complejas, en donde el aumento de los riesgos y las necesidades de seguridad se han convertido en una de las preocupaciones más relevantes para la comunidad.

Ahora bien, si nos atenemos a que el Derecho, como otros múltiples institutos del sistema social, siempre han presentado diferentes crisis, como manifestación de las necesidades que presenta el devenir histórico para adecuarse continuamente a las nuevas condiciones, decir entonces que el Derecho penal se encuentra en crisis, no sería sino reconocer que estamos frente a un cuerpo normativo vivo, que necesita desarrollarse y reinventarse en

la medida en que también lo hacen los otros componentes del cuerpo social. Bajo esta perspectiva, la situación actual no sería muy distinta de otras que se han vivido con anterioridad, y si bien es necesario prestarle atención y tomar medidas, como cada vez que algo precisa ser modificado o ajustado, ello no sería sino dentro de los cauces propios que los mismos sistemas siempre contemplan como medios para enfrentar sus problemas internos. Pero es precisamente en este último punto en donde la situación actual podría decirse que hace excepción a otras crisis que el sistema penal ha debido enfrentar.

En efecto, uno de los rasgos distintivos de la actual crisis del sistema penal, es que los cuestionamientos no se limitan sólo a develar la falta de adecuación de determinados institutos que debieran ser reformados, sino que va mucho más allá, llegando a cuestionar las bases mismas de sustentación sobre las que se erige todo el sistema penal. Así por ejemplo, ante los nuevos riesgos de la sociedad moderna, en la que junto a niveles de productividad cada vez más altos y a una mejora general de las condiciones de vida, también se ha desarrollado preocupantemente un aumento de los niveles de criminalidad, se ha llegado a cuestionar fuertemente muchos de los principios que se consideraban piedra fundamental del Derecho penal en un Estado democrático; y así mientras el Derecho penal, desde BECCARIA hasta acá, habitualmente se consideró no sólo un mecanismo para hacer frente a quienes deciden transgredir determinadas normas fundamentales de la vida en comunidad, sino

también como una forma de limitar el poder desmesurado del Estado frente al hombre común, hoy en día hay quienes están dispuestos a relativizar esos principios que tienen por fin minimizar el poder punitivo estatal, en pos de conseguir mayores niveles de seguridad, independientemente de que ello pueda, a la larga, significar una notoria merma de otros valores tan importantes como es la libertad, en sus diversas manifestaciones, y cuya conquista ha sido precisamente una de las mayores empresas que en el pasado emprendieron nuestras sociedades, y en muchos casos la razón de ser del surgimiento de gran parte del Derecho penal moderno.

Así, en lugar de seguir bregando por un sistema penal que sea efectivamente la *ultima ratio* a que acudir cuando no existe ningún otro mecanismo que resulte adecuado, hoy en día asistimos a un verdadero proceso inflacionario del ámbito penal, que pretende introducirse hasta en los aspectos más íntimos de la vida de los ciudadanos, y todo ello en pos de una mayor seguridad —seguridad que en la práctica muchas veces es sólo aparente, dado que gran parte de esas medidas restrictivas que en el discurso gozan de amplia popularidad y aceptación, cuando se las traslada al medio social no logran dar solución real a los problemas, sino que sólo los enmascaran o incluso pueden hasta agravarlos, como por ejemplo ocurre con esa vieja creencia de que basta con someter a encierro a todos los individuos desviados, y los sospechosos de serlo, para que la delincuencia pueda

reducirse drásticamente, supuesto que a nuestro juicio es altamente cuestionable, no sólo en cuanto a su efectividad, sino también en cuanto a su legitimidad como presupuesto en un sistema democrático.

Ante esta notoria pérdida de sentido del Derecho penal moderno, frente al cuestionamiento que se hace de las bases mismas sobre las que aquel tradicionalmente se ha asentado —que es lo verdaderamente distintivo de la actual crisis del sistema penal—, han surgido numerosas voces que pretenden llenar los vacíos que la operatividad actual del sistema penal ha ido dejando. Así, mientras para algunos es necesario realizar una refundación de los principios y objetivos que a través del Derecho penal se pretenden satisfacer —reformulándolos en función de las necesidades actuales, aunque ello signifique dejar de lado muchos de los fundamentos que hasta ahora le han servido de sustento, como por ejemplo hacen los sostenedores de la doctrina del Derecho penal del enemigo—; para otros es menester retomar la senda fijada por los teóricos de la Ilustración, y así devolver al sistema penal al cauce tradicional que se ha entendido como legítimo, estrictamente ajustado a lo que es el respeto incondicional de los Derechos individuales de las personas, y que hoy en día han sido consagrados explícitamente por la mayoría de las Constituciones de los países occidentales y también por muchos instrumentos internacionales.

Entre estas posturas que van desde aquellas que preconizan un Derecho penal más amplio y autoritario, y aquellas que pueden identificarse con una concepción más restrictiva del mismo, o si se quiere, más liberal, existe una variopinta gama de posiciones y concepciones —que podría afirmarse es tan variada y tiene tantos matices como autores se han avocado a estudiar el tema.

Sin embargo, a más de estas posturas, que tienen en común el hecho de que todas ellas tratan de dar respuesta a lo que se considera la crisis del Derecho penal desde dentro mismo del sistema, sin cuestionar en el fondo su necesidad como herramienta de control social, han aparecido en los últimos decenios también otras, que desarrollan una crítica mucho más extrema, al punto que llegan a cuestionar que el sistema penal moderno, como lo conocemos, tenga alguna utilidad, postulando incluso que dado que aquel en la práctica no resuelve ninguno de los problemas cuyo tratamiento se le adjudica en teoría, es necesario suprimirlo completamente, dando paso a otros mecanismos, diametralmente distintos y no punitivos de resolver los conflictos que actualmente caen bajo la órbita del sistema penal. Estas teorías son las que se conocen como *abolicionismo*, y si bien ellas carecen de una homogeneidad en sus postulados que permita entenderlas como un todo único y monolítico, tienen en común el hecho de realizar una crítica despiadada del sistema penal en sí, tanto sustantivo como adjetivo, restándole todo grado de legitimidad, por lo que proponen su abolición.

Ahora bien, aunque en el pasado ya han existido distintas tesis que desde el ámbito político y filosófico han postulado la desaparición del Derecho penal, o de partes importantes de él —habitualmente como consecuencia de una transformación más radical y global de la sociedad en su conjunto, como por ejemplo ha sostenido el anarquismo—, algo que distingue al abolicionismo moderno es que sus sostenedores no lo plantean como consecuencia de una transformación social mayor, sino que muchos de ellos parecieran afirmar que esto es posible incluso dentro de nuestras sociedades liberales actuales. Además la crítica en estos casos no proviene necesariamente ni de la filosofía ni de la política, sino que desde dentro mismo de la doctrina penal y criminológica, lo cual le da a sus postulados un cariz distinto del que han tenido en el pasado, y exigen por tanto un grado de atención mayor desde el propio campo de la ciencia jurídica en general, y particularmente de la penal, toda vez que de llegar a materializarse en la práctica las propuestas abolicionistas, ello sin duda habría de tener consecuencias insospechadas no sólo en el ámbito jurídico, sino para toda la realidad social, toda vez que con ello se estaría afectando uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta el moderno Estado de Derecho en el mundo occidental.

En atención a lo anterior es que durante el desarrollo de este trabajo, abordaremos el estudio de la *supuesta* crisis de legitimidad del Derecho penal,

y de la respuesta que desde el abolicionismo se da frente a ella. Para esto partiremos de dos hipótesis de trabajo que intentaremos comprobar:

1º *Efectivamente, el Derecho penal moderno se encuentra en crisis.* Esta es una crisis de legitimación que se expresa en la notoria pérdida de sentido de este subsistema, con violaciones manifiestas a los principios básicos que tradicionalmente se entiende que lo informan, lo que se traduce en un aumento generalizado de la irracionalidad penal, que hace perder a éste muchos de los elementos que lo han hecho ser considerado una garantía para los individuos frente al poder punitivo del Estado.

2º *La abolición del Derecho penal no es la respuesta adecuada a la crisis.* Pese a sus falencias, el Derecho penal aún está llamado a cumplir determinadas funciones sociales, que van más allá de la mera represión de las conductas delictivas.

Para demostrar la primera hipótesis, primeramente expondremos el modelo en base al cual hemos de realizar el análisis. Como ya anteriormente hemos afirmado, decir que el Derecho penal se encuentra en crisis no puede ser una afirmación «aséptica», necesariamente requiere una toma de posición para escoger un modelo que nos permita decidir si, de acuerdo con éste, efectivamente existe una crisis. En nuestro caso, optaremos por hacer uso del modelo elaborado desde el garantismo, ya que nos parece el más adecuado y el que en términos generales mejor nos interpreta.

Una vez expuestas las características generales del modelo de legitimación garantista, realizaremos un breve diagnóstico de la situación actual del sistema penal en general, a objeto de definir en base a éste si existe o no una crisis del Derecho penal, de acuerdo a los parámetros de validez exigidos por el garantismo.

Definida la situación del Derecho penal contemporáneo, nos avocaremos con posterioridad a exponer lo que son los puntos centrales de las doctrinas abolicionistas, para lo cual nos serviremos del análisis de lo dicho por sus principales representantes.

Definida la salida que los abolicionistas dan a esta presunta crisis del Derecho penal, intentaremos demostrar por qué esta resulta una respuesta inadecuada. Finalmente, en las conclusiones de este trabajo, trataremos de esbozar una teoría básica de lo que a nuestro entender debe ser el camino necesario para salir de la presunta crisis del Derecho penal, y así arribar a una relegitimación de éste.

CAPÍTULO I EL MODELO GARANTISTA DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL

1. EL DERECHO PENAL Y EL CONCEPTO DE CRISIS

Etimológicamente el término crisis proviene del griego *κρίσις* que significa «juicio», «elección», y en general «terminación de un acontecer en un sentido o en otro».¹ De este modo, cuando se habla de crisis, se está simbolizando el desarrollo de un proceso que llega a un estadio en que una etapa culmina para dar paso a otra distinta, con sus propias y particulares problemáticas. Durante la crisis, se produce el punto de tensión máximo entre las distintas salidas posibles que plantea una situación dada, de manera que ya no es posible mantenerse bajo las mismas condiciones existentes hasta antes de la crisis, dándose entrada a una nueva fase, en que se opta por alguna de las salidas dilemáticas planteadas durante ésta, cuestión que podrá atraer indistintamente resultados positivos o negativos, sin que sea posible realizar dicha valoración *a priori*, sino sólo *a posteriori*, una vez que la crisis ha transcurrido y la nueva situación se encuentra ya en su propio proceso de desarrollo, gestando en sí

¹ FERRATER MORA, José, «Diccionario de Filosofía», 5ª edición, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1965

las condiciones para el advenimiento de una nueva crisis, de ahí la buena cuota de incertidumbre que acompaña a éstas.

Aún cuando las crisis sean algo habitual, ellas no pueden entenderse como un mero bache en el transcurso de un desarrollo lineal, sino que por lo habitual se la asocia a un quiebre, una ruptura, un cambio de sentido, que si bien puede ser más o menos profundo, siempre es importante. Al manifestarse, los fundamentos sobre los que se asentaba la situación que entra en crisis comienzan a perder sentido, y ellos ya no son capaces de justificar el orden existente, se deslegitiman, por lo que se hace necesario reelaborarlos o bien reemplazarlos por otros nuevos más adecuados a las nuevas condiciones.

Esto último es importante, porque para que una crisis propiamente se manifieste no basta con que las condiciones objetivas se encuentren en un estado de decadencia, ni siquiera basta con que los fundamentos generales sobre que se asienta una situación objetivamente resulten inadecuados o del todo falsos, pese a ello un sistema o una situación puede seguir desarrollándose de manera relativamente estable sin que entre en crisis. Para que concurra ésta es necesario que además entre a participar un elemento subjetivo, que interactúe conjuntamente con las condiciones objetivas. Esto es, la toma de conciencia, o la autoconciencia, del estado general de las cosas, que lleva a quien sufre la crisis a plantearse la imposibilidad de seguir soportando el orden existente tal y como está trazado.

Así entonces, para que se pueda decir que existe una crisis se hace menester la concurrencia de estos dos elementos: *condiciones objetivas* que hagan insustentable la mantención del *statu quo*, tal y como se venía desarrollando; y presencia de *condiciones subjetivas*, que hagan al individuo adquirir la conciencia del estado de las condiciones objetivas, empujándolo a dirimir el dilema de escoger entre alguna de las salidas que la situación le plantea.

De este modo lo expresa HABERMAS cuando al exponer su concepto de crisis, menciona que él, en su acepción precientífica es tomado desde la medicina: Dada una enfermedad, lo objetivo se encuentra representado por el real estado en que se encuentra el individuo en quien las condiciones generales de su organismo habrán de determinar la posibilidad, cierta o no, de recuperar el buen estado de salud. Nada importa en este aspecto la conciencia que el sujeto tenga respecto de su enfermedad, puesto que aquello que éste sienta o la forma en que asume el desarrollo de la enfermedad no serán sino síntomas de un proceso sobre el que apenas puede influir. En este caso, no se puede hablar que la enfermedad sea *en sí* una crisis, sino que será sólo una situación problemática más que no requiere *per se* una toma de posición que haga variar sustancialmente la vida del sujeto o la percepción que él tiene de ésta. Cuestión distinta es la que sucede cuando desde el punto de vista médico se trate de la vida o la muerte de una persona. En este caso, según afirma HABERMAS, no es

posible hablar de crisis si el proceso objetivo se observase sólo desde el punto de vista de las condiciones objetivas que han dado origen a la enfermedad y determinan su desarrollo, sino que es menester también considerar la percepción interior de quién la padece: «el paciente experimenta su impotencia respecto de la enfermedad objetiva sólo por el hecho de que es un sujeto condenado a la pasividad, privado temporariamente de la posibilidad de estar, como sujeto, en la plena posesión de sus fuerzas.»²

En este sentido, la crisis se asocia a la idea de un poder objetivado que le arrebató al sujeto una parte de la soberanía que habitualmente le corresponde, teniendo aquel conciencia de este hecho. Por ello entonces, habitualmente se entiende que la crisis tiene un sentido normativo, y que la solución de la crisis aporta una liberación al sujeto que la vive.³

Esta noción de crisis también es posible encontrarla en la dramaturgia clásica, en que «la contradicción que se expresa en el apogeo catastrófico de un conflicto dramático es inherente a la estructura del sistema de la acción y a los propios sistemas de personalidad de los héroes. El destino se cumple en la revelación de normas antagónicas frente a las cuales sucumbe la identidad de los personajes cuando estos se muestran impotentes para reconquistar su

² HABERMAS, Jürgen, «*Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*», Madrid: Cátedra, 1999, p. 18.

³ HABERMAS, Jürgen, «*Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*», cit., p. 20.

libertad, doblegando el poder mítico del destino mediante la configuración de una nueva identidad.»⁴

En efecto, en la tragedia clásica resulta relevante el hecho de que la crisis representa el punto de inflexión en que los personajes sucumben ante la fuerza objetiva del destino, frente al cual el hombre nada puede hacer; sin embargo, éste no se mantiene ajeno al desenlace del nudo dramático, sino que toma conciencia de su situación y de la forma en que los hechos se han sucedido para cumplir su destino. Así por ejemplo ocurre en *Edipo Rey* de SÓFOCLES, en que hacia el final de la obra, Edipo toma conciencia de cómo, en su ignorancia, se han ido cumpliendo uno a uno los vaticinios del oráculo de Delfos que auguró antes de su nacimiento que él sería el asesino de su padre y el esposo de su madre. Empero, ante la crisis que esto le provoca, Edipo, como le señala al Corifeo, aunque tiene la opción de quitarse la vida y así cesar el profundo dolor que el destino le ha deparado, opta por una salida distinta, quedar ciego, para con ello evitar ver a su padre y a su madre en el Hades, y mirar en vida los frutos de su vergüenza —sus hijos, nacidos de la relación incestuosa con su madre—. En este punto, Edipo no sólo desenlaza la crisis mediante la autoconciencia de los hechos objetivos que le rodean, sino que también adquiere cierta autonomía, pues como expresa, si bien fue Apolo quién en él cumplió los terribles infortunios que relata la obra, es sólo su decisión la

⁴ HABERMAS, Jürgen, «*Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*», cit., p. 20.

que lo hizo optar por la ceguera, y el posterior destierro, antes que por la muerte, cuestión que deja en claro al dialogar con el Corifeo:

«CORIFEO.- ¡Ah, tú que has cometido acciones horribles! ¿Cómo te atreviste a extinguir así tu vista?, ¿qué dios te impulsó?

»EDIPO.- Apolo era, Apolo, amigos, quien cumplió en mí estos tremendos, sí, tremendos, infortunios míos. Pero nadie los hirió con su mano sino yo, desventurado. Pues ¿qué me quedaba por ver a mí, a quien, aunque viera, nada me sería agradable de contemplar?».

Llevados al contexto de las ciencias sociales, HABERMAS afirma que es MARX el primero en introducir en ellas una noción de crisis sistémica⁵. Para este último, el capitalismo se caracteriza porque presenta permanentes crisis estructurales, que si bien por si no desembocan necesariamente en una situación revolucionaria, tienen la particularidad de que ellas se van progresivamente acentuando a través del tiempo, volviéndose cada vez más graves. Estas crisis producidas en la estructura económica, tienen a su vez un reflejo en la superestructura política, social y cultural, que llevan a la situación de que la clase dominante no pueda seguir ejerciendo el poder de la misma forma que lo hacía hasta antes de la crisis, por lo que se le hace imperioso readecuar su estrategia de dominación a fin de poder seguir ejerciéndola. En

⁵ HABERMAS, Jürgen, «*Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*», cit., p. 21.

este punto cobra relevancia el concepto de *legitimidad*, toda vez que a efectos de poder ejercer su control, la clase dominante no puede estar permanentemente recurriendo al uso de la fuerza directa y develada, sino que es menester que los sujetos dominados vean cierto grado de *legitimidad* aceptable en el sistema imperante, a efectos de asumirlo como una situación justificada. En la medida en que la crisis produce una sensación de ilegitimidad en la conciencia de los dominados, ello trae como consecuencia la aparición de una situación revolucionaria, en los términos expresados por LENIN, de que las clases dominantes no pueden seguir ejerciendo el poder como antes, ni las clases oprimidas están dispuestas a seguir aceptando las condiciones actualmente existentes.

Esta idea marxiana tiene interés a objeto de nuestro estudio, no sólo porque describe los elementos de la crisis propios que aparecen en una situación revolucionaria, que es quizá el mejor ejemplo de la manifestación de una crisis en los procesos históricos, sino que además ella nos brinda otros elementos que son importantes para entender la crisis. En primer lugar, como MARX planteaba, las crisis son connaturales al modelo capitalista —sea este de orientación liberal o capitalismo de Estado como el que existió en los países de la órbita de la ex-Unión Soviética después de 1943—, cuestión aplicable a todo modelo de producción en la historia. Ello es así producto de la concepción dialéctica que este autor tenía respecto de la historia, en la cual periódicamente

se producen tensiones entre los opuestos en pugna, que llevados a su expresión máxima de enfrentamiento entre *tesis* y *antítesis* da como resultado una *síntesis* que corresponde a la salida de la crisis. A este respecto entonces, se hace necesario distinguir entre una crisis y una simple turbulencia en el desarrollo histórico. Una crisis se caracteriza, como dijimos al comenzar este acápite, porque da término a una situación dando paso a una nueva etapa, con características diferentes a la que entró previamente en crisis. Por su parte, las meras turbulencias, por más acentuadas que ellas sean, son resueltas al interior del proceso mismo, esto es, no necesariamente dan paso a una nueva situación, con características propias, con lo que la turbulencia sería sólo un bache en el desarrollo de una determinada situación.

Por otra parte, también del concepto marxiano, se puede derivar que no toda crisis debe ser entendida como una contingencia que termina con un modelo social para dar paso a otro. Las crisis son esencialmente graduables, y dependerá del grado de gravedad de ellas las salidas posibles y si estas dan paso a una situación totalmente nueva o a una solamente reformada, o incluso si mantienen vigente el sistema preexistente que ha entrado en crisis, en el entendido que en este último caso se producirá una relegitimación, que hace inadecuado hablar de una «misma situación que se mantiene», sino que la crisis, si bien no alterará estructuralmente el estado de cosas, si cambiará aspectos sustantivos del sistema imperante a fin de perpetuarlo.

Así entonces, no toda crisis es necesariamente estructural, sino que ella también puede plantearse sólo a nivel de la superestructura, por ejemplo, sólo en el subsistema legal o político, sin que por ello afecte sustancialmente las bases del sistema en su conjunto. Aunque, es importante destacar, que esta crisis en la superestructura generalmente además irá acompañada de crisis o tensiones producidas en la estructura que en cierta medida condicionen las características de la crisis superestructural. Y asimismo, una crisis estructural, también habrá de afectar a la superestructura, dado el grado de relación dialéctica que existe entre ambas.

De acuerdo a lo anterior, si lo miramos desde un punto de vista dialéctico, la crisis sería entonces parte connatural de una realidad que se encuentra en permanente movimiento, sería la etapa en que *tesis* y *antítesis* confluyen, se encuentran y chocan, para dar paso a la necesaria *síntesis*, que si bien no mantendrá inalterado el estado anterior, no necesariamente representa una ruptura absoluta con la situación preexistente, sino que es parte de un continuo ininterrumpido de acontecimientos que da paso a nuevas situaciones. Tratándose de un sistema social, la crisis puede significar el momento en que se hace necesario realizar una crítica a la realidad existente, a las directrices que rigen un modelo social, para dar un salto cualitativo hacia un estadio que puede ser, superior o inferior, al anterior, pero nunca idéntico. En el período de crisis, la sociedad en su conjunto, o alguno de sus componentes, puede

plantearse el sentido de su identidad, los principios que la rigen, y optar por el camino que históricamente se presente más adecuado, aún cuando con ello no siempre se signifique que el camino elegido sea el correcto, sino que es la forma que se *crea* correcta para hacer frente a los desafíos del presente. Por eso creemos que la crisis —su causa, forma, motivaciones, implicancias y posibles salidas— es necesariamente un acontecimiento determinado históricamente, y se encuentra definida por la posición ideológica dominante en un momento histórico dado. En atención a ello tampoco puede esperarse que las crisis adquieran siempre iguales características, ni den idénticos resultados; incluso en una misma sociedad, y en un mismo momento histórico, es posible que se presenten múltiples crisis y las salidas a ellas no siempre sean coincidentes. Tampoco puede afirmarse que los resultados de la crisis sean siempre parte de un proceso evolutivo, ya que también las respuestas que se den a las disyuntivas planteadas por la crisis pueden significar una involución respecto de la situación preexistente, como por ejemplo ocurre a nuestro juicio, cuando una sociedad en lugar de avanzar hacia mayores niveles de libertad frente a una situación de crisis opta por volver hacia respuestas y actitudes más autoritarias, donde incluso caigan en descrédito derechos antes tenidos en gran estima.

«Esto se entiende mejor aún —dice YACOBUCCI— cuando se toma en cuenta que todo proceso envuelve la idea de sentido u orientación; es decir, de

un desenvolvimiento hacia ciertos objetivos —sin que esto suponga un juicio de valor— que, frente a la crisis, pierden inteligibilidad y provocan confusión. Cuando el término "crisis" se dirige al ámbito de la vida social, política o jurídica la significación describe la ruptura de un determinado orden —ya sea en los principios de organización, los valores, las instituciones o las normas—. En nuestro tiempo, puede incluso considerarse que la crisis supone en estos campos la quiebra de la forma por la cual se entiende, acepta, padece o legitima alguna realidad socio-política. En este caso, la crisis representa la falta de bases legitimadoras, la ruptura de lo dado y precedentemente desarrollado —aquí también con un sentido neutro—.»⁶

El Derecho penal, como parte importante de todo sistema social, no se encuentra exento de sufrir estas crisis, y no podría ser de otro modo. Así como la sociedad va pasando por continuos cuestionamientos que le llevan a replantearse cada tanto su curso histórico, en la misma medida también se va optando por diferentes principios filosóficos, jurídicos, morales, económicos, etc., que incuestionablemente habrán de determinar la forma en que una construcción social dada habrá de enfrentar las trasgresiones que se produzcan en contra de su sistema normativo, sea cual sea éste. Así como en los distintos momentos históricos se ha optado por un determinado modo de producción y

⁶ YACOBUCCI, Guillermo, «*El sentido de los Principios Penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*», Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 28.

por una determinada forma de gobierno, así también los mecanismos de control social han sido distintos dependiendo del tipo de sociedad que haya primado en una determinada época. Sería impensable creer que, por ejemplo, el sistema jurídico penal que sirvió en la sociedad esclavista o en la sociedad feudal, pudiera a su vez ser útil, sin modificación alguna, durante la primacía del capitalismo y la vigencia del Estado liberal. Del mismo modo en que las conductas consideradas delictivas no han sido idénticas en todas las épocas, así también las respuestas que frente a ellas se han planteado no siempre han sido las mismas. Tal vez para el ojo profano de hoy en día le resulte difícil concebir que no sea la privación de libertad la respuesta más «lógica» frente al delito, y tal vez le cueste creer que la prisión, así como hoy la conocemos, es una institución relativamente nueva, que nace casi a la par en que el sistema de producción capitalista comienza a imponerse⁷. Y asimismo, tal vez ya no sólo para el profano, sino incluso para muchos hombres de Derecho contemporáneos, también les sea difícil pensar en otro método punitivo distinto de los que actualmente conocemos, o incluso en la desaparición de la pena en sí, como plantean los *abolicionistas*, sin embargo, la historia nos enseña que no es adecuado cerrarse a ninguna posibilidad, por descabellada que pueda parecer a nuestros ojos «posmodernos».

⁷ Para un estudio de la evolución histórica de los mecanismo punitivos vid.: MELOSSI, Darío & Massimo PAVARINI, «*Cárcel y Fábrica, los Orígenes del Sistema Penitenciario: Siglos XVI-XIX*». México: Siglo XXI, 1980; y RUSCHE, Georg & Otto KIRCHHEIMER, «*Pena y estructura Social*». Traducción de Emilio GARCÍA MÉNDEZ. Bogotá: Temis, 1984

Así entonces, de acuerdo a lo anterior, decir que el Derecho penal está en crisis no es algo que nos debiera asombrar demasiado ni tampoco debiera ser objeto de mayor preocupación. Por el contrario, ello daría cuenta de que estamos frente a un cuerpo vivo, que no se queda anquilosado en las redes del pasado, sino que se halla en permanente evolución. Como señala SILVA SÁNCHEZ: «La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal), empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestros días»; y el mismo autor agrega: «tal crisis o tensión permanente no constituye, en sí, un fenómeno negativo; al contrario, probablemente es éste el motor de la evolución del Derecho penal. Una evolución que, a mi entender, muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma en *síntesis* sucesivas de signo ascendentemente humanitario y garantístico, pese a lo que algunos momentos de *antítesis* puedan llevar a pensar. Así, lo negativo, más que en esa realidad,

se hallaría en los intentos de ocultarla, creando pantallas ideológicas que tratan de aparentar armonía allí donde hay una confrontación esencial.»⁸

Ahora bien, cabe preguntarse: si las crisis son connaturales al Derecho penal, si el Derecho penal *siempre* ha estado en crisis, así como ocurre con muchas áreas de la estructura social, ¿por qué hoy en día el tema ha cobrado tanta relevancia, por qué se habla con tanta insistencia de la crisis del Derecho penal contemporáneo?

Sin lugar a dudas, dar una respuesta cabal al anterior cuestionamiento es un tema complejo que excede con mucho los márgenes de esta investigación. No obstante, creemos importante realizar una pequeña caracterización de lo que esto significa, a objeto de seguir adelante con nuestro trabajo.

En general, se habla de que la crisis del Derecho penal contemporáneo sería distinta de las que hemos caracterizado como crisis connaturales del Derecho penal, porque a diferencia de lo que ocurría tradicionalmente, hoy el Derecho penal no se encuentra cuestionado en tal o cuál área, como forma de readecuar sus normas a las necesidades sociales nuevas que hubieran surgido, sino que en la actualidad la crisis abarca hasta sus bases mismas de sustentación, y es por ello que se habla de una *crisis de legitimidad de todo el Derecho penal en su conjunto*, y no sólo de una determinada parte de él. Como

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo», 1ª Edición. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 13-14

señala SILVA SÁNCHEZ: «es cierto que el Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, “*ius puniendi*”), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de *legitimación*: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. Sin embargo, asimismo se halla en crisis la llamada “ciencia del Derecho penal”: es ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, y también una crisis de “legitimidad epistemológica”, de validez científica.»⁹

Como podemos observar, esta crisis del Derecho penal es globalizante, abarca los más diversos aspectos de éste, no obstante, puede afirmarse que tanto la crisis de identidad como la crisis de legitimidad epistemológica, no son las más graves, toda vez que la discusión sobre ellas se mantienen dentro de los cauces propios del Derecho penal, sin llegar a cuestionar sus bases o su propia existencia, o al menos, como dice YACOBUCCI, ello no resulta imprescindible a objeto de efectuar la crítica: «No es que se omita analizar su

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*», cit., p. 14

inserción filosófica, ética o política, sino que los planteos atienden a los títulos que fundamentan al derecho penal, dejando a salvo su justificación básica»¹⁰.

Cuestión distinta es la que ocurre cuando hablamos de la *crisis de legitimación* del Derecho penal. En este caso nos estamos refiriendo a una corriente crítica, variada y no homogénea, que no se limita a cuestionar tal o cual aspecto del Derecho penal, sino que lleva el debate al centro mismo de la existencia de la potestad punitiva del Estado, restándole, en mayor o menor medida, legitimidad. Entre estos, hay sectores que afirman la deslegitimación absoluta de toda respuesta penal, en tanto ésta se basa sobre principios falsos, que causan más daño que el mal que pretenden mejorar. Esta postura radical se encuentra representada por los autores abolicionistas, quienes, desde distintos puntos de vista, llegan a la conclusión de que el Derecho Penal tal y como lo conocemos debe ser suprimido y reemplazado por métodos no punitivos de solución de conflictos, que respondan a las necesidades individuales de los involucrados y no al macronivel estatal. Los principales representantes de esta corriente son los juristas escandinavos Louk HULSMAN, Thomas MATHIESEN y Nils CHRISTIE¹¹.

¹⁰ YACOBUCCI, Guillermo Jorge, «*La Deslegitimación de la Potestad Penal*», Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 112.

¹¹ Para un estudio sobre el pensamiento abolicionista, vid: COHEN, Stan [Ed.], «*Abolicionismo Penal*», Traducción de CIAFARDINI, Mariano y Mirta BONDANZA. Buenos Aires: Ediar, 1989

En particular, es HULSMAN quien sostiene la posición más extrema, en cuanto a partir de su crítica a la noción de delito —que considera una construcción conceptual que carece de una verdadera realidad ontológica, y que es además discriminatoria y estigmatizante a través de la cual se describen meras situaciones problemáticas, que no pueden ser englobadas en un conjunto, toda vez que responden a factores diversos sin necesaria relación entre sí¹²— llega a la conclusión de que es necesario abolir todo el Derecho penal. Así, en su obra «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*», escrita junto a Jacqueline BERNAT DE CELIS, afirma: «Es preciso abolir el sistema penal. Es decir, romper el vínculo especial que une entre sí — de modo incontrolado e irresponsable, con desprecio de las personas directamente implicadas, a base de una ideología de otra época y apoyándose sobre un falso consenso— a los órganos de una máquina ciega cuyo objeto mismo consiste en la producción de sufrimiento estéril. Tal sistema es un mal social, y los problemas que está llamado a resolver —los cuales no resuelve en absoluto, ya que nunca hace lo que se supone está llamado a hacer— deben ser abordados de otra manera».¹³

¹² SARRULLE, Oscar Emilio, «*La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación)*». Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, p. 51

¹³ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*», Barcelona: Editorial Ariel, 1984, p. 7

Otras corrientes también críticas con el Derecho penal, aún cuando de carácter más bien «reformistas», y no tan radicales en sus planteamientos como el abolicionismo, se encuentran representadas por la criminología crítica, el realismo marginal (que en Argentina ha enarbolado ZAFFARONI) y el minimalismo (también llamado garantismo), cuyos principales exponentes son BARATTA y FERRAJOLI. Todas estas posturas, aún cuando difieren entre sí respecto a los grados y objeto de la crítica, comparten en común el hecho de que cuestionan profundamente la concepción actual del Derecho penal, aunque sin llegar a negarle toda utilidad, sino más bien abogan por un Derecho penal «distinto», mejor. Como afirma SILVA SÁNCHEZ, son posturas reformistas, «que sin valorar negativamente la evolución habida en el Derecho penal moderno, sí han adoptado o adoptan una postura crítica frente a la realidad del sistema penal, pretendiendo introducir elementos de progreso, en uno u otro sentido, que, no obstante, se mantengan en el seno del propio sistema.»¹⁴

Otro aspecto de la crisis, aparte de los ya vistos, es la llamada *crisis de expansión del Derecho penal*. En este caso, partiendo de una concepción minimalista y garantista del Derecho penal, se mira con preocupación el moderno fenómeno inflacionario del orden punitivo, el cual progresivamente pierde su carácter de *ultima ratio*, para transformarse en una herramienta de

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo», cit., p. 17.

acción política, marcada por el simbolismo, la retórica y el aumento del punitivismo.

Ahora bien, a nuestro juicio, para arribar a la conclusión de si todas estas críticas vertidas en torno al Derecho penal resultan o no pertinentes para hablar de la existencia de una crisis, es necesario fijar primeramente un modelo *ideal* en torno al cual efectuar el análisis para, por contraste, determinar aquellos aspectos en que efectivamente la crítica es válida y permite concluir la existencia, real o presunta, de una situación de crisis que vaya más allá de las meras necesidades de readecuación que todo sistema y subsistema social requiere para enfrentar los nuevos desafíos del devenir histórico. Esta labor implica necesariamente una toma de postura por parte del observador, ya que el optar por uno u otro modelo de legitimación no es nunca una cuestión aséptica, sino que es menester inclinarse por alguno de los distintos modelos prevaletentes hoy en día, y en función de él llevar adelante el análisis.

El Derecho, a diferencia de las ciencias exactas, no es algo que se pueda comprobar empíricamente para llegar a una solución de verdad o falsedad de las proposiciones que tengan una naturaleza incuestionable. Como en todas las ciencias sociales, las proposiciones surgidas desde la ciencia jurídica a lo más pueden ser objeto de una argumentación, tendiente a exponer la mayor o menor adecuación de aquellas en función de un modelo dado, el cual habrá de ser definido filosóficamente de acuerdo a la valoración de

determinados objetivos políticos y sociales que se pretenden cumplir, teniendo siempre presente el principio meta-ético de que en la consecución del fin constantemente se deben considerar también los medios necesarios para alcanzarlo, por cuanto por muy loable que pueda aparecer un determinado fin —como podría ser la seguridad— si los medios para lograrlo no son capaces de satisfacer ciertos requisitos mínimos de carácter axiológico, entonces se deberá optar por otros, aunque puedan parecer no tan efectivos para la consecución del fin. Y si ninguno de los medios posibles es éticamente aceptable, entonces es el fin mismo el que debe ser cuestionado.

Siguiendo el anterior razonamiento, en los párrafos que siguen expondremos el que, en nuestra opinión, es el modelo de legitimación del Derecho penal que mejor satisface las necesidades de un Estado moderno y democrático, en el que aquel no sólo debe cumplir con la función de garantizar la estabilidad y la seguridad de la sociedad, sino que también debe salvaguardar otros principios fundamentales, como el respeto irrestricto de los derechos individuales de las personas, en el que la libertad, en sus diversas manifestaciones, cumple un rol preponderante. Es en función de dicho modelo, que posteriormente podremos hacer la valoración de si el Derecho penal se encuentra efectivamente en una situación de crisis, de si los principios que se esgrimen como argumentos para legitimarlo son o no adecuados, o si, por el

contrario, este carece de toda razón de ser en nuestras sociedades contemporáneas y debe ser eliminado, como sostienen los abolicionistas.

2. EL MODELO GARANTISTA DE LEGITIMACIÓN

Cuando hablamos de legitimidad, nos estamos refiriendo a la justificación que se hace de algo en base a criterios que trascienden al mero objeto legitimado; es decir, el acto de legitimar siempre hace relación a una evaluación externa que se realiza a fin de hacer oponible a terceros lo que se está legitimando.

Como ya adelantamos, a diferencia de lo que ocurre con las ciencias exactas, donde las proposiciones son *descriptivas* y evaluadas en cuanto de ellas pueda comprobarse su *veracidad* o *falsedad* empírica, en Derecho el objeto de estudio recae sobre normas —jurídicas— que en sí son *prescriptivas* y *contrafácticas*, y por tanto no pueden ser *ónticamente* demostradas sino sólo *deónticamente* argumentadas, ya que no pertenecen al mundo del ser, sino del deber ser, y por ello sobre sus proposiciones no caben los juicios de veracidad-falsedad, sino que sólo se puede predicar de ellas su validez/invalidéz, eficacia/ineficacia, justicia/injusticia.¹⁵

¹⁵ SERRANO, José Luis, «Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica», 1ª edición, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 30.

Subsecuentemente, los juicios de justicia/injusticia de una norma, refieren a la valoración externa que se hace de ella en base a criterios extrajurídicos. En este punto, es importante señalar que al hablar de «valoración externa» no estamos haciendo uso del término «externo» en el mismo sentido que al hablar de todo juicio de legitimidad. En aquel, lo externo es la actitud que toma el observador frente al objeto que se pretende legitimar, y los argumentos vertidos para que el juicio de legitimidad propuesto sea oponible a terceros, esto es, para que adquiera cierto grado de validez universal, independiente del origen que tengan los argumentos utilizados para realizar la justificación. En cambio en el juicio de justicia/injusticia, además de realizarse la justificación en los términos antes explicitados, los criterios que se utilizan para practicarla también son «externos» al sistema normativo, en tanto en cuanto corresponden a principios no jurídicos —políticos, éticos, sociales, etc.—, en base a los cuales se realiza la legitimación.¹⁶

Por su parte, los juicios de validez/invalidéz de las normas hacen relación a un criterio de legitimación intrajurídico, es decir, a la oponibilidad que estas tienen en virtud de si en ellas se da satisfacción a los requerimientos prescritos por un ordenamiento jurídico dado para que una norma se encuentre justificada. En este punto, la doctrina garantista ha sostenido la necesidad de distinguir

¹⁶ SERRANO, José Luis, «Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica», cit., p. 18.

entre dos conceptos diferenciados: la validez formal (o vigencia) y la validez material (validez en sí o validez sustantiva).¹⁷ De acuerdo con esto, el juicio de vigencia respecto de una norma jurídica, corresponde a la determinación de si en su adopción se dio cumplimiento a los requisitos establecidos dentro del ordenamiento para que ella entre en vigor, es decir, se dirige a la mera constatación de si la norma cumple con los requisitos para existir dentro de un ordenamiento, limitándose a un mero análisis de hecho o técnico con el objeto de constatar «que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario»¹⁸. Como constatación fáctica que es, el juicio de vigencia es susceptible de comprobación empírica de verdad/falsedad.

Por otro lado, los juicios de validez *en sí*, o de validez material, se refieren a establecer si una determinada norma se encuentra ajustada a las exigencias sistémicas establecidas dentro de un ordenamiento, esto es, si en su contenido la norma se encuentra concordada a los requerimientos sustantivos

¹⁷ Sobre la distinción entre vigencia y validez, vid.: SERRANO, José Luis, «*Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*», cit., pp. 51 y ss; y RUIZ MIGUEL, Alfonso, «*Validez y Vigencia: Un cruce de caminos en el modelo garantista*», en CARBONELL, Miguel & SALAZAR, Pedro, «*Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*», Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 211-232.

¹⁸ SERRANO, José Luis, «*Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*», cit., p. 51.

determinados por otras normas de mayor jerarquía¹⁹. Al igual que los juicios de justicia, los juicios de validez son valorativos, por oposición a los juicios sobre vigencia, que son eminentemente técnicos. El juicio de validez habrá de dirigirse al contenido mismo de la norma y a su adecuación con aquellas superiores, y por ello es un juicio complejo, no empíricamente comprobable, sino argumentable, que no tendrá una respuesta de si o no, de verdad-falsedad, de blanco o negro, sino que puede ser graduable, en función de la mayor o menor adecuación de la norma a lo dispuesto por la jerárquicamente superior. El *juicio de validez* se distinguirá del *juicio de justicia*, en que a diferencia de este último, el juicio de validez siempre habrá de ser interno, intrajurídico, y responderá a los criterios que el mismo ordenamiento se ha planteado. Según expone en este sentido SERRANO: «la validez está sometida a una dinámica de control interno, tiene un componente de racionalidad (lingüística y sobre todo) sistémica que la justicia no tiene, o no al menos en el mismo grado».²⁰

Finalmente, el juicio de eficacia /ineficacia, hace referencia a la idoneidad de la norma para dar satisfacción práctica a las expectativas que se tuvieron para su adopción. A su vez, éste puede descomponerse en cuatro criterios que

¹⁹ SERRANO, José Luis, «Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica», cit., p. 51; RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Validez y Vigencia: Un cruce de caminos en el modelo garantista», cit., p., 213

²⁰ SERRANO, José Luis, «Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica», cit., p. 53.

podrán tomarse en consideración al momento de realizar el juicio sobre la eficacia/ineficacia de una norma de conducta:

- a. *Eficacia de cumplimiento*: Evaluación que se hace respecto de si la norma es efectivamente acatada en la práctica por aquellos a quienes va dirigida
- b. *Eficacia de sanción*: evaluación referida a si, cumplida la hipótesis de su incumplimiento, este es efectivamente sancionado en la forma que la norma establece. En ese caso, la apreciación va dirigida no tanto hacia los ciudadanos, sino hacia los jueces u operadores encargados de sancionar en la práctica las trasgresiones de lo establecido por la norma.
- c. *Efectividad*: atiende a valoraciones referidas a la instrumentalidad de la norma, esto es, si es capaz de servir como medio para alcanzar los fines que a través de ella se persiguen.
- d. *Eficiencia*: En este caso, lo que se evaluará es si la norma cumple sus fines de tal forma que el costo derivado de ello es menor que el beneficio obtenido, es decir, que el coste de alcanzar los fines previstos para la norma se hallen dentro de los márgenes razonables que pueden admitirse.

Salvo la eficiencia, que necesariamente implica la existencia de la efectividad, puesto que una norma no podrá ser eficiente si no es capaz de

materializar en la práctica los fines que se le atribuyen, el resto de los criterios de eficacia pueden darse de manera independiente o interrelacionados entre sí. De este modo, una norma podrá ser efectivamente cumplida y sancionada, y sin embargo no ser capaz de cumplir con los requisitos de efectividad, en tanto pese a su general acatamiento puede que no sea adecuada para plasmar los fines que se esperan de ella. Y también podrá ser eficaz porque se le cumple, reconocerse que a través de ella efectivamente se materializan los fines presupuestados, y sin embargo concluir que ella es ineficiente, por cuanto los costes de materializar estos fines son superiores a los beneficios que ellos producen.

Los juicios que se pueden hacer respecto de una norma han dado origen a diferentes teorías en torno a la legitimación, cada una de las cuales hace hincapié en alguno de estos criterios a la hora de fundamentar su justificación. Así por ejemplo, para los *iusnaturalistas* una norma será válida sólo si es justa, y por ello reducen todo el asunto de la legitimidad a la justicia. Mientras que otros, como el *formalismo ético*, también identificarán justicia y validez, sin embargo llegarán a una conclusión opuesta a la anterior, en cuanto afirmarán que una norma es justa en la medida de que ella sea válida. Por su parte el *realismo jurídico* afirmará que lo fundamental se encuentra en la eficacia, así una norma será legítima en la medida en que tenga aplicación práctica, independiente de su validez. Y finalmente, el *positivismo jurídico*, afirmará que

todo el asunto se reduce a la validez, en donde se mezclan validez formal y material, o validez *en sí* y vigencia, y por tanto una norma será legítima en la medida en que tenga una existencia real dentro del ordenamiento de acuerdo a las exigencias que haga a este respecto una norma de rango superior.

Pensamos que ninguna de las anteriores posturas es capaz de dar un criterio útil de legitimación, aplicable al Derecho penal de nuestros días. El reduccionismo en que cada una de ellas cae les lleva a obviar la importancia que tienen criterios que a su vez no son tomados en consideración y que sostienen las otras posturas. Así por ejemplo, *iusnaturalismo* y *realismo jurídico* no logran ver la importancia que tienen los criterios de validez a la hora de dar legitimación a un sistema. Por su parte tanto el *formalismo ético* como el *positivismo jurídico* creen poder librarse de la importancia que tiene el problema valórico, cuestión que a nuestro juicio es imposible sin caer en fundamentaciones irracionales, que en definitiva tienen como ulterior punto de justificación el *poder por el poder*.

Además, *iusnaturalismo* y *formalismo ético*, violan el principio *metalógico* conocido como *Ley de Hume*, de acuerdo al cual del *ser* no puede derivarse el *deber ser* (o de las proposiciones descriptivas derivarse las normativas), ni viceversa. Por ello, estas teorías pueden ser caracterizadas como ideológicas, en tanto confunden ser con deber ser, incurriendo en una falacia naturalista: en el caso del *iusnaturalismo*, al sostener que una norma por el hecho de ser justa

es a la vez válida; y en el caso del *formalismo ético*, al proponer que una norma sólo por el hecho de ser válida es por ello también justa²¹. En este caso, se tiende a una confusión entre derecho y moral inaceptable en estos días, toda vez que la separación entre los dos ámbitos ha sido un logro obtenido ya desde los tiempos de la Ilustración, que tuvo como resultado una secularización del Derecho consagrada fundamentalmente a través del principio de legalidad y la consiguiente positivización de las normas. Como lo expresa FERRAJOLI: «no es la moral, la naturaleza o la justicia, ni siquiera “esa *iuris-prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos estado, y lo que él manda” lo que constituye la ley, confiriendo a un comportamiento relevancia penal. En su virtud resultan excluidas de la “ciencia jurídica positiva”, en tanto que no fundadas empíricamente en el derecho positivo, todas las diversas definiciones sustancialistas del delito por medio de connotaciones ontológicas de tipo moral, natural, político o social en vez de meramente legales, así como las legitimaciones ideológicas del derecho penal conectadas con ellas.»²²

²¹ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», cit., p. 220; GUIBOURG, Ricardo, «*Luigi Ferrajoli y el Utilitarismo Penal Reformado*», en «*Analisi e Diritto, Ricerche di Giurisprudenza Analitica*», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Genova. Torino: Giappichelli Editore, 1999, p. 116; GASCÓN ABELLÁN, Marina, «*La Teoría General del Garantismo: Rasgos generales*», en CARBONELL, Miguel & SALAZAR, Pedro, «*Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*», Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 23

²² FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», cit., pp. 221-222.

Por su parte, el realismo jurídico también trasgrede la *Ley de Hume*, al pretender eliminar la barrera entre normatividad y efectividad, justificando la prohibición y el castigo a partir de los datos de la realidad, con lo que reducen el deber ser al ser *del* o *en el* derecho, según si la efectividad que se mide es la materialización que los fines del Derecho penal tienen en el Derecho positivo, o si las normas positivas tienen o no una aplicación real en la práctica.²³

Finalmente, el positivismo jurídico aunque evita caer en esta confusión entre ser y deber ser, separando claramente Derecho y moral, tiene a nuestro entender el grave inconveniente que al justificar el sistema por sí mismo, pierde de vista que el Derecho en general, y el Derecho penal en particular, debe cumplir determinados fines sociales, que no son sólo un referente para determinar el contenido de las normas, sino que además determinan dialécticamente su razón de ser, toda vez que por más que una norma cumpla en sí todos los requisitos formales y sustanciales de validez, si no es capaz de reflejar en el mundo real su operatividad, se vuelve entonces insustancial, perdiendo todo su sentido.

Así, aunque el principio de legalidad, donde se asienta gran parte de la legitimación positivista, fue una conquista importante que nos heredó la Ilustración, al dar ciertas garantías y certezas a los individuos frente al *ius*

²³ FERRAJOLI, Luigi, «Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal», cit., p. 220.

puniendi estatal, por sí sólo resulta insuficiente para justificar en sí todo el Derecho penal y necesita de otros puntos de apoyo. Como sobre el particular afirma ZAFFARONI: «las teorías que se agotan en la legalidad formal quedan como suspendidas en el vacío, dado que requieren un punto de apoyo que legitime el proceso mismo de producción normativa, que se ha buscado largamente, sea en la idea de "soberano", en la presupuesta y no cuestionable legitimidad de la "norma fundamental" o en la regla última de reconocimiento. La búsqueda ha sido infructuosa y las teorías de la legalidad formal no han podido eludir la legitimación del poder mediante su mero ejercicio.» Y más adelante este mismo autor agrega: «En el mundo actual —y especialmente en nuestro margen— la insuficiencia legitimante de la legalidad formal es bastante clara, al punto de no existir en el ámbito de los discursos jurídico-penales ninguna tentativa seria de legitimar el sistema penal mediante una construcción que excluya de sí todo lo que no sea mera completividad lógica.»²⁴

Así entonces, no basta con la mera coherencia interna para entender que un sistema normativo se encuentra legitimado, por más que se entienda que en las normas de rango superior se encuentran contenidos muchos de los principios fundamentales que expresan las ideas predominantes en una época, y que por tanto basta con que se respeten estos para justificar la legitimidad de

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*», 2ª reimpression. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1998, p. 24.

una norma. Es necesario además que el *deber ser* que explicitan las normas tenga un correlato con el *ser* de la vida social, que ellas sirvan para realizar los fines que se esperan del Derecho penal, cuestión que no puede evaluarse exclusivamente desde el punto de vista interno del Derecho.

Por ello en este trabajo seguiremos una postura distinta, la *garantista*, que realiza el juicio de legitimidad del sistema penal en base a dos ámbitos bien delimitados e irreductibles entre sí: un fundamento externo, referido a principios —éticos, sociales, políticos, racionales, etc.— que se encuentran fuera del sistema normativo penal, a través de los cuales se realiza el análisis axiológico del sistema penal y de su operatividad social; y por otro lado un fundamento interno, que dice relación con principios intrajurídicos, propios del sistema normativo como tal, que habitualmente se encuentran contenidos en las normas de rango superior en la forma de principios, que expresan la positivización de los valores fundamentales de una sociedad históricamente determinada.

3. LOS CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN EXTERNA

Según lo expresara MARX, el poder político, el Estado, no es otra cosa sino «violencia organizada»²⁵. En palabras de WEBER, el Estado «como todas las asociaciones políticas que históricamente lo han precedido, es una relación

²⁵ MARX, Carlos & ENGELS, Federico, «*Manifiesto del Partido Comunista*», en MARX, Carlos & ENGELS, Federico, «*Obras Escogidas*», Moscú: Editorial Progreso, [s. f.], p. 50.

de *dominación* de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es vista como tal)»²⁶. Si bien naturalmente la violencia no es el medio habitual ni el único de que el Estado puede servirse para cumplir sus objetivos, ésta constituye *en sí* el único medio que le es propio y característico, y del cual se priva al resto de las asociaciones humanas, las cuales no podrán nunca ejercer «violencia legítima», sino en la medida en que sea el Estado quién se los permita.²⁷

Ahora bien, para que el Estado pueda ejercer su dominación, sin tener que recurrir permanentemente al uso de la fuerza física, es necesario que quienes se ven *dominados* por éste, entiendan que la violencia que ejerce el Estado se encuentra *justificada*, es decir, se requiere «que los dominados *acaten* la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan», en caso contrario, si se cuestionara ampliamente la legitimidad que tiene el Estado de ejercer privativamente la violencia, sería el Estado mismo el que entraría en crisis, dado que como señalamos al dar nuestro concepto de *crisis*, para que ella ocurra es menester no sólo que existan condiciones objetivas que parezcan como sintomáticas de aquella, sino que además es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo, que provoque una toma de conciencia general que lleve a no aceptar el orden imperante por considerarse *ilegítimo*, situación en la

²⁶ WEBER, Max, «*El Político y el Científico*», Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 84.

²⁷ WEBER, Max, «*El Político y el Científico*», pp. 83-84.

que estaríamos frente a una *crisis de legitimidad* en sentido estricto. Como lo expresara LENIN, para que exista una situación revolucionaria —que es la mayor crisis a la que se puede ver enfrentado el Estado—, es menester no sólo que las *capas altas* no puedan seguir dominando como antes, sino que además las *capas bajas* tampoco deben estar dispuestas a seguir viviendo como hasta entonces²⁸, sólo ante esa situación puede sobrevenir la revolución y el subsecuente desmoronamiento del poder estatal.

El Estado puede ejercer privativamente esta violencia «*legítima*» de distintas formas, dependiendo de las condiciones históricas y las necesidades que estas le planteen. Así por ejemplo, en una situación de guerra externa, lo hará mediante la movilización de tropas con el objeto de defenderse del enemigo externo, y posiblemente además recurrirá al uso de aquellas medidas extraordinarias que la ley le otorga en estos casos, a fin de garantizar también la seguridad interna, las cuales habitualmente pueden importar ciertas restricciones de derechos que podrían resultar inaceptables bajo otras circunstancias. No obstante, en tiempos de paz, las facultades que se le otorgan al Estado para hacer uso de la «*violencia*» se encuentran mucho más limitadas, y así en un Estado Democrático, ella deberá siempre ajustarse al

²⁸ LENIN, Vladimir I., «*La Enfermedad Infantil del "Izquierdismo" en el Comunismo*», 1ª edición, 4ª reimpresión, Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1975, pp. 89-90.

imperio de la ley, con el respeto pleno a las garantías y derechos individuales, para que su uso pueda considerarse legítimo.

El medio habitual y más característico —aunque no el único²⁹— por medio del cual el Estado está «autorizado» a ejercer violencia sobre sus miembros, es el Derecho penal. Es un hecho socialmente aceptado, y en general muy poco cuestionado, que a través de la imposición de una pena el Estado pueda causar dolor y restringir gravemente las libertades de algunos de sus miembros, en el entendido de que las conductas que de este modo son sancionadas, constituyen desviaciones cuyas consecuencias provocan un alto grado de dañosidad social que el Estado se encuentra en la obligación de

²⁹ Además del sistema penal, el Estado puede servirse de otros mecanismos e instituciones que importan una privación de derechos de sus miembros e incluso la posibilidad de causarles «dolor», como por ejemplo ocurre con el caso del confinamiento de los sujetos considerados «enfermos mentales» peligrosos; la reducción de los menores, en principio excluidos de ser sancionables penalmente por los actos desviados que pudieren cometer, pero a los cuales igualmente se los somete a regímenes de privación de sus libertades a través de medidas llamadas de «protección», pero que en el fondo no son sino otra forma de control social, muy parecida al sistema penal formal; el sometimiento a cuarentenas de ciertos sectores de la población en caso de que la salud pública así lo amerite, etc. Según señala NINO, «La justificabilidad de estas medidas en casos particulares puede ser controvertible, pero ella es raramente atacada como cuestión de principio general, siempre que ciertas condiciones mínimas sean satisfechas. Puede ser discutible si un leproso, o los leprosos en general, deben ser puestos en cuarentena, pero muy pocos pensarían que la institución de la cuarentena como tal deba someterse a un escrutinio filosófico profundo. Hasta un escolar sostendría que tales medidas son justificables en tanto en cuanto sean ellas necesarias y efectivas para la protección de la sociedad en conjunto. Se tiene en cuenta que en tales casos esa protección en concreto no envuelve una medida contra un enemigo externo de la sociedad, sino contra un miembro de ella que tiene él mismo derecho de reclamar los beneficios de tal protección. Así, pues, esta clase de protección supone causar un daño a lo mismo que se trata de proteger contra daños mayores. Si decimos que la comunidad sufre un daño cuando uno de sus miembros contrae una enfermedad, tenemos obviamente que decir lo mismo cuando a alguno de sus miembros se lo priva de la libertad.» (NINO, Carlos Santiago, «*Los Límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*», 1ª edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, pp. 209-210)

precaer.³⁰ De este modo, se sostiene que el *ius puniendi* en manos del Estado, constituye una herramienta más por medio de la cual cumplir el fin general de garantizar la seguridad de sus miembros a objeto de que estos puedan desarrollarse plenamente, disfrutando de sus libertades individuales y colectivas.

Ahora bien, dado que la pena constituye la carga más grave que se puede imponer a un individuo, se entiende que no basta con ese fin general que se puede reconocer en el Derecho penal, y que en cierta medida comparte con todo el ordenamiento jurídico en sí, y que en definitiva es uno de los deberes particulares que se le imponen al Estado. Esto, porque a fin de meramente procurar la seguridad de la sociedad en su conjunto, podría entonces justificarse casi cualquier medida de parte del Estado que tienda a ello, incluso aquellas que en el fondo importan negar parte de esa misma libertad que el Estado está en la obligación de promover y salvaguardar. Además, el hecho de aceptar que se pueda imponer dolor a ciertos individuos, con el sólo objeto de con ello conseguir determinados fines sociales también aparece, en principio,

³⁰ «La connotación de la indiscutible dañosidad social constituye la condición indispensable para que, por un lado, la generalidad de los ciudadanos pueda aprobar la incriminación de un hecho y, por otro lado, para que la persona concreta pueda, legítima y eventualmente, ser encaminada de modo fructífero a la recuperación social: la acción de resocialización, o el efecto de no-desocialización, requiere, ante todo, que el sujeto perciba con claridad la antisocialidad de su comportamiento, o bien, el ataque significativo a un bien jurídico merecedor de tutela penal.» (MOCCIA, Sergio, «*De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María [ed.], «*Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*», 1ª edición, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 113-114

como algo cuestionable, razón por la que en los casos en que ello pudiera aceptarse, debería serlo sólo en la medida de que efectivamente se cumplan esos fines, evitando en lo posible echar mano a ese recurso y reduciéndolo sólo al mínimo que aparezca como estrictamente necesario, y siempre que no hayan otros mecanismos diversos, no punitivos, a los que recurrir. De ahí que en general en doctrina exista una estrecha relación —e incluso confusión— entre lo que son las llamadas *teorías de la pena* y las *teorías sobre los fines del Derecho penal*, ya que a través de aquellas lo que en el fondo se pretende es otorgar legitimidad al Derecho penal, es decir, justificar racionalmente la posibilidad de imponer un castigo, el cual puede afectar el patrimonio, la libertad e incluso la vida de una persona³¹, por ello al decir de BACIGALUPO, se puede afirmar que: «toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal».³²

Es a estas teorías a las que nos referimos cuando hablamos de la justificación externa del sistema penal, por cuanto ellas hacen alusión a criterios externos, fundamentalmente *extrajurídicos*, por medio de los cuales legitimar la intervención punitiva del Estado y responder a la pregunta de: *¿Por qué y para qué castigar?*. A este cuestionamiento es al que los diversos autores,

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan & HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, «*Lecciones de Derecho Penal*», Vol. I, 1ª edición, Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 44.

³² BACIGALUPO, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 29.

prácticamente desde la aparición del Derecho penal moderno, han intentado dar satisfacción, y si bien puede decirse que en estricto rigor existen casi tantas *teorías* o *respuestas* como autores se han referido al tema, en general ellas responden básicamente a dos líneas de pensamiento, que si bien en la actualidad casi no reciben sustento en su formulación pura, tal y como fueron concebidas, de todas formas se mantienen presentes en las nuevas teorías elaboradas por los autores modernos³³, quienes sólo se encargan de darles una distinta enunciación o de realizar construcciones eclécticas que las yuxtaponen, poniendo el acento en algún u otro aspecto característico de la teoría original, por lo que se puede sostener que no existen «nuevos discursos legitimantes sino nuevas combinaciones y formulaciones de los tradicionales», todos los cuales en definitiva no son sino variaciones de la función general de la llamada «*defensa social*».³⁴

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*», 1ª Edición. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 198.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, «*Derecho penal. Parte General*», 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 56. Estos autores sostienen que incluso las *teorías absolutas*, que en principio renuncian a todo contenido empírico o pragmático como justificación de la pena, también en definitiva terminan por buscar su justificación en la Defensa social. Sobre el particular agregan: «El mayor esfuerzo por negarle este contenido lo llevó a cabo KANT, pero no pudo evitar que su concepto de pena estuviere impuesto por la necesidad de conservar un estado ético en el ser humano: siendo la ética pauta de convivencia social, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar, también termina en su defensa.»

3.1. Las teorías tradicionales de justificación del Derecho penal

Estas líneas de pensamiento *justificacionista*, habitualmente reciben la denominación de «*teorías absolutas*» y «*teorías relativas o de la prevención*».

Las **teorías absolutas** de la pena pueden ser definidas como aquellas que atienden «sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica *retribución*, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena».³⁵ De acuerdo con ella entonces, la pena se justifica únicamente por ser el merecido castigo a quien ha cometido una trasgresión, a quien se le retribuye mal por mal, para que expíe su pecado, con independencia de toda otra consideración. Para ésta, la aplicación de la pena no debe atender a criterios de personalidad, peligrosidad, resocialización del autor o repercusión social que la imposición de la pena puede tener. Sólo el acto en sí y como tal es juzgado, no otra cosa.³⁶

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, «*Introducción al Derecho penal*», 2ª edición, Buenos Aires: Editorial B. de F., 2001, p. 71

³⁶ SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 26. Los principales exponentes de esta forma de entender la pena, son los filósofos idealistas: Immanuel KANT (1724-1802) y Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831).

Para KANT la pena es considerada como un imperativo categórico, como una exigencia incondicionada de justicia, que hay que tratar en forma independiente de toda consideración utilitaria. La pena no puede nunca fundamentarse en que ella sirva de medio para alcanzar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad; es decir, ella no puede instrumentalizarse a favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado. El delito se presenta cuando un individuo viola el imperativo categórico, esto es, cuando usa a otro como medio y no como un fin en sí mismo. Ante ello, el Estado puede y debe reaccionar, pero a su vez debe hacerlo respetando al imperativo categórico. Es decir, el Estado para sancionar el delito no puede usar al trasgresor como *medio*, sino que como *fin* en sí mismo, por cuanto en su accionar también deber comportarse de acuerdo a las máximas morales, y por tanto le está

vedado violar, a su vez, el imperativo categórico. De ahí que la pena sólo puede fundamentarse en la violación del imperativo categórico, y como impuesta ella misma por un imperativo categórico, sin que pueda asignársele ningún otro fin ulterior, porque en caso contrario respondería a un *imperativo hipotético*, y dejaría de ser moral. Así entonces: «La pena jurídica no puede aplicarse nunca como un simple medio de procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido: porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aún cuando pueda ser condenado a perder su personalidad civil».(KANT, Immanuel, «*Principios Metafísicos del Derecho*», citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*», Tomo II, Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 146).

Respecto de la medida de la pena, KANT afirma que sólo la *ley del talión* puede ofrecer la cualidad y la cantidad del castigo.(KANT, Immanuel, «*La Metafísica de las Costumbres*», Barcelona: Altaya, 1996, p. 167.) Así, en la *Crítica de la Razón Pura*, llega a establecer que la pena de muerte es la única sanción justa para el asesino y sus cómplices, así como también lo es para el autor de cualquier otro delito público que sólo la muerte puede expiar. (MOCCIA, Sergio «*El Derecho Penal, entre Ser y Valor. Función de la Pena y Sistemática Teleológica*». Buenos Aires: Editorial B. de F, 2003, p. 34.)

Por su parte HEGEL, quien también ve en el castigo penal un afán retributivo, aplica su método dialéctico al análisis de la finalidad de la pena, llegando a establecer que ésta no es sino *la negación de la negación del Derecho*.(BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Control Social y Sistema Penal*», Barcelona: Editorial Promociones Publicaciones Universitarias (PPU), 1987, p. 90.) Este filósofo entendió que existe una voluntad general que está constituida por el Derecho abstracto, y que frente a ella, a través del delito, se erige una voluntad particular que con su comportamiento niega esa voluntad general. En este sentido, el fin de la pena se encuentra en restablecer la voluntad general a través de una negación; es decir, de una *negación de la negación*. Quien comete un delito expresa una particular concepción del mundo, porque para él no rige el ordenamiento jurídico sino su voluntad individual (una negación). Con la pena, el Estado manifiesta que esa concreta concepción no vale y que debe imperar la voluntad general (negación de la negación). De esta manera se restablece la vigencia del derecho (síntesis) (MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, «*Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs*», en VV. AA. «*El Funcionalismo en Derecho Penal*», Eduardo Montealegre Lynett (coordinador), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 24). HEGEL lo expresa en los siguientes términos: «La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración»; y más adelante agrega «La vulneración, para la voluntad particular del ofendido y de los demás, es sólo algo negativo. La existencia positiva de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho.» (HEGEL, Guillermo Federico, «*Filosofía del Derecho*», Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 107.) Así entonces, para HEGEL la naturaleza retributiva de la pena se justifica en la necesidad de restablecer la relación entre la «*voluntad general*» representada por el ordenamiento jurídico y la «*voluntad especial*» del delincuente, la cual ha sido quebrada por el delito, cuestión que sólo se consigue negando con la pena la negación de la voluntad general por la voluntad especial del delincuente. Es decir, a la *tesis*,

Respecto de las **teorías justificacionistas relativas o de la prevención**, si bien ellas son bastante heterogéneas entre sí, tienen en común el que, a diferencia de las teorías absolutas, no ven a la pena como un fin en sí, sino como un medio para alcanzar determinados objetivos ulteriores. La determinación de cuáles son estos objetivos que la pena, y el Derecho penal, deben cumplir, es lo que diferencia a las distintas teorías de la prevención, y aunque si bien ellas rara vez se dan «puras» en la realidad, con una finalidad didáctica se las suele agrupar en dos grandes conjuntos: *teorías de la prevención general* y *teorías de la prevención especial*.

Para los partidarios de la **teoría de la prevención general**, el fin de la pena debe buscarse no tanto en los efectos que ésta pueda tener sobre el individuo, sino en lograr que la sociedad en su conjunto se vea compelida a evitar la comisión de delitos; o como dice MUÑOZ CONDE, las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en «la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos»³⁷; es decir,

representada por la voluntad general manifestada a través de la norma jurídica, ha sucedido una *antítesis*, que es la negación de esta voluntad general mediante la violación de la norma, obteniéndose como resultado una *síntesis*: la reacción de la voluntad general de la sociedad expresada en la pena, que es la negación de la negación de la norma. En este sentido, según cual sea el quantum en que el Derecho ha sido negado, será entonces el quantum de la nueva negación que constituye la pena, ningún otro factor debe influir en la determinación de ella, puesto que en este planteamiento la pena sólo es concebida como una reacción de la sociedad que mira hacia el pasado, a la corrección del mal inflingido por el delincuente, y no como un instrumento para alcanzar fines futuros. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Control Social y Sistema Penal*», p. 90; MIR PUIG, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal* », cit., p. 50.)

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, «*Introducción al Derecho penal*», cit., p. 71

como un medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad³⁸. Así entonces, la intención en este caso, no sólo es conducir meramente al delincuente por el camino correcto, sino —algo mucho más ambicioso—reducir la cantidad global de comportamientos desviados normativamente, lo que le adjudica a la función preventivo general de la pena una alta dignidad político-social.³⁹

³⁸ MIR PUIG, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal*», cit., p. 53.

³⁹ HASSEMER, Winfried, «*Prevención General y Aplicación de la Pena*», en NAUCKE/HASSEMER/LÜDERSSEN, «*Principales Problemas de la Prevención General*», Buenos Aires: Editorial B. de F., 2004., p. 52. Los principales exponentes de esta teoría de la prevención general son Jeremy BENTHAM (1748-1832) y Paul Johann Anselm von FEUERBACH (1775-1833).

Para la filosofía utilitarista de BENTHAM, el único fundamento legitimante de la pena es que ella sea «útil». No se trata de que el delito sea algo intrínsecamente malo o moralmente reprochable, sino que él debe ser perseguido fundamentalmente por el daño social que produce, y no por otro motivo. Por ello las penas lo que buscan es evitar que el daño se materialice, de ahí, por ejemplo, la importancia que se le otorga a que la aplicación de la pena de muerte se efectúe con la mayor espectacularidad posible, para que el hecho cause una fuerte impresión en la sociedad, ya que ello permitirá lograr una mayor efectividad de ésta en su capacidad preventiva general. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Manual de Derecho Penal. Parte General*», 3ª edición, Barcelona: Ariel, 1989, p. 23.) De este modo, el destinatario último de los efectos de la aplicación de una pena no es la persona misma del delincuente que es castigado, sino el resto de la población, que observa el hecho y se abstiene de cometer nuevos ilícitos por temor a correr la misma suerte.

En cuanto a FEUERBACH, quien es considerado el principal representante de esta corriente, considera al Estado como una sociedad civil organizada constitucionalmente, a través del sometimiento a una voluntad común, que tiene como principal objetivo la creación de las condiciones necesarias para la convivencia de los hombres conforme a las leyes del Derecho, razón por la que entiende que toda forma de lesión jurídica va directamente a contradecir el objetivo del Estado. De ahí entonces que sea legítimo para el Estado contar con mecanismos que le permitan impedir estas lesiones, entre los que se cuentan necesariamente las instituciones coactivas, como la coacción física. Esta última busca terminar con las lesiones al orden jurídico de dos maneras: «Con anterioridad, cuando impide una lesión aún no consumada, lo que tanto puede tener lugar coerciéndolo con el fin de dar una garantía en favor del amenazado como también doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica. Con posterioridad a la injuria, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición». (FEUERBACH, Paul Johann Anselm von, «*Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*», citado por DONNA, Edgardo Alberto, «*Teoría del Delito y de la Pena*», cit., p. 68.) Ahora bien, aunque los anteriores mecanismos de coerción física, tanto en cuanto

Ahora bien, aunque la mayoría de las teorías que son entendidas como adscritas a la idea de prevención general corresponden, a grandes rasgos, a la caracterización antes hecha, esto es, entienden la pena como un medio de disuasión, en cuanto intimida a los miembros de la sociedad, quienes se abstienen de delinquir por temor a sufrir los males que trae aparejada la pena,⁴⁰ en los últimos años se ha ido imponiendo, particularmente en el medio latinoamericano, una corriente distinta a la que se ha denominado *prevención general positiva* (por oposición a la concepción clásica que se designa como *prevención general negativa*).

Quienes adscriben a la **teoría de la prevención general positiva**, aunque también dirigen los objetivos de la pena hacia lograr un determinado comportamiento en el conjunto de la sociedad, difieren de las concepción

actúen *a priori* o *a posteriori*, tienen una gran importancia para la labor del Estado, resultan insuficientes para impedir la ocurrencia de las lesiones. Por ello FEUERBACH sostiene que también es necesario contar con mecanismos de *coacción psicológica*, de modo que exista una protección general anterior a la ocurrencia del delito.

Según señala ROXIN, FEUERBACH «se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hicieran prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y; de esta manera, pudiesen ejercer una “coacción psíquica” para abstenerse de la comisión del hecho.» (ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, Madrid: Civitas, 1999, p. 90.) Por ello sostiene que para evitar la comisión de delitos es menester aplicar una intimidación o coacción psicológica sobre todos los ciudadanos, que los constriña a reprimir el impulso que los lleva a delinquir, por cuanto el placer obtenido con la ejecución del hecho será considerado menor que el desagrado obtenido por la reacción social que se impone a quien lleva a cabo esa acción.

⁴⁰ SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», cit., p 35; FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», 1ª edición, Madrid: Trotta, 1989. pp. 275 y ss.

clásica en cuanto a que no buscarán producir un efecto *intimidatorio* entre las personas, sino una *reafirmación de la vigencia del derecho*. Consideran que la finalidad última de la pena es «restablecer la vigencia de la norma que se vio desautorizada por el delito».⁴¹ Es decir, como el delito niega la vigencia de la norma, la pena viene a su vez a negar al delito, con lo cual se restituye el imperio de la norma, en una forma muy similar a la expuesta por la dialéctica hegeliana. Así, la pena viene a cumplir la función de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la sociedad⁴², atribuyéndole además la facultad de servir de integración social a través de un reforzamiento general de la fidelidad al Estado, y de «promoción del conformismo de las conductas».⁴³

Aunque en los últimos años ha variado en algo su postura, se reconoce como uno de los principales representantes de esta corriente al jurista alemán Günther JAKOBS.

Para JAKOBS, la pena tiene un valor propio, en sí, como reafirmación de la legalidad frente al atentado que la norma ha sufrido por parte del delincuente, y ello independiente de cualquier otro fin ulterior que pueda conseguirse a través de ellas. En este punto su pensamiento entronca, como él mismo

⁴¹ SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», cit., p. 35.

⁴² ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», cit., p. 91.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», cit., p. 275.

reconoce⁴⁴, con los planteamientos hechos por HEGEL en su «*Filosofía del Derecho*». El Derecho penal cumple una función principal: la reafirmación de la sociedad en sus propias bases, a través del aseguramiento de que, no obstante sean quebrantadas las normas jurídicas que dan sustento a la vida social, ellas mantienen su vigencia. La pena viene a ser la *negación de la negación de la norma*, que reafirma su vigencia, por cuanto «una norma también rige cuando es infringida; ya el mero hecho de que la infracción de la norma es denominada como tal es un caso evidente de vigencia de la norma».⁴⁵

Sobre este punto, PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO MELIÁ destacan que en la concepción de JAKOBS: «El quebrantamiento de la norma consiste pues en esta contradicción con lo que ella establece y en la desautorización de la misma que conlleva. La pena, en cuanto *respuesta* al quebrantamiento de la norma, se sitúa en el mismo contexto de significado que ésta y simboliza, a su vez, la contradicción de dicho quebrantamiento o, dicho en términos positivos, que la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando. La pena sirve precisamente para que las expectativas normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación en el caso concreto; para su mantenimiento “contrafáctico”, es

⁴⁴ JAKOBS, Günther. «*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*». Madrid: Ed. Marcial Pons, 1995, p. 13

⁴⁵ JAKOBS, Günther. «*Sobre La Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*. 1ª edición, Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 54

decir, para su mantenimiento pese a la evidencia de su defraudación *de facto*, mediante la definición como defectuosa de la conducta del autor y no de la expectativa de que éste se comportase conforme la norma. La pena consiste, por tanto, en una contradicción del quebrantamiento de la norma que se ejecuta a costa del autor»⁴⁶.

En un primer momento, JAKOBS pone el acento en caracterizar a la función de *prevención general positiva* como un ejercicio de «*fidelidad en el Derecho*», al punto de llegar a identificar casi completamente a ésta con la prevención general por él sustentada. Ello queda de manifiesto principalmente en un trabajo de 1976⁴⁷, en el cual, analizando la culpabilidad a partir de la teoría general de los fines de la pena, afirma que ésta, bajo la aplicación del Derecho penal vigente, adquiere legitimidad de la necesidad de fijar los límites punitivos de acuerdo al *quantum* necesario para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho. Ante la expectativa normativa defraudada por el acto ilícito, el Derecho penal reacciona contrafácticamente, al declarar, a través de la pena, que no es la norma la defectuosa sino el hecho en sí, el cual, en cuanto tal, es sólo imputable al individuo que ha cometido la trasgresión. En este sentido, la pena cumple la función de señalar al ciudadano

⁴⁶ PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, «*Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*» en JAKOBS, Günther, «*Estudios de Derecho Penal*», Madrid: Editorial civitas, 1997, pp. 21-22.

⁴⁷ JAKOBS, Günther, «*Culpabilidad y Prevención*», en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, cit., pp. 77-99

fiel al Derecho, que no es su comportamiento el equivocado, sino el de aquel que culpablemente con sus actos ha trasgredido la norma, defraudando con ello las expectativas normativas de la sociedad, razón por la cual se hace acreedor a sufrir la consecuencia negativa que representa la pena, por los actos ilegales que le son imputables. La pena busca reafirmar la imagen de que todo comportamiento contrario a la norma resulta social y jurídicamente inaceptable, al punto que la desvalorización puede ser tan evidente que traiga como consecuencia un completo desplazamiento del acto ilícito como alternativa de comportamiento. Esto, a juicio de JAKOBS, «es prevención general no en sentido intimidatorio sino como ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho»⁴⁸, es decir, en este caso la pena cumple una función sobre la psicología del individuo, inhibiéndolo de cometer actos ilícitos, pero no a través de la amenaza y el temor (como preconizan las teorías preventivo-negativas) sino de manera positiva, demostrándole a los sujetos que el único comportamiento adecuado y legítimo es aquel que lo mantiene dentro del camino trazado por la norma, y que toda desviación de éste es un camino erróneo, no válido.

Ahora bien, en «*Culpabilidad y Prevención*» JAKOBS también identifica el concepto de prevención general positiva en otros términos, particularmente en el sentido de preservación o mantenimiento de la confianza en la corrección de una norma, no obstante, como señalan PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO MELIÁ,

⁴⁸ JAKOBS, Günther, «*Culpabilidad y Prevención*», cit., p. 79

«ambas manifestaciones del pensamiento de la prevención general positiva se encuentran aquí superpuestas, sin que se establezca con claridad en qué relación se encuentran entre sí y con el concepto de prevención general manejado»⁴⁹.

Con posterioridad, en la segunda edición de su *Tratado*, de 1991, llevando su planteamiento a un mayor nivel de abstracción, JAKOBS asevera que la función de la punición estatal tiene por objeto reafirmar al que confía en la norma en su confianza, o dicho de otro modo, en realizar la prevención general «mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma»⁵⁰. Esta prevención es positiva, porque ella no se limita a desplegar una función meramente intimidatoria que provoque en el potencial infractor un efecto psicológico suficiente para inhibirlo de cometer la infracción. Los destinatarios de la norma no son sólo algunas personas individuales en cuanto ellas puedan ser autores potenciales, sino que lo son todos los miembros de la sociedad, respecto de los cuales la pena cumple la función de reafirmarlos en su confianza hacia el ordenamiento jurídico. Dicha reafirmación «no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales, ni menos aún se trata de cualquier

⁴⁹ PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, «Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs», cit., p. 19.

⁵⁰ JAKOBS, «Derecho Penal. Parte General», cit., p. 18.

pronóstico especialmente referido al comportamiento futuro del autor»⁵¹, sino que ella es una señal para el ciudadano respetuoso de que sólo su comportamiento es el correcto, y que puede estar seguro que cualquier defraudación a las expectativas de comportamiento que espere del resto en virtud de la norma será sancionada en la forma en que la misma norma establece.

Finalmente, dentro de las teorías de la prevención, existe también otra vertiente, que no buscan necesariamente producir efectos en el conjunto de la población, como pretenden las teorías de la prevención general antes descritas, sino que «ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección y educación, bien a través de su aseguramiento»⁵², es decir pretenden actuar directamente sobre la persona del delincuente, frente a quien la pena habrá de servir como medio para neutralizarlo o para resocializarlo.⁵³ Atendiendo a cuál de estos fines es el que

⁵¹ JAKOBS, «*Derecho Penal. Parte General*», cit., p. 18.

⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco, «*Introducción al Derecho penal*», cit., p. 72.

⁵³ SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», cit., p. 29; MIR PUIG, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal* », cit., p. 72. El principal exponente moderno de esta teoría es Franz v. LISZT, para quien la pena, en cuanto coacción, puede actuar de 3 formas sobre la persona del delincuente:

Neutralizándolo. Sustrayendo al delincuente del medio social, expulsándolo o aislándolo;

Intimidándolo, a través de la pena para que no cometa nuevos ilícitos;

Corrigiéndolo. Resocializando al delincuente para devolverlo al curso social normal, y así evitar la reincidencia.

prima, estas teorías han sido a su vez clasificadas en *teorías de la prevención especial positiva* y *teorías de la prevención especial negativa*

Las **teorías de la prevención especial positiva** atribuyen a la pena la función de resocializar al delincuente, sea mediante su corrección o su intimidación. En este caso, la pena es considerada útil para modificar la personalidad del sujeto que ha cometido un ilícito, transformándolo en un ser apto para la vida social.⁵⁴

A estos fines de la pena (corrección, intimidación y neutralización) von Liszt le asigna tres tipos distintos de delincuentes, hacia los que ésta va dirigida, atendiendo a si son o no posibles de ser corregidos.

Para aquellos delincuentes incorregibles, que han entrado en la reincidencia o la habitualidad, sería inútil invertir recursos en intentar su recuperación, razón por la que deben ser privados de libertad por tiempo indeterminado. Además, para eliminar la peligrosidad social de estos individuos, von Liszt plantea la promulgación de normas que establezcan que luego de la tercera condena por alguno de los delitos que habitualmente cometen los delincuentes incorregibles (hurto, robo, extorsión, estafa, daños, atentados sexuales, corrupción, etc.) se disponga expresamente que la siguiente condena habrá de ser indefinida (es decir, tal y como se ha establecido modernamente a través de las leyes de los three strikes, adoptadas primero en Estados Unidos, y que han sido tratadas de importar a nuestro país bajo el concepto de «la tercera es la vencida»). Además agrega que en este caso la pena habrá de ser una servidumbre penal, con una explotación de la fuerza de trabajo, y en donde la pena corporal sería casi inevitable. (Liszt, Franz Von, «La Idea de Fin en el Derecho Penal», Valparaíso: EDEVAL, 1984, cit. p. 116.)

Tratándose de los delincuentes corregibles, o más bien de los individuos que precisan corrección (entre los que también se cuentan aquellos que por predisposiciones heredadas o adquiridas se han convertido en delincuentes habituales, pero que tienen esperanzas para retornar a la sociedad), von Liszt sostiene que deberán ser sometidos a una seria y duradera disciplina, a través del encarcelamiento, que nunca deberá ser inferior a un año, puesto que las penas más cortas son corruptoras de estos «aprendices de delincuentes».

Finalmente, el tercer grupo lo ocuparían los delincuentes ocasionales, respecto de los que la corrección no es necesaria, puesto que el peligro de que vuelvan a reincidir en las conductas delictivas es mínimo. En estos casos bastaría una pena privativa de libertad que no exceda de los 10 años, sin perjuicio de que también se les aplique la pena de multa. (Liszt, Franz Von, «La Idea de Fin en el Derecho Penal», Valparaíso: EDEVAL, 1984, cit., p. 124)

⁵⁴ SILVESTRONI, Mariano H., «Teoría Constitucional del Delito», cit., p. 29.

A juicio de ROXIN, esta teoría cumple de manera perfecta el cometido del Derecho penal, por cuanto, además de obligar a la protección del individuo y de la sociedad, busca ayudar al autor, integrándolo, dando así satisfacción a las exigencias del principio del Estado social.⁵⁵

Sobre ella volveremos más adelante, por cuanto fue la que más influencia tuvo sobre gran parte del siglo XX, durante la vigencia del *welfare state*.

Por su parte, las **teorías de la prevención especial negativa** le asignan a la pena la función de eliminar o neutralizar a la persona del delincuente, con el objeto de asegurar la seguridad de la comunidad frente a éste.⁵⁶ En este caso lo que se busca es que el sujeto que ha perturbado el orden normativo sea sustraído del medio social para que no pueda seguir causando daños con sus actos, con este objeto se le podrá encerrar (encarcelar), expulsar, relegar o incluso eliminar físicamente.

Según apunta SILVESTRONI, en doctrina esta es la teoría que resulta más antipática y desagradable, puesto que no sólo actúa directamente sobre la persona del autor, sino que se desentiende totalmente de cualquier fin resocializador, reduciendo la pena a ser mero castigo. No obstante, también se

⁵⁵ ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», cit., p. 87.

⁵⁶ ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», cit., p. 84; LISZT, Franz Von, «*La Idea de Fin en el Derecho Penal*», Valparaíso: EDEVAL, 1984, cit., p. 112.

puede afirmar que es una de las teorías más sinceras y realistas, ya que «resume el objetivo principal de quienes esgrimen una pretensión punitiva: en el fondo de los razonamientos más populares sobre el por qué castigar subyace la idea de que la pena neutraliza a quien se dedica a cometer delitos»⁵⁷.

También podría decirse que esta es la teoría que, de manera conciente o inconciente, goza del mayor número de partidarios entre el ciudadano medio, particularmente entre aquellos que no gozan de una formación jurídica básica (aunque no sólo entre estos). Es una creencia altamente extendida pensar que mientras más sujetos «peligrosos» se encuentren detenidos, menos serán los delitos que se cometan. De ahí que la masa tiende a exigir a la autoridad que endurezca las normas y aplique la pena de cárcel a todos los ilícitos, incluso los que no presentan una mayor gravedad. Se comete de este modo el error de creer que con el castigo (y mientras más duro mejor) se pueden solucionar gran parte de los males sociales, cuestión que en modo alguno es así. Esto muchas veces es aprovechado por los sectores más populistas, a fin de obtener beneficios políticos de corto plazo, sin pensar que para ello es necesario pasar por encima de muchas de las libertades y derechos más básicos del ser humano, y no sólo los de los delincuentes.

⁵⁷ SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», cit., p. 29

3.2. El fundamento de justificación externa del Derecho penal en el garantismo de FERRAJOLI

En la teoría de FERRAJOLI, los criterios en base a los que justificar externamente al sistema penal siempre deben encontrarse en el plano meta-ético, en tanto se trata de un juicio de *justicia* que se realiza hacia el Derecho penal en razón a los fines sociales que éste debe cumplir. Quedan excluidas por tanto las valoraciones jurídicas intrasistémicas, en cuanto ellas tienden a realizar un mera fundamentación del *Derecho por el Derecho*, es decir, del *ser* pretenden derivar el *deber ser* del Derecho penal, lo que trasgrede la ley de HUME y cae en la falacia normativista. De este modo, al ser un juicio sobre justicia, axiológico, y por tanto únicamente argumentable y no demostrable, indica que las doctrinas de justificación no requieren que se compruebe en la práctica su idoneidad, sino que se considere que los fines que se persiguen son legítimos, independiente de si ellos tienen o no una real materialización en la práctica. Según lo expone FERRAJOLI: «las doctrinas de justificación del derecho penal no admiten su crítica sólo porque el fin por ellas indicado como justificador no resulte empíricamente satisfecho. La tesis de que tal fin no es realizado aunque sea realizable es una crítica que debe dirigirse al derecho penal y no a la doctrina normativa de justificación; es decir, debe dirigirse contra las prácticas punitivas —legislativas y judiciales— en cuanto éstas desatienden los fines que las justifican, pero no a sus modelos justificadores.» Y a

continuación agrega: «Los discursos sobre la justificación (o doctrinas de justificación), son discursos orientados a la argumentación de criterios de aceptación de los medios penales en relación a los fines a ellos asignados. Los discursos de justificación (o justificaciones), están en cambio orientados a argumentar la adaptación de los medios penales en cuanto éstos son reconocidos como funcionales a los fines que se asumen como justificadores.»⁵⁸

Ahora bien, FERRAJOLI sostiene que para que una teoría de la justificación escape a los distintos tipos de falacia —naturalista y normativista— es menester que sea capaz de satisfacer el cumplimiento de dos requisitos meta-éticos:

En primer lugar, y según lo dicho, es necesario que el fin que se pretende alcanzar a través del Derecho penal sea entendido como un bien extrajurídico —ajeno al Derecho—, y que el medio sea reconocido como un mal, es decir, como un costo humano y social que por eso mismo requiere justificación. De acuerdo con esto, la teoría de justificación necesita aceptar el principio de la separación entre Derecho y moral, de modo que ni el delito sea considerado como un mal en sí, ni la pena como un bien en sí. En este sentido: «La justificación de las penas debe entonces suponer la de las prohibiciones

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», en BUSTOS RAMÍREZ, Juan [director], «*Prevención y Teoría de la Pena*», 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 29.

penales, de forma que dicha justificación no puede ser ofrecida sin una preventiva fundación ético-política de los bienes materiales merecedores de protección penal»⁵⁹.

A continuación, la doctrina de la justificación también debe satisfacer el requisito meta-ético de que *los medios sean congruentes con los fines*, de manera tal: «que las metas justificadoras del derecho penal puedan ser empíricamente alcanzadas con las penas y no lo sean sin las penas»⁶⁰. Asimismo, también se requiere que los medios sean homogéneos con los fines, en el entendido de que el mal provocado por la pena pueda ser confrontable con el bien que se persigue como fin, y que aquel constituya un costo menor en relación a la fallida satisfacción del fin.

A juicio de FERRAJOLI, únicamente una teoría que sea capaz de cumplir con los anteriores dos requisitos, podrá actuar no sólo como modelo de justificación de las penas y de los sistemas penales, sino que además podrá servir como modelo de deslegitimación moral y política del Derecho penal.

Al contrastar las teorías tradicionales de justificación con el cumplimiento de los requerimientos meta-éticos, FERRAJOLI concluye que ellas son en general ineptas para satisfacerlos. Tanto las teorías absolutas como las de la

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», cit., p. 30.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», cit., p. 30.

prevención especial positiva incumplen el primero de los requisitos, toda vez que son incapaces de justificar la pena de acuerdo a criterios extrajurídicos, sino que lo hacen solamente por referencia a un valor intrínseco que le reconocen, sea por una *necesidad ética* de retribución por el imperativo categórico violado (KANT), o por una *necesidad jurídica* de restituir la vigencia del derecho (HEGEL): «Las doctrinas retribucionistas son, precisamente, ideologías naturalistas, puesto que valoran el carácter retributivo de la pena, que es un hecho, substituyendo la motivación con la justificación y así deducen el deber ser del ser. Al contrario, las doctrinas correccionales de la prevención especial son ideologías normativistas, dado que asignan a la pena un fin ético, asumiéndolo apriorísticamente como satisfecho no obstante que de hecho no se realice o quizá sea irrealizable; así es como estas doctrinas deducen el ser del deber ser».⁶¹

En el caso de las teorías utilitarias de la prevención, si bien FERRAJOLI les reconoce la virtud de hacer una separación entre Derecho y moral, buscando la justificación del castigo en la consecución de determinados fines sociales, y no en un valor intrínseco que pudiera tener la pena en sí, con lo que se excluyen las penas inútiles, sin justificar su existencia en supuestas razones morales. No obstante critica que en la concepción tradicional de estas teorías ellas siempre ven al Derecho penal sólo como un medio para proteger a la *mayoría no*

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», cit., p. 32.

desviada, y no como una forma, a su vez, de evitar los castigos injustificados o excesivos, tutelando también a la *minoría de los desviados*. De ahí que se las conozca habitualmente como *teorías de la defensa social* en sentido amplio. En virtud de esto, puede afirmarse que las teorías utilitaristas tradicionales violan el principio kantiano de que el hombre es un fin en sí mismo, y que nunca puede ser utilizado como *medio* para alcanzar objetivos sociales. Asimismo, dado que en ellas se privilegia la máxima utilidad de la mayoría, tiende a exponerse a tentaciones de autolegitimación y a involuciones autoritarias hacia modelos de Derecho penal máximo.⁶²

No obstante, aunque FERRAJOLI critica las teorías de la prevención, en definitiva termina por alinearse con ellas, aunque introduciendo determinadas modificaciones que lo hacen plantear su teoría como un *utilitarismo penal reformado*.

En la concepción *ferrajoliana*, el Derecho penal se encuentra justificado por un principio doblemente preventivo general: *la prevención de los delitos y la prevención de las penas privadas, injustificadas o excesivas*. Para FERRAJOLI el Derecho penal moderno no se instituye como una forma de reemplazar la venganza privada por la venganza estatal —como algunos pudieran sostener—, sino que su objeto es justamente evitar la venganza y reducir la violencia,

⁶² FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», cit., p. 37.

interviniendo como un tercero imparcial que tutele tanto los derechos de los ofendidos como de los desviados. En este caso, el fin de prevención general negativa de los delitos sigue siendo un factor importante, y ella se constituye como el *límite mínimo* del Derecho penal. Pero así como es necesario cautelar los derechos de la sociedad frente al delito, también el desviado, en cuanto persona, requiere la tutela de sus propios derechos, lo que habrá de constituir el *límite máximo* para la intervención penal. Así entonces, el fin general del sistema penal consistiría «en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo».⁶³

Entendido así, el Derecho penal se erige como la *ley del más débil*, orientado hacia la tutela de los derechos de este, contra los abusos y la violencia arbitraria del más fuerte. Más débil será la víctima, a quien se protege mediante la amenaza de castigo, y también será más débil el desviado a quien se protege expropiando y limitando la acción punitiva.

Subsecuentemente, un sistema penal sólo estará justificado si la suma de las violencias —delitos, venganzas y puniciones arbitrarias— que él puede

⁶³ FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», cit., p. 39.

prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas. La pena sólo se encontrará justificada en la medida que constituya el mal menor, es decir, si es menos aflictiva y menos arbitraria que otras reacciones no jurídicas. De igual modo, el poder punitivo exclusivo del Estado sólo estará justificado en tanto en cuanto los costos de él derivados, sean menores que aquellos producidos por la *anarquía punitiva*.

4. LOS CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN INTERNA

En el modelo garantista que venimos desarrollando, los juicios acerca de la legitimidad del sistema penal no se agotan en las anteriores teorías sobre la justificación del *ius puniendi*. Es decir, no basta con efectuar el examen axiológico en torno a la legitimidad de los fines que se persiguen a través del sistema penal, para que por este sólo hecho se entienda que además la normas contenidas en él, una vez fundamentado externamente el sistema, también son justificadas. Por el contrario, es menester igualmente llevar a cabo una valoración intrasistémica de ellas, la cual, a diferencia de lo que sostiene el positivismo clásico, no se agota en un mero análisis respecto a si en su producción se han cumplido adecuadamente los requisitos formales exigidos para que una norma sea aplicable, sino que importa también un nuevo análisis axiológico, pero esta vez ya no en base a criterios de legitimación extrajurídica,

sino respecto de la corrección intrajurídica de ella, atendiendo a criterios sustantivos o materiales.

Uno de los frutos del moderno Derecho penal que se ha venido desarrollando desde la Ilustración hasta acá, es precisamente haber logrado diferenciar los ámbitos entre los juicios de justicia sobre las normas (su legitimación externa, los fines que debe cumplir), y los requisitos propios que el ordenamiento jurídico fija para que estas se entiendan válidas. Esto resulta vital en un derecho que pretenda garantizar la libertad de los individuos, otorgándoles seguridad de que el ejercicio del *ius puniendi*, la mayor arma con que cuenta el Estado para ingerir en la vida de sus ciudadanos, se llevará a cabo sólo en base a criterios jurídicos preestablecidos, y no respondiendo a determinaciones externas, de naturaleza filosófica o eficientista, y por tanto esencialmente cambiantes.

Ahora bien, esta separación entre derecho y moral, entre juicios de justicia y validez, en muchas ocasiones ha llevado a sostener que el único Derecho válido, es aquel que en su elaboración se ha ajustado a los mecanismos propios fijados por el Estado de Derecho democrático, es decir, aquel que ha emanado de la autoridad legislativa correspondiente, electa por voluntad popular, y que debe aplicar un órgano judicial independiente. Así, se identifica validez y vigencia de la norma, en el entendido de que una disposición dada será válida en la medida en que se encuentra vigente, o sea, cuando ha

cumplido todos los requisitos formales para nacer a la vida del Derecho, y se mantendrá en esta situación hasta que otra norma venga a derogar o modificar la anterior, cumpliendo a su vez los mismos requisitos de la primera. De esta forma se pretende dejar fuera toda posibilidad de que pudiera existir una norma por el sólo hecho de estimarse que responde a un ideal abstracto de justicia, sin que sea necesario que en su formulación se ajuste a los requisitos formales de vigencia, por lo que se limita ampliamente el poder discrecional que pudiera tener el Estado para sancionar conductas y restringir la libertad de sus ciudadanos. Como indica GASCÓN ABELLÁN: «En este punto el garantismo es coincidente con el positivismo jurídico, que, asumiendo la crítica a las falacias naturalista y normativista, impugna tanto el iusnaturalismo como el formalismo ético: ni una norma justa es, sólo por eso, jurídica; ni una norma jurídica es, sólo por eso, justa. Pensar lo contrario equivaldría a sostener que un «pecado» constituye por sí mismo un ilícito penal, en el primer caso, y a sustraerse a la posibilidad de una crítica éticopolítica, en el segundo. En suma, el garantismo supone la distinción entre justicia y validez del derecho, haciendo posible su enjuiciamiento externo o ético-político.»⁶⁴

Para el modelo garantista, aunque el Derecho para ser válido debe necesariamente encontrarse vigente, se diferencia del positivismo formalista en

⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, «*La Teoría General del Garantismo: Rasgos generales*», cit., p. 23.

la medida en que estima que los juicios sobre validez no se agotan sólo en el análisis de si una norma ha o no recorrido todos los caminos formales para nacer a la vida jurídica, sino que extiende su observación a si, además, se han satisfecho en su elaboración ciertas exigencias sustantivas o materiales, respecto al contenido de éstas. A juicio de FERRAJOLI, el error en que cae el positivismo al realizar la distinción entre *ser* y *deber ser* del Derecho, es que tiende a identificar el derecho «válido» con el «derecho como es», lo que se encuentra ligado a una concepción demasiado simplificada de la validez. Así, una norma sería válida sólo en la medida de que *exista*, con lo cual se obvia que en la mayoría de los ordenamientos no sólo se contienen directrices sobre cuál ha de ser la forma de producción democrática de la leyes, sino que también se consagran determinados principios, irreductibles, que deben ser a su vez respetados cuando se pretende imponer una determinada norma de conducta para los ciudadanos.

Para FERRAJOLI una de las características esenciales del moderno Estado de Derecho, es que éste a través del desarrollo constitucional, ha incorporado al derecho positivo gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado, entre los que por ejemplo destacan el principio de igualdad, el de valoración de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y certeza enumeradas por los sistemas

penales. Estos valores de justicia, que antes respondían a exigencias filosóficas expresadas desde fuera de los ordenamientos jurídicos, como metas o fines que era necesario alcanzar, hoy en día se encuentran positivizados e incorporados en las constituciones modernas, como principios normativos fundamentales, que importan limitaciones o imperativos negativos y/o positivos (como los expresados por los llamados derechos sociales o «materiales», al trabajo, la educación, la salud, etc.) dirigidos principalmente a los legisladores y al resto de los poderes públicos. Particularmente los denominados derechos «inviolables» de la persona, los derechos «personalísimos», los derechos «indisponibles», no son sino formas jurídicas positivas de aquellos derechos «naturales», que fueron teorizados como *pre* o *meta* o *supra* jurídicos en los orígenes del Estado moderno, y que hoy en día han asumido como garantías, en tanto que derechos subjetivos, garantidos por la Constitución.⁶⁵

En este sentido, una buena parte de la vieja discusión sobre el ser y el deber ser *del* Derecho, expresado en la dicotomía: Ley positiva vs. Ley natural, ha cambiado de giro, trasladándose el debate hacia el análisis del ser y el deber ser *en* el Derecho, es decir, al tejido mismo de los ordenamientos jurídicos positivos. Este cambio de paradigma tiene importantes consecuencias, una de las cuales es que al adoptarse esta perspectiva es posible hacer juicios sobre la coherencia interna del ordenamiento y la posible existencia de *antinomias*, es

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, «Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal», cit., pp. 355-356.

decir, incongruencias entre las normas de rango inferior con los principios expresados en las normas de rango superior, y especialmente las constitucionales. De este modo entonces, el moderno Estado de Derecho, particularmente los que cuentan con constituciones especialmente rígidas, son posibles de valoración axiológica no sólo desde el punto de vista externo, por referencia a criterios de justicia, sino también desde el punto de vista interno, referido a sus propios principios, «tal y como quedan garantizados por esas tablas positivas de derecho natural que son los textos constitucionales»⁶⁶. Dicha valoración irá dirigida no a determinar la justicia de las normas —lo que sigue estando en el ámbito externo—, sino la validez de las mismas, atendiendo a criterios sustantivos del contenido de estas y en relación a los principios positivizados en el mismo ordenamiento; y ello porque para el garantismo el sistema jurídico no sólo dispone las condiciones de existencia o legitimidad formal de las normas («quién» y «cómo» debe decidir), sino también las condiciones de su validez o legitimidad sustancial («qué» se puede o debe decidir), es decir, se positiviza no sólo el ser, sino también el deber ser de ellas.⁶⁷ Según lo expresa FERRAJOLI: «... el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», cit., p. 357

⁶⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, «*La Teoría General del Garantismo: Rasgos generales*», cit., p. 26.

además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.»⁶⁸

De lo anterior se derivan importantes consecuencias:

En principio, obliga a la *teoría del Derecho* a revisar la teoría de la validez basada en la disociación entre vigencia (el Derecho como es) y validez (el Derecho como debe ser), y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones. Además, en el campo de la *teoría política*, también obliga a revisar la concepción puramente procedimental de la democracia, su institucionalidad formal, reconociéndole además una dimensión sustancial, referida al contenido de la misma. Por su parte, en el ámbito de la *teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley*, esta concepción del garantismo importa una redefinición del rol del juez, toda vez que la realización de los juicios de validez, para determinar la adecuación o no del contenido de las normas a los principios de rango superior, no podrá ser entregada a quienes participan en su elaboración y deciden sobre ello, sino que habrá de corresponderle al juez realizar esta labor, con lo que se reafirma el papel asignado al órgano jurisdiccional al interior del sistema democrático. Y finalmente, en el plano metateórico del derecho, y por tanto de la función de la

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, «*Derechos y Garantías. La ley del más débil*», Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 20.

ciencia jurídica, se inviste a esta no sólo de un papel descriptivo respecto del sistema normativo, sino también crítico y proyectivo del mismo.⁶⁹

Ahora bien, cuando FERRAJOLI enarbola la tesis de la necesidad de valoración axiológica de las normas, y de la función crítica que le cabe tanto al juez como a la ciencia jurídica respecto de ellas, en modo alguno está traicionando la denuncia que hace previamente de la «*falacia naturalista*», que, violando la ley de HUME, pretende derivar de las proposiciones descriptivas proposiciones normativas, o del Derecho justo o como «*debe ser*» el Derecho válido, o como «*es*». En su análisis podría decirse que siempre se mantiene dentro de los parámetros de postular una especie de *neopositivismo*. Este se diferencia de lo que él llama el *paleopositivismo*⁷⁰ en que su examen no se queda sólo dentro del marco de la valoración formal de la norma, sino que da un paso más allá e incorpora también una valoración axiológica para determinar la validez de la misma, pero ello siempre dentro del ámbito normativo general del Derecho positivo. En ningún caso pretende contaminar el análisis de validez con criterios extrajurídicos —más allá que a estos últimos en modo alguno les resta toda importancia, al contrario, también los considera relevantes, pero en un ámbito distinto, no normativo y no para determinar la validez del Derecho—.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, «*Derechos y Garantías. La ley del más débil*», Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 20

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, «*Derechos y Garantías. La ley del más débil*», cit.

Esto último se hace patente en cuanto para el jurista italiano —igual que para el positivismo clásico— el principio básico que inspira y determina a todo el resto de aquellos que informan el ámbito penal, es siempre el principio de legalidad. Sobre este punto, distingue entre dos ámbitos o aspectos de este principio. En primer lugar, está lo que se conoce tradicionalmente por principio de legalidad, y que FERRAJOLI denomina *principio de mera legalidad*, esto es, un límite impuesto al Estado para evitar las arbitrariedades en contra de sus ciudadanos, qué básicamente implica que ningún hecho puede ser juzgado como delito si no existe una ley previa que lo establezca como tal, lo que se expresa a través del axioma «*nullum crimen, nulla poena sine lege*». En virtud de esto, se les da un mandato a los jueces para que sólo puedan fallar los casos que se presenten a su conocimiento en base a lo que establezcan preceptos jurídicos positivos determinados, debiendo estar sometidos sólo a éstos en cuanto a su decisión, y a ningún otro poder: «el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, viene formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.»⁷¹

Pero para el garantismo, el análisis y las implicancias del principio de legalidad no acaban ahí. Para esta teoría en un Estado de Derecho no basta

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», cit., pp. 34-35

con que se cumpla con las exigencias formales del principio de legalidad, es decir, que sólo mediante «leyes», emanadas del órgano representativo, puedan establecerse los delitos (principio de *mera legalidad*). Es además necesario que se de cumplimiento a las exigencias sustanciales de la legalidad, es decir, que en cuanto a su contenido las normas se encuentren al servicio de los derechos fundamentales de los individuos y no los lesionen.

El cumplimiento de esta exigencia se realiza a través del principio de «estricta legalidad», en virtud del cual el legislador se encuentra obligado no sólo a dar sus mandatos en la forma de «leyes», sino que también en éstas debe recoger una determinada técnica legislativa que garantice que a través de sus contenidos no se vulneren los derechos de los sujetos. Como dice FERRAJOLI, el principio de estricta legalidad se propone «como una regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados «verdaderos de los» hechos procesalmente comprobados»,⁷² o dicho de otra forma, prescribe una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no

⁷² FERRAJOLI, Luigi, «Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal», cit., p. 378

a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter «constitutivo» antes que «regulativo».⁷³

Así entonces, en esta concepción, la determinación de los actos ilícitos debe remitir exclusivamente a las únicas acciones taxativamente establecidas por la ley, dejando fuera cualquier configuración ontológica (trascendental) o extra jurídica. «*Auctoritas, non veritas facit legem*» es la máxima que expresa este fundamento del derecho penal moderno, y que significa que «no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo los comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto».⁷⁴

A través de esta doble dimensión del principio de legalidad, el garantismo de FERRAJOLI pretende limitar al máximo el poder discrecional del juez, quien estará obligado a juzgar sólo en base a los criterios específicamente expresados en la ley, sin que su decisión se vea enturbiada por sus propias apreciaciones personales. Es por ello que además exige del legislador una técnica legislativa adecuada, que permita establecer claramente las conductas

⁷³ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», cit., p. 35.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», cit., pp. 35-36

consideradas delictivas, para que ello sirva de guía al juez en su función, y no se presenten lagunas que éste deba pretender llenar en base a criterios que no se encuentren específicamente contenidos en la ley.

Ahora bien, este concepto de la legalidad que maneja FERRAJOLI, aparentemente entra en conflicto con la idea antes expuesta de la validez. Mientras por una parte sostiene la necesidad de limitar el rango de acción del juez a aquello expresamente establecido por el derecho positivo, por otro le otorga un rol activo, diciendo que éste y la ciencia jurídica deben desempeñar una función crítica del Derecho y no quedarse en la mera actitud contemplativa en la aplicación de la ley. No obstante, pensamos que esta contradicción en realidad no existe.

Como ya anteriormente expusimos, los fundamentos de principios a que FERRAJOLI apela para realizar el análisis axiológico de validez, no los va a buscar fuera del Derecho positivo, sino que ellos derivan directamente de lo dispuesto por éste, particularmente de los que han sido consagrados en el ámbito constitucional. En ese sentido, el análisis crítico que se demanda de los jueces y la ciencia jurídica nunca sale de los parámetros del Derecho establecido, con lo que no se contradice el principio de legalidad. La diferencia estriba en que al realizar el análisis de validez de la ley no se lo restringe sólo a si esta se encuentra vigente, sino que también a que ella sea respetuosa en cuanto a sus contenidos de las disposiciones generales de rango superior

consagradas por el ordenamiento, lo cual a nuestro entender, también es un aspecto del juicio de legalidad. No por el hecho de que una ley haya sido emanada a través de los mecanismos constitucionales democráticamente establecidos, quiere decir que ella se encuentre efectivamente ajustada al sentido general de la legislación. En muchos casos existen leyes que tienden a transgredir los principios constitucionales, provocando verdaderas antinomias, que en la concepción garantista le tocará al juez dirimir. Aunque una ley haya hecho todo el recorrido formal para adquirir vigencia, si en su contenido, por ejemplo, establece como pena la tortura, o la violación del derecho a la vida, entrará en contradicción con las disposiciones constitucionales que protegen la integridad física de los ciudadanos, y en esos casos, por más que la ley pueda estar vigente, el juez debería negarse a aplicarla debido a su falta de validez.

Como expondremos más adelante, este punto es especialmente relevante a objeto de nuestro estudio, por cuanto uno de los hechos que hace afirmar la existencia de una crisis de legitimidad en el Derecho penal, es la progresiva pérdida de racionalidad del sistema expresada en la constante antinomia entre las nuevas normas y las disposiciones de rango superior. Las presiones inflacionarias de la emergencia penal, y el constante aumento del punitivismo, en muchos casos trae como consecuencia que la técnica legislativa pierda calidad, y que en pos de dar señales tranquilizadoras a la población, a fin de disminuir la creciente sensación de inseguridad, en la práctica se violen

muchas de las garantías que el sistema dice proteger, cayendo en un estado general de ilegitimidad, que tiende a ser mayor con el paso del tiempo. El asunto se torna aún más complejo si se toma en consideración que hoy en día el Derecho nacional no sólo debe respetar las garantías que consagra la normativa constitucional, sino que además debe atender a lo dispuesto por los instrumentos internacionales, que en gran medida también fijan criterios y principios de relevancia en el ámbito penal, que tendrán al interior de las legislaciones un rango superior o igual al texto constitucional.

5. TOMA DE POSTURA

En los apartados anteriores de este capítulo, hemos pretendido realizar una descripción a grandes rasgos de lo que es el modelo garantista de legitimación del Derecho penal. A este objeto, hemos distinguido entre dos ámbitos bien delimitados, pero relacionados dialécticamente entre sí:

1. Un ámbito externo, referido a los criterios de valoración axiológica extrajurídica del sistema penal, que atiende a los fines sociales que éste debe cumplir; y
2. Un ámbito interno, esta vez de valoración intrajurídica, en donde además de los clásicos criterios referentes a la validez formal de las normas que exige el positivismo, también hemos hecho alusión a los requisitos de validez material de éstas o de validez *en sí*.

Respecto del primer ámbito, el externo, hemos dicho que para la concepción garantista, una teoría que pretenda justificar el Derecho penal y el castigo, debe ser capaz de satisfacer dos requisitos metaéticos:

1. Fundamentarse en principios extrajurídicos, que distingan entre Derecho y moral, que justifiquen al Derecho penal en función de los fines que debe cumplir, y que entienda al castigo como un mal necesario, pero que no por ello deja de ser mal, sin que pueda entenderse que éste tenga un valor en sí, sea moral o jurídico.
2. Además debe existir una adecuada relación entre fines y medios, que hagan entender al castigo siempre como el mal menor, en la medida en que sólo a través de éste es posible cumplir los fines penales, sin que existan otros mecanismos más adecuados para lograrlo.

Creemos que de las teorías estudiadas, sólo la concepción justificacionista del garantismo, entendida como un fin doblemente preventivo general, es capaz de dar satisfacción a ambos requerimientos metaéticos.

Por una parte, a diferencia de las teorías retributivas, que atribuyen a la pena un valor en sí, confundiendo el *ser* con el *deber ser*, la teoría garantista distingue claramente entre los dos ámbitos, con lo que se impide la autolegitimación moralista o aún naturalista del sistema. Además esta teoría no pretende encubrir la verdadera naturaleza del castigo recurriendo a eufemismos

o supuestas finalidades filantrópicas. Para el garantismo la pena es siempre un mal, y por ello sólo se justifica en tanto signifique un *mal menor* que la venganza privada u otras reacciones sociales extrajurídicas. En este sentido, la finalidad de la pena debe entenderse siempre como el máximo bienestar posible para los no desviados y el mínimo malestar necesario de los desviados. Esto último resulta vital a la hora de limitar la actividad punitiva, y reducir el uso de la pena, y del Derecho penal, sólo al mínimo necesario.

Por otro lado, esta teoría es la única dentro de las utilitaristas que es capaz de satisfacer el principio kantiano de que el hombre nunca puede ser usado como medio sino sólo como un fin en sí mismo. Dado que el garantismo mira al Derecho penal no exclusivamente en relación al bienestar de la sociedad, sino también del individuo desviado, se constituye no sólo para satisfacer necesidades sociales, sino además para cautelar los derechos de los individuos que delinquen, quienes de este modo evitan recibir sobre sí los males mayores que pudieran derivar de la no existencia del Derecho penal, y del imperio de la venganza privada.

En cuanto a los requisitos de valoración interna, y en particular de la validez, hemos dicho que no basta con que una norma se encuentre vigente para que a su vez se entienda válida, sino que además es necesario que ella de satisfacción a determinados requerimientos de contenido, los que arrancan fundamentalmente de los principios instituidos y positivizados a través del texto

constitucional. El primero es un análisis de hecho, sobre el Derecho como es, sobre su ser, en cambio que el segundo es un juicio sobre el deber ser, pero no atendiendo a parámetros extrajurídicos como en el juicio de validez externa, sino a principios intrajurídicos, que son los que sirven de fundamento al análisis axiológico *en el Derecho*.

Pensamos que este modelo garantista resulta el más adecuado para, en base a él, analizar la legitimidad del sistema penal en un Estado Democrático de Derecho. Tanto en su dimensión de valoración externa como interna, centra su objeto en garantizar el respeto irrestricto a los derechos de las personas, tanto de las víctimas de los delitos, como de quienes los cometen, por lo que tiene una clara inspiración en la salvaguarda de los Derechos Humanos, que debiera ser siempre el norte de cualquier legislación moderna que pretenda apartarse de las desviaciones autoritarias.

En los siguientes apartados de esta memoria, intentaremos realizar una sucinta exposición del ser actual del Derecho penal, para contrastarlo con el deber ser garantista, y en base a ello determinar si es adecuado o no hablar hoy en día de una supuesta crisis de legitimidad del sistema penal.

CAPÍTULO II SOBRE EL *SER* DEL DERECHO PENAL: LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR Y EL DECLIVE DEL IDEAL RESOCIALIZADOR. LA APARICIÓN DE UNA CRIMINOLOGÍA DE LA INTOLERANCIA

1. PRELIMINARES

No cabe duda que la formación estatal característica y paradigmática en occidente durante la segunda mitad del siglo XX fue el Estado de Bienestar o *Welfare State*.

Aunque hay quienes sostienen que el origen de este debe buscarse a fines del siglo XIX, con la promulgación de un conjunto de leyes sociales en Alemania durante la administración de BISMARCK, es un hecho que su formulación moderna, con las características que le serán distintivas, no se acrisolarán sino hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial, inspirado, en lo económico, fundamentalmente en las ideas de John Maynard KEYNES.

En su libro de 1936: «*Teoría General del Empleo, Interés y el Dinero*», KEYNES analiza las condiciones que llevaron a la gran Depresión provocada por

el *crash* de 1929, llegando a la conclusión de que, contrariamente a lo que se pensaba, el simple juego de *laissez faire* era incapaz de lograr el pleno empleo, que consideraba vital para estimular el consumo y así evitar las distorsiones que la sola acción del mercado introduce en la economía, que hacían imposible en aquel momento salir de la Depresión y que, en el futuro, acarrearían constantes crisis del modelo capitalista, tal y como MARX vaticinara años antes. Por ello, este autor sostuvo que para evitar los desequilibrios era necesaria una intervención activa del Estado, destinada a garantizar el pleno empleo, con el objeto de mantener niveles de demanda altos, haciendo para ello uso del déficit fiscal y aumentando el dinero circulante, y de este modo fuera la demanda quien creara la oferta, y no al revés como se sostenía por el liberalismo clásico.

Las ideas keynesianas, que se implementarían por primera vez por ROOSEVELT en Estados Unidos a través de lo que se ha conocido como «*New Deal*», fueron recibidas con beneplácito sobre todo por los partidos socialdemócratas. Estos, de la mano de BERNSTEIN en Alemania, tiempo atrás habían renunciado a los intentos por realizar un cambio revolucionario de la sociedad, optando por la vía de un reformismo que, si bien seguía reconociendo a MARX como antecedente remoto —particularmente en lo que se refería a su análisis sobre la división de la sociedad en clases antagónicas—, en los hechos no hacía más que proponer un capitalismo modificado, que no buscaba resolver las contradicciones de clase, ni afectar de manera radical el poder del capital,

sino solamente introducir mejoras progresivas a las condiciones de existencia de la clase trabajadora, que les hiciera sobrellevar de mejor forma su condición de explotados. Para esto se hacía necesario recurrir a una mayor intervención estatal, que permitiera readecuar el sistema capitalista sin abandonarlo, logrando de este modo superar la crisis producida por la Depresión de 1929, y evitar su posterior reaparición. Además, por esta vía se ponía un mayor acento en el discurso a favor de la «paz social», con lo que se pretendía aplacar la proclama revolucionaria que hacía manifiesta la lucha de clases, introduciéndose de este modo una especie de «nuevo pacto» entre capital y trabajo, a través del cual se procuró ocultar las contradicciones internas del capitalismo, reconduciendo las luchas obreras desde un combate por alcanzar una transformación global del sistema, a un camino en que lo central era sólo bregar por mejoras económicas y sociales, pero sin afectar en su base al modo de producción capitalista.

Aquella readecuación del capitalismo que definirá fundamentalmente el período que va desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta entrada la década de 1970, se caracteriza porque el Estado adopta un rostro «asistencial», lo que se traduce, en términos generales, en una mayor intervención de éste en el gasto social. Como señala la profesora Myrna VILLEGAS, esta mayor ingerencia del Estado se manifiesta: «En el campo económico: mediante la intervención en el capital social, se persigue la

acumulación del capital y la reproducción de la fuerza de trabajo; se protegen los intereses de la clase dueña de los medios de producción. En el campo político-social: mediante la intervención a través del gasto social cuya función es legitimar al Estado en cuanto éste aparece como capacitado para dar solución a los conflictos sociales al interior del mismo sistema. Esta legitimación se consigue; por una parte, al otorgar prestaciones sociales (Estado benefactor) por medio de una redistribución social, y por la otra, al realizar un pacto social entre el capital y el trabajo. Se pierde con ello, el carácter revolucionario de las reivindicaciones obreras, al mismo tiempo que se imposibilita su satisfacción al utilizar los mecanismos del sistema. Estas funciones de planificación y regulación interna de la valorización del capital, provoca que los aparatos estatales, a decir de neomarxistas como OFFE, O'CONNORS, PREUSS y HIRSCH; sean dominados por las exigencias generales de mantenimiento y desarrollo del capital global. Tanto los aparatos estatales de valorización del capital como los de estabilización social se adecuan paulatinamente al capitalismo.»⁷⁵

Dado que la vieja teoría del *contrato social*, ya no resulta adecuada para legitimar un Estado que interviene directamente sobre los propios contratantes,

⁷⁵ VILLEGAS, Myrna, «*Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España*», Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, Capítulo I, apartado 3.b.1. Edición electrónica disponible en: <http://cybertesis.cl>

desnaturalizando toda posibilidad de contrato social y de autonomía de la libertad, en este período se buscará en la idea de *consenso* una nueva ideología legitimadora, que entienda al Estado como un ente facultado para representar los intereses de todos, y capaz de responder a sus aspiraciones⁷⁶. No obstante, esto será sólo una apariencia, dado que en los hechos el modelo de dominación no varía mayormente, puesto que si bien el concepto de *Democracia* entendido como «un hombre, un voto», en teoría serviría para poner límites al poder y control del Estado, garantizando un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que evite las discriminaciones, en la práctica son los sectores dueños del capital quienes siguen sustentando el poder y manejándolo para su beneficio, determinando de este modo las condiciones de desarrollo de la democracia, aunque cubriéndose con el manto de legitimidad que otorga la falsa creencia de que las contradicciones de clase ya no existen, sino que lo que ahora prima es un acuerdo entre capital y trabajo, cumpliendo el Estado a través de su intervención la función de equilibrar las desigualdades sociales. Como a nuestro entender bien apunta la profesora VILLEGAS, bajo esta nueva forma de organizar el Estado capitalista, «el aparato burocrático es dirigido por las influencias de la clase dueña de los medios de producción, que a la vez manipula la opinión pública ejerciendo el control de los

⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Estado y Control: La ideología del control y el control de la ideología*», en BERGALLI, Roberto; BUSTOS, Juan; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, y otros, «*Pensamiento Criminológico Vol. II. Estado y Control*», 1ª edición, Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 21; VILLEGAS, Myrna, «*Terrorismo: Un Problema de Estado*», cit.

mass media, logrando transformar en intereses generales sus intereses individuales». ⁷⁷

Desde otro punto de vista, la idea de consenso abre el camino para una forma de control social que define a los individuos de acuerdo a la posición que ocupan respecto de aquel, así se entiende que aquellos que con sus actividades hacen peligrar el *consenso*, requieren ser disciplinados para integrarlos a él, lo cual en el ámbito criminológico se traduce en el desarrollo de la *teoría de la conducta desviada*, en el sentido de que se entiende que quien viola el consenso, realiza una negación de los valores generales aceptados por la sociedad, y por ello requiere ser reeducado para que enmiende el camino desviado y volver al cause normal de la vida en comunidad. De esta forma, la idea de desviación como vulneración del *consenso* también habrá de servir para un más férreo control del disidente político, toda vez que como señala BUSTOS, bajo esta concepción las barreras entre el disidente criminal y el disidente del poder se vuelven vagas y fluidas, por cuanto la legitimación del poder y del control resultan una y la misma. ⁷⁸

Bajo este contexto, no resulta extraño entonces que la doctrina de la «*rehabilitación*» se transforme en la dominante y distintiva del período, al punto

⁷⁷ VILLEGAS, Myrna, «*Terrorismo: Un Problema de Estado*», cit., Capítulo I, apartado 3.b.1.

⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Estado y Control: La ideología del control y el control de la ideología*», cit., p. 20.

de convertirse en el principio organizador hegemónico, el marco intelectual y el sistema de valores sobre el que durante esta etapa se organizará todo el edificio del control social⁷⁹.

2. LA REHABILITACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO DE BIENESTAR

2.1. Antecedentes

Aunque la idea de rehabilitación o resocialización como principio orientador alcanzará su máximo apogeo en el tiempo que media entre la posguerra y aproximadamente mediados de la década de 1970, ella no era nueva, sino que fue adquiriendo forma ya desde el último tercio del siglo XIX, momento en que empieza a abrirse paso con fuerza la pretensión de superar el viejo sistema penal, sustentado en el castigo, la represión y el retribucionismo, para dar paso a un Derecho encaminado preferentemente al tratamiento del delincuente⁸⁰. En cuanto a sus causas, puede señalarse que ellas son variadas y de distinta importancia y naturaleza. Así por ejemplo, la cárcel, principal herramienta del sistema punitivo imperante, que la entendía fundamentalmente

⁷⁹ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., p. 82.

⁸⁰ MIR PUIG, Santiago, «*El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*», Barcelona: Ariel, 1994, p. 141.

como castigo, pierde en esta época gran parte del apoyo social, político e incluso ideológico que la legitimaba, criticándose particularmente el *aislamiento celular completo* a que se sometía a los presos, lo que era considerado causal de la gran cantidad de muertes, automutilaciones y suicidios que se presentaban al interior de ellas⁸¹. Por otro lado, en el período también se impone una cierta clase de *romanticismo filantrópico*, que ante las graves injusticias sociales y las condiciones de miseria en que vivía la clase obrera — denunciadas entre otros por escritores como Charles DICKENS, en Inglaterra, y Emile ZOLÁ, en Francia—, reclama la necesidad de acudir en auxilio de los más pobres, principalmente a través de ayudas asistenciales que mejoren su calidad de vida. Esta se transformará en una de las principales banderas del liberalismo y del naciente movimiento feminista, en el que predominaban las hijas de los antiguos hacendados de clase media y acomodada, y las esposas de los nuevos ricos industriales, las cuales reclaman para sí, como nueva función de las mujeres cultas, la labor social y ocupaciones afines.⁸²

También habrán de cumplir un importante papel en el movimiento reformador una serie de profesiones que enfocarán sus esfuerzos hacia el estudio y mejoramiento de las condiciones sociales, sacando además partido de

⁸¹ MIRALLES, Teresa, «*El Control Formal: La Cárcel*», en BERGALLI, Roberto; BUSTOS, Juan; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, y otros, «*Pensamiento Criminológico Vol. II. Estado y Control*», Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 103.

⁸² PLATT, Anthony, «*Los “Salvadores del Niño” o La Invención de la Delincuencia*», 4ª edición, México D. F.: Siglo XXI Editores, 2001, p. 25.

sus avances.⁸³ Asimismo, durante la época harán aparición nuevas disciplinas, como la antropología, la sociología, la psiquiatría y la criminología que habrán de ser utilizadas como herramientas para comprender mejor el delito y actuar sobre sus causas. Particularmente esta última cumplirá un importante rol en la justificación de las nuevas orientaciones emprendidas en el campo del control social, ya que en su originaria matriz positivista, tendía a explicar el delito como el acto de un individuo desviado, *anormal*, que en la mayoría de los casos requería tratamiento para volverlo al «*buen camino*», a la «*normalidad*».

Ahora bien, sería un error pensar que en el origen de la ascensión del ideal rehabilitador hay sólo razones de índole *humanitaria*. Si bien en la implementación de las reformas quienes tuvieron una mayor participación *práctica* fueron liberales, individuos provenientes de la clase media ilustrada, mujeres y profesionales, gran parte de los fondos utilizados en ellas fueron obtenidos gracias a la acción de la gran burguesía industrial, a quien la movían intereses distintos de los puramente humanitarios, sino que estos eran fundamentalmente de índole económica. Así por ejemplo, en aspectos

⁸³ PLATT señala en este sentido que: «El clero incorporó los servicios sociales seculares en sus actividades de rutina y movía sus influencias en favor de diversas reformas; la profesión médica contribuyó a la "nueva penología" y suministró personal facultativo para los reformatorios y las clínicas de orientación del niño; los abogados proporcionaron experiencia técnica para la redacción y el cumplimiento de las nuevas leyes; y los académicos descubrieron un nuevo mercado que les pagaba en calidad de consultores y los elevó a puestos de prestigio nacional, así como les proporcionó un material interminable para sus publicaciones y conferencias. (PLATT, Anthony, «Los "Salvadores del Niño" o La Invención de la Delincuencia», cit., p. 26.

puntuales como el movimiento por la extensión de la enseñanza obligatoria, se encontraban razonamientos de índole más *práctico*, que sólo mejorar las condiciones de vida de las familias obreras. A través de la escuela lo que se buscaba, por una parte, era instruir a los niños preferentemente en la disciplina del trabajo, con el objeto de que posteriormente se insertaran de mejor forma al mercado laboral. Y por otro lado, los requerimientos propios del desarrollo industrial demandaban progresivamente de un mayor volumen de mano de obra calificada, acorde con las necesidades de un trabajo progresivamente más técnico y orientado hacia la máquina. Según se pensaba, la escuela era capaz de proveer a la satisfacción de ambas necesidades, convirtiéndose así en un mecanismo de adiestramiento y selección, cada vez más perfeccionado para la fuerza de trabajo.⁸⁴

Pero desde el punto de vista estructural, había además una razón de carácter más general, que en definitiva habría de ser la motivación de fondo para que la clase que ostentaba el poder político y económico accediera a los requerimientos del movimiento reformador. El sector con mayor conciencia de clase de la burguesía industrial, comprendió que las reformas introducidas al sistema eran forzosas para garantizar la paz y la estabilidad que el modelo económico capitalista precisaba para poder desarrollarse. Aunque la oleada

⁸⁴ PLATT, Anthony, «Los «*Salvadores del Niño*» o *La Invención de la Delincuencia*», cit., pp. 22-23.

revolucionaria ocurrida a mediados del siglo XIX pudo ser sofocada a sangre y fuego, imponiéndose la reacción conservadora en la mayor parte de Europa, se entendía, como bien apuntara WEBER, que un sistema para ser realmente viable no puede estar permanentemente echando mano a la fuerza para imponerse sobre el conjunto de la sociedad, sino que necesita adquirir cierto grado de legitimidad entre las masas, que haga que estas acepten su condición sin cuestionarla mayormente. A fines del siglo XIX, la clase obrera se estaba nuevamente aglutinando en torno a organizaciones, de carácter marxista y anarquista, que demandaban una transformación radical de la sociedad, y las precarias condiciones de vida de los obreros eran el ambiente propicio para que dichas ideas pudieran germinar. A través de las reformas se buscaba entonces neutralizar las críticas que el modelo pudiera generar, racionalizando las desigualdades por él provocadas⁸⁵. De este modo, lo que era principalmente poder político, económico y militar, se transformaría también en poder social, en la medida que las demandas podrían ser canalizadas no hacia la transformación total, sino sólo hacia meras reformas, que mejoraran las condiciones en que el proletariado vivía, promoviendo así el orden, la

⁸⁵ MIRALLES, Teresa, «*El Control Formal: La Cárcel*», cit., pp. 103-104

estabilidad y el control, pero sin alterar sustancialmente el sistema de clases y la distribución de la riqueza existentes.⁸⁶

En lo que se refiere al aparato de justicia penal, éste ya no fue visto sólo como el medio a través del cual ejercer la violencia para así garantizar la seguridad neutralizando a los individuos conflictivos, por cuanto se llegó a pensar que el sólo uso de la fuerza a menudo agravaba los conflictos, minando de este modo la legitimidad del sistema capitalista. Si bien este carácter de verdadero *brazo armado* para mantener la paz y la seguridad interna nunca habría de perderlo, se entendió que el sistema penal además podía servir para ayudar a prevenir el desorden y armonizar los conflictos sociales. Por ello, en este campo las reformas introducidas apuntaban fundamentalmente a profesionalizar la policía y otros institutos de control social, diversificar sus métodos de operación y a ampliar las funciones coercitivas del Estado a nuevos campos de la vida de la clase trabajadora.⁸⁷ De este modo adquieren también mayor relevancia los mecanismos informales de control, como la escuela, la familia, la fábrica y otras instituciones, las cuales, trabajando coordinadamente con el sistema penal formal, permitirían ejercer una mayor vigilancia sobre los

⁸⁶ PLATT, Anthony, «Los “Salvadores del Niño” o La Invención de la Delincuencia», cit., p. 24

⁸⁷ PLATT, Anthony, «Los “Salvadores del Niño” o La Invención de la Delincuencia», cit., p. 28.

individuos, que abarcaría todas las etapas de su vida, para precaver así la aparición del delito y no tener que actuar sobre éste sólo cuando apareciera.

En cuanto a la cárcel, si bien el encierro continuó siendo el medio más habitual de reacción, se reenfocan sus objetivos a fin de que se convierta en una aparato de transformación del individuo, que a través de un tratamiento socio-terapéutico permita que el sujeto desviado se adapte a las normas consensuales del sistema capitalista y adquiera las destrezas técnico-laborales-disciplinarias adecuadas para su integración al proceso productivo y el consumo.⁸⁸

2.2. El *welfarismo* penal

Aunque las bases de lo que David GARLAND denomina el «*welfarismo penal*» serán echadas en este período, que va de fines del siglo XIX, dónde además hacen aparición las primeras leyes denominadas «sociales» que buscaban mejorar la condiciones laborales y de vida de la clase obrera, no será sino hasta transcurrida la Segunda Guerra Mundial, con la experiencia acumulada de la Gran Depresión de los años '30, la asunción de las ideas keynesianas en la economía y su enfoque orientado a una mayor intervención por parte del Estado, y la bonanza económica que sobrevino en el período de

⁸⁸ MIRALLES, Teresa, «*El Control Formal: La Cárcel*», cit., p. 104.

posguerra, que el *welfarismo penal*, con su ideal rehabilitador, habrá de cristalizar en la ideología que dominará todo el marco consolidado de las políticas públicas en el período subsiguiente y hasta entrados los años '70.

Las mejores condiciones económicas de la posguerra, permitieron crear una basta red de asistencia social, que al menos en el discurso, tenía por misión equilibrar las desigualdades sociales, aunque, como ya dijimos, sin afectar mayormente las bases de una sociedad que seguía estructurada en clases. En el ámbito penal, el principio *welfarista* de que, en lo posible, las medidas penales fueran intervenciones destinadas a la rehabilitación en lugar de castigos negativos, retributivos, dio como resultado la aparición de un sinnúmero de principios y prácticas que se materializaron en normas e instituciones que incluían: «leyes sobre las sentencias penales que permitían condenas indeterminadas vinculadas a la liberación anticipada y la supervisión de la libertad condicional, la justicia de menores con su filosofía acerca del bienestar de los niños, el uso de la investigación social y de las pericias psiquiátricas, la individualización del tratamiento basado en la evaluación y clasificación de los expertos; la investigación criminológica centrada en cuestiones etiológicas y en la efectividad del tratamiento; el trabajo social con los delincuentes y sus familias y los regímenes custodiales que ponían el

acento en los propósitos reeducativos del encarcelamiento y en la importancia del apoyo para la reinserción luego de la liberación».⁸⁹

En lo que respecta a la cárcel, cada vez fueron más las categorías de delincuentes que se consideraron inadecuadas para el encarcelamiento tipo, por cuanto se entendía que la prisión resultaba inconveniente para el tratamiento y la corrección, por ello se preferían, como reemplazo de ésta, otros regímenes especializados de custodia: reformatorios juveniles, instituciones correccionales, prisiones de capacitación, etc.⁹⁰

Como resultado de las nuevas iniciativas, hace aparición una compleja estructura burocrática que convocaría a un verdadero ejercito de profesionales a objeto de que cumplieran la función de llevar adelante las distintas tareas que se requerían para *reinsertar* a los delincuentes. Entre los convocados se encontraban agentes de *probation*, trabajadores sociales, sicólogos, siquiátras, educadores y reformadores sociales de todo tipo, con lo que la justicia penal dejó de ser territorio exclusivo del Derecho, para transformarse en el lugar propicio para que florecieran los expertos sociales de la más diversa índole. Según lo expresa GARLAND: «Mientras en un tiempo el principio rector había sido *nullum poena sine crimen* (no hay castigo sin delito), en el mundo del

⁸⁹ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., p. 82.

⁹⁰ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., p. 82

welfarismo penal, en cambio, se instaló *no hay tratamiento sin diagnóstico y no hay sanción penal sin asesoramiento de los expertos.*»⁹¹

Estos expertos llegarían a tener gran ingerencia en el curso que en adelante tomarían las políticas sociales y penales, puesto que muchas de las medidas adoptadas girarían en torno a ellos, y nacerían a su instancia. Además, gozarían de un gran grado de autonomía en sus funciones, que en la generalidad de los casos no estaban sujetas a control alguno, ni siquiera judicial.

En lo que respecta a la criminología, ésta habría de transformarse en una de las disciplinas centrales del modelo, en donde confluirían profesionales de las más diversas áreas, con sus particulares formas de enfocar el problema. El momento de auge del *Welfare State*, cronológicamente coincidió con un instante en que los tradicionales postulados del positivismo criminológico entraban en un proceso progresivo de descrédito —mas no en un total abandono—. Para el positivismo clásico, el delito era visto como el acto de un individuo desviado, cuyas causas debían buscarse fundamentalmente en las condiciones atípicas de su formación, particularmente en sus características biológicas o psicológicas, de donde arrancaba la necesidad de darle tratamiento terapéutico para rehabilitarlo. Con una óptica distinta de aproximarse al

⁹¹ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., p. 84.

problema, pero sin abandonar el paradigma etiológico —que se centra en el estudio de las causas y condiciones del delito y la delincuencia—, en esta época comienzan a aparecer una serie de estudios cuya perspectiva se enfoca más que en las causas individuales del acto desviado, en las condiciones sociales que hacen posible que éste aparezca, con lo que se dará un giro sociológico a la criminología⁹² que habrá de dominar gran parte del período subsiguiente.

Así por ejemplo, en un trabajo de 1938 Robert MERTON, basándose en estudios elaborados previamente por DURKHEIM⁹³ sobre la «*anomia*», intentará realizar una teoría general del comportamiento desviado a partir de la contradicción que puede producirse entre las normas o valores socialmente

⁹² BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*», p. 56.

⁹³ El término «*anomia*», contrariamente a lo que a veces se cree, no fue inventado por DURKHEIM, sino que él arranca desde la tradición griega, reconociéndose a Herodoto como el primero en dejar constancia escrita de su uso. DURKHEIM lo recuperará para la sociología en su libro de 1893 «*La División del Trabajo Social*», pero no será sino en otro trabajo de su autoría: «*El Suicidio*», aparecido en 1897, en donde le dará un tratamiento más profundo fijando el sentido que posteriormente se le ha dado al término. En este último, DURKHEIM se refiere a la «*anomia*» como un estado de ausencia de normas sociales, de reglas adecuadas para mantener dentro de límites apropiados el comportamiento del individuo, el cual de otra manera caería en el desenfreno, bajo el empuje de fuertes apetitos, que le son naturales y los cuales pueden ser reprimidos sólo mediante la acción de un elemento externo a él, como son este tipo de normas. Por eso, en estados de crisis económica y social, en donde se manifiesta una ausencia o desintegración de estas normas, es decir, cuando se produce la «*anomia*», el aumento de los apetitos del hombre y la incapacidad de poder satisfacerlos trae como consecuencia un aumento de los suicidios, debido a la imposibilidad de soportar la situación. En este caso, por crisis económica y social debe entenderse no sólo los momentos de depresión económica, en donde los esfuerzos dirigidos al éxito económico se ven frustrados, sino también aquellos momentos de expansión súbita, porque la rapidez con la cual puede conseguirse el éxito económico pone en crisis el equilibrio entre el fin y los modelos de comportamiento adecuados a éste. (DURKHEIM, Emile, «*El Suicidio*», 3ª edición, México D.F.: Premia Editora, 1990, pp. 206 y ss.)

aceptados y los medios institucionales de que dispone el individuo para alcanzarlos. Para MERTON —como antes para DURKHEIM⁹⁴—, las causas de la desviación no debían buscarse en situaciones atípicas consecuencia de la especial conformación biológica o psicológica del individuo, sino que ella debe ser entendida como algo *normal* a toda estructura social, tan normal como el comportamiento conforme a las reglas y valores predominantes⁹⁵.

En su análisis, MERTON distingue entre estructura cultural y estructura social. La primera, en cada momento histórico de desarrollo de una sociedad, propone al individuo una jerarquía de valores que constituyen las metas a las cuales éste debe aspirar, y que habrán de erigirse como las motivaciones fundamentales del propio comportamiento. Además, ésta también habrá de prescribir, a través de las normas, cuáles son los *medios legítimos* para alcanzar la realización de estos valores socialmente deseables. La contradicción surge, cuando los valores y los medios considerados lícitos para obtenerlos se contrastan con la estructura social, la cual, debido a las desigualdades que le son intrínsecas, no le otorga a todos los individuos los mismos medios económicos y sociales para propender a la realización de los antedichos valores, por lo que, ante la imposibilidad de acceder a ellos por los

⁹⁴ Vid. DURKHEIM, Emile, «*Las Reglas del Método Sociológico*», Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2003, pp. 145 y ss.

⁹⁵ BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*», p. 59.

medios considerados lícitos, trae como consecuencia que los individuos se aparten del camino «*recto*» fijado por las normas, para intentar por otros medios alcanzar los fines que la cultura les señala como norte y a que la estructura social les impide acceder. Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en las sociedades capitalistas contemporáneas, en las cuales se impone como valor cultural el éxito económico y el bienestar material, no obstante, las desigualdades sociales en la mayoría de los casos impiden que individuos provenientes de los sectores sociales más desfavorecidos cuenten con los medios necesarios para poder acceder a esos valores por los medios lícitos — buena educación, contactos sociales en las altas esferas, trato con personas influyentes, pertenencia a un hogar bien constituido, acceso temprano y permanente a las expresiones del arte y la cultura, e incluso carencia de las características morfológicas que socialmente son mejor consideradas—.

Así entonces, el origen de los comportamientos desviados se encontraría en la desproporción que se produce entre los fines culturalmente aceptados como válidos y los medios lícitos a disposición de cada individuo para alcanzarlos, es decir, la contradicción entre fines culturales y medios institucionales. No se trata de que el individuo patológicamente posea unas características que lo hacen distinto al resto y de ahí su comportamiento trasgresor, tampoco es que niegue a la sociedad y sus valores, sino por el contrario, dado que también acepta como propios los valores que la sociedad

reconoce como fundamentales, y ante la imposibilidad de acceder a ellos por los vías convencionales, resulta normal que trate de alcanzarlos, aunque en el camino deba negar las normas que a su vez fijan los medios lícitos para hacerlo. En este sentido, la *anomia* se presentaría cuando surge «una situación de crisis de la estructura cultural en la que la discrepancia entre fines culturales por una parte y posibilidades sociales de actuar lícitamente en conformidad con ellos, por otra, es acentuada y profundizada para inducir a estratos sociales cada vez más amplios a adherirse a los fines culturales sin el respeto a los medios institucionalizados.»⁹⁶

Aunque la teoría de la *anomia* de MERTON fue objeto de críticas desde su aparición, no puede restársele todo valor, ya que no sólo le dio un giro sociológico a la criminología, del que hasta entonces en buena medida carecía, sino que además serviría de base a posteriores posiciones que también tratarían de explicar el fenómeno de la desviación desde marcos que escaparan a la clásica tendencia patológica que por años había dejado sentir su influencia desde el positivismo y las teorías sicoanalíticas. En este aspecto, resulta relevante referirse, aunque sea brevemente, a las llamadas «*teorías de las subculturas*», a través de las que se intentó desarrollar un enfoque de la

⁹⁶ PAVARINI, Massimo, «Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico», 110.

criminalidad que superara las barreras y los errores en que incurría la teoría de MERTON.

En efecto, una de las críticas hechas a la teoría de la *anomia*, es que ella contrariamente a lo que se podía pensar —que era una teoría «progresista», que destacaba la función que tiene la estructura social y sus desigualdades en la aparición de la desviación—, en el fondo no era más que una teoría *conservadora* que no afectaba en nada, y que por el contrario reafirmaba, la vieja tendencia a focalizar el estudio de la criminalidad como algo propiamente perteneciente a los sectores marginados.

Como lo hiciera notar SUTHERLAND, esta era insuficiente para explicar los actos desviados que surgen en los sectores sociales más acomodados, bajo la forma de los llamados *delitos de cuello blanco*, que han sido definidos como aquellos cometidos por personas de respetabilidad y *status* social alto en el curso de su ocupación⁹⁷. Según notaba este autor, estas conductas no obstante su alta dañinidad social, parecen no provocar la conmoción que atraen los delitos comunes cometidos por las clases bajas, sino que ellos, en los casos en que son perseguidos, lo son habitualmente por caminos distintos a los usuales del proceso penal, recurriéndose a procedimientos especiales que permiten resolver los conflictos sin necesidad de un juicio, a través de acuerdos con el

⁹⁷ ELBERT, Carlos Alberto, «*Manual Básico de Criminología*», cit., p. 83.

fiscal, y sin que se imponga una nota *infamante* sobre los autores, quienes en la mayoría de los casos no son objeto de una pena privativa de libertad como en los delitos comunes, sino que se les imponen sanciones administrativas o pecuniarias, sin dar lugar a consecuencias sociales desfavorables. De hecho, este autor constataba que en un medio como el de Estados Unidos —que es el que él estudia, aunque puede hacerse extensivo a otras regiones— estos ilícitos no sólo no eran objeto de una repulsa pública, sino que en ciertos círculos incluso eran considerados como algo normal, necesario y hasta plenamente justificable, como una herramienta más para hacer funcionar la maquinaria económica.

Según SUTHERLAND, esto era expresión de la existencia de una concepción cultural distinta de la socialmente dominante, una especie de *subcultura de los poderosos*, de lo cual deducía que «el comportamiento y los valores se aprenden en el curso de la vida social y se expresan en sistemas de trabajo, ideas y modos de relación comunes»⁹⁸. En base a esto desarrolla su *teoría de la asociación diferencial*, esto es, una «asociación de diferentes», un círculo de personas que por su posición tienden a identificarse entre sí, valorando positivamente el incumplimiento de la norma. Dicha asociación predispondría a los individuos a violar la ley, ya que por una parte los aleja de aquellos que ven en la trasgresión un comportamiento disfuncional y por otro

⁹⁸ ELBERT, Carlos Alberto, «*Manual Básico de Criminología*», cit., p. 85.

los acerca a aquellos que la ven como positiva, con lo que se predispone la generalización de tales conductas en dicho sector. Así entonces, de acuerdo con ello la operatoria ilícita de las actividades económicas sería algo que se aprende y se estimula su imitación, y además el compartir estos *valores subculturales*, distintos a los del resto de la sociedad, también sería una precondition para poder desenvolverse idóneamente dentro del grupo.

Según afirma BARATTA, «Poniendo el acento, en primer lugar, en la importancia de los mecanismos de aprendizaje y de diferenciación de los contactos y, en segundo lugar, en la relación de esta diferenciación con las diferenciaciones de los grupos sociales, Sutherland ha impelido la teoría de la criminalidad hacia modelos explicativos que no se limitan al simple análisis de los contactos diferenciales y de los mecanismos de aprendizaje, sino que afrontan directamente el problema de las causas sociales de los diversos contactos diferenciales y de la calidad de ellos»⁹⁹

Por su parte, Albert COHEN, por un camino distinto al de SUTHERLAND también llega a plantear que en el origen del delito hay un importante componente «subcultural». A partir del estudio de la criminalidad juvenil, critica el enfoque dado por MERTON en que la respuesta a la anomia surge como una reacción individual y no social. Para él las características propias de la

⁹⁹ BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*», cit., p. 70.

estructura social, en que lo que se erige como valores dominantes son los de la *clase media*, choca con los valores de origen de los jóvenes provenientes de la clase obrera. Ante la incapacidad de los adolescentes para adaptarse al medio, realizando en sí los valores que le son exigidos ya desde el ambiente educacional, tienden a comportarse reactivamente, erigiendo junto a sus pares una cultura propia «caracterizada por los elementos del "no utilitarismo", de la "maldad" y del "negativismo", que permite a quienes forman parte de ella expresar y justificar la hostilidad y la agresión contra las causas de la propia frustración social.»¹⁰⁰ De este modo entonces, la subcultura soluciona los problemas de adaptación que no es capaz de satisfacer la cultura dominante. No obstante, como bien apunta PAVARINI, en este caso resulta propio hablar de *subcultura* y no de *contracultura*, por cuanto los nuevos valores o las legitimaciones culturales de las prácticas ilegales carecen de la fuerza política necesaria a fin de colocarse en términos de alternatividad en relación con la cultura dominante sino que se desarrollan como respuesta necesaria, minoritaria, y de simple supervivencia en relación con ella¹⁰¹, y de hecho, en la mayoría de las ocasiones la constitución de la subcultura no va sino en pos de conseguir la realización de los valores que impone la cultura dominante,

¹⁰⁰ BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*», cit., p. 70

¹⁰¹ PAVARINI, Massimo, «*Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*», 1ª edición argentina, traducción de Ignacio MUÑAGORRI. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002, p. 111

reafirmandolos en los hechos, aunque por medios que no son los que esa misma cultura determina como lícitos. Es decir, la subcultura acepta los fines, pero no los medios para conseguirlos.

Como podemos observar, a partir de las teorías de MERTON en la criminología se abre todo un nuevo campo de análisis del fenómeno de la criminalidad en función de la elaboración de una verdadera sociología de la conducta desviada. Las teorías que surgen a raíz de ello, ya sea como complemento, desarrollo o crítica a los planteamientos de MERTON, son muy variadas, y excederíamos las pretensiones de este trabajo si quisiéramos exponerlas todas. No obstante, debemos señalar que pese a la innovación que significaron, éstas no fueron capaces de romper el esquema en que los estudios criminológicos venía desarrollándose, los que siguieron rigiéndose por el paradigma etiológico. Aunque se reconocieron las condicionantes sociales que se encontraban en el origen del delito, éste siguió siendo considerado una especie de *patología* —de origen biológico, psicológico o social—, que hacía necesario un tratamiento sobre el desviado a fin de rehabilitarlo para la vida en sociedad.

Como destaca GARLAND en uno de sus últimos trabajos, una de las características que mas resaltan del período que hemos descrito precedentemente, es que en él, no obstante las críticas, que cíclicamente surgían respecto del welfarimo penal y su ideal resocializador, existía un amplio

consenso en torno a la legitimidad del sistema de justicia penal y a que la rehabilitación era, en el fondo, el fin más adecuado que debía perseguir el Estado a través del sistema penal. De hecho, las críticas en general iban enfocadas principalmente más bien al objetivo de reformar determinados aspectos del sistema y rara vez apuntaban a las raíces del mismo. Se tenía confianza en la idoneidad del modelo, entendiéndose que la mayoría de los problemas que en él se detectaban eran más bien producto de falta de recursos o ineptitud al aplicarlo, y no porque algo en la base de él estuviera errado. De ahí que se viera al sistema penal como algo en permanente evolución, que avanzaba cada vez hacia mayores niveles de racionalidad, que habrían de alcanzarse conjuntamente con el mejoramiento global de las condiciones sociales. El camino era el correcto, sólo había que perfeccionarlo.

Esta óptica habría de cambiar drásticamente en los años que estaban por venir.

3. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR Y DEL MODELO RESOCIALIZADOR

3.1. La crisis económica del Estado de bienestar

Durante la década de los '70, el modelo capitalista del *Welfare State* habrá de entrar en crisis. Por este tiempo las principales economías del mundo

occidental se verán afectadas por una fuerte recesión, producto en buena parte de la crisis energética ocurrida en 1973, cuando los países exportadores de petróleo agrupados en la OPEP, ante el apoyo prestado por occidente al Estado de Israel, deciden provocar un bloqueo a la producción y la exportación del crudo, determinando en adelante una fijación autónoma de los precios por parte de la organización. Esta crisis energética se repetirá luego en 1979 producto de la revolución iraní impulsada por el AYATOLÁ JOMEINI, que también provocara una escasez de petróleo, afectando con ello gravemente a la producción de los países industrializados.

Otro aspecto que influyó fuertemente en la crisis fue la llamada «crisis fiscal», producto del saldo negativo que presentaba el Estado, toda vez que si bien el gasto iba en aumento, no ocurría lo mismo con los ingresos, los cuales se mantenían estables o incluso tendían a disminuir. Según lo expresa Iñaki RIVERA, esto se explica por el hecho de que, aunque la ciudadanía presionaba progresivamente para que el Estado realizará más inversiones y aumentara el gasto social, no estaba a la vez dispuesta a soportar los mayores impuestos que esto necesariamente debía traer como consecuencia¹⁰². Todo ello estaba

¹⁰² RIVERA BEIRAS, Iñaki, «*Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal ("Nuevas" Racionalidades Punitivas y Posibles Escenarios Penales)*», en Iñaki RIVERA BEIRAS [coord.], «*Mitologías y Discursos sobre el Castigo. Historias del Presente y Posibles Escenarios*», 1ª edición. Barcelona: Anthropos, 2004, p. 294.

empujando a una virtual *quiebra* del Estado y a su vez tenía un fuerte efecto sobre la tasa inflacionaria, la cual se encontraba en un progresivo aumento.

La difícil situación económica trajo como consecuencia un incremento en el desempleo, y redundó además en un recorte al gasto social y en los dineros destinados a mantener los servicios públicos. El Estado de Bienestar, con su intervencionismo keynesiano perderá entonces credibilidad como medio para salir de la crisis, por cuanto surgieron voces que argumentaban que justamente era la intervención del Estado en la economía una de las principales causas por las que no se lograba superar la recesión. Frente a ello se produce un renacer de las orientaciones más liberales, que de la mano de Milton FRIEDMAN y sus acólitos de la *Escuela de Chicago*, postulan un retorno a las políticas monetaristas, por cuanto consideraban que gran parte de la inestabilidad en la economía es debida a las fluctuaciones en la oferta de moneda, cuya demanda en cambio se mantendría estable. En atención a esto proponen evitar las manipulaciones arbitrarias de la oferta monetaria, estableciendo un sistema automático de emisión que estuviera vinculado al crecimiento del producto. Además, se oponen a la tesis keynesiana de la disyuntiva entre inflación y desempleo. Para los monetaristas, el mayor gasto público es ineficaz para

mantener niveles aceptables de desempleo, puesto que las consecuencias inevitables de tal política serían tasas de inflación cada vez más elevadas.¹⁰³

El monetarismo de FRIEDMAN habrá de ser uno de los soportes técnicos del neoliberalismo, sistema que se impondrá con fuerza a partir de fines de la década del '70, principalmente de la mano del conservadurismo liderado por Margaret THATCHER, en Inglaterra, y Ronald REAGAN, en Estados Unidos. Como señala BERGALLI: «Ese neoliberalismo retomó la antigua bandera del mercado dentro del cual la única ley a regir debe ser la del juego sin cortapisas de la oferta y la demanda, y en el cual los agentes económicos practican una libre competencia. En esta perspectiva no se acepta la interferencia ni la participación estatal, por lo que las condiciones del intercambio y el establecimiento de precios será el resultado de esa actividad sin controles. No obstante, la idea de libertad es difícil de fijar cuando la fortaleza de unos agentes en detrimento de la endeblez de otros convierte al mercado en un monopolio, donde una empresa ofrece el producto ante la inexistencia de otros substitutivos, o en un oligopolio que explica la actuación de un número reducido de empresas produciendo un bien o servicio.»¹⁰⁴

¹⁰³ BERGALLI, Roberto, «Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: Perspectivas Socio-Jurídicas», en BERGALLI, Roberto [coord.], «Sistema Penal y Problemas Sociales», 1ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 69

¹⁰⁴ BERGALLI, Roberto, «Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: Perspectivas Socio-Jurídicas», cit., pp. 69-70

Con la ascensión del neoliberalismo, el capitalismo demostró una vez más su capacidad de adaptación a las nuevas condiciones. Mientras las teorías keynesianas fueron la respuesta que se consideró más adecuada a la crisis de la década del '30, manteniendo su vigencia por todo el período subsiguiente, al demostrar su ineficacia frente a la nueva crisis —que Myrna VILLEGAS define como una crisis de acumulación¹⁰⁵—, el Estado capitalista no tuvo inconveniente en cambiar una vez más de rostro, retornando cual hijo pródigo a las manos del mercado y el *laissez faire*, sin con ello afectar en modo alguno su estructura de clase, ni el poder que sustentan las clases más acomodadas. Por el contrario, si bien el Estado intervencionista trajo aparejado ciertos beneficios sociales para los sectores más desposeídos, en la forma de un asistencialismo estatal, al imponerse el neoliberalismo muchos de estos beneficios se verán perdidos, imponiéndose en adelante la lógica del mercado incluso en la producción de los servicios más básicos. Mercado que si bien en el discurso se lo denomina «libre» y «social», en los hechos carece de ambas características. La libertad se ve relativizada porque él se encuentra en general regido por la ley de los agentes económicos que a la vez ostentan en sus manos toda la oferta de bienes y servicios.¹⁰⁶ Además, producto de la progresiva concentración del

¹⁰⁵ VILLEGAS, Myrna, «*Terrorismo: Un Problema de Estado*», cit., Capítulo I, apartado 3.b.2.

¹⁰⁶ BERGALLI, Roberto, «*Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: Perspectivas Socio-Jurídicas*», cit., p. 71.

poder del capital en unas pocas manos, el mercado se vuelve cada vez menos elástico, y más determinado sólo por unos pocos agentes que concurren a él, excluyéndose o absorbiendo a aquellos económicamente más débiles. Y tampoco es social, puesto que en él el único lenguaje que importa es el del dinero, el del capital, por ello no queda espacio para lo social. Sólo quienes tienen dinero pueden acceder a transar bienes en el mercado y satisfacer con ellos sus necesidades, el resto de los individuos queda excluido y lanzado a su propia suerte.

3.2. La crisis del modelo de la resocialización

En lo que se refiere al ámbito penal, las nuevas direcciones tomadas en la economía habrían de tener fuertes repercusiones sobre el welfarismo y su ideal resocializador. Para llevar adelante los programas de rehabilitación era necesario el soporte de numerosas agencias de justicia, que trabajaban dentro o en colaboración con el sistema penal, la mayoría de las cuales requerían de fondos del Estado para poder funcionar. A ello había que sumar los elevados costos que implicaba un sistema penitenciario que tuviera las condiciones mínimas requeridas para generar un ambiente que hiciera posible modificar las conductas de los individuos, por ejemplo, a través de programas educacionales o de capacitación laboral. Dado que la crisis económica trajo como consecuencia el recorte en numerosas áreas de asistencia social, incluidas aquellas destinadas al tratamiento de la delincuencia, muchos de los programas

no se pudieron seguir llevando adelante o fueron restringidos fuertemente¹⁰⁷. Además, el neoliberalismo traía implícita la idea de que era imprescindible reducir el Estado al mínimo, por lo que se emprendió la tarea de recortar el aparato burocrático, buena parte del cual estaba destinado a tareas relacionadas, directa o indirectamente, con las labores correccionales.

Al tiempo que lo anteriormente descrito ocurría, hubo un hecho que vendría a dar un giro radical a las orientaciones criminológicas y de control del delito, el cual hubiera sido impensado sólo un tiempo antes. El ideal resocializador, que como vimos inspiró gran parte de las políticas criminales desde fines del siglo XIX en adelante, habría de caer en un profundo descrédito, al punto de que las numerosas críticas de que fue objeto atraerían una drástica, cuando no absoluta, pérdida de confianza en el mismo.

En principio, de la mano de la sociología criminal surgirían desde mediados de los '60 posturas que cuestionarían y tomarían distancia de aquellas teorías causales, positivistas, que consideraban al delito un producto de la privación biológica o social y de la patología¹⁰⁸. Tanto las teorías del *labeling approach*, primero, como la *criminología crítica*, con posterioridad,

¹⁰⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki, «*Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal ("Nuevas" Racionalidades Punitivas y Posibles Escenarios Penales)*», cit., p. 295.

¹⁰⁸ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona*», en Iñaki Rivera [coord.], «*Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*», 1ª edición. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, p. 256.

habrán de sostener que no es el delincuente quien debe ser cambiado, sino la sociedad, en cuanto ella es la principal causante de la criminalidad¹⁰⁹.

Aunque de ambas teorías habremos de ocuparnos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo —dada la importancia que tuvieron en el surgimiento del abolicionismo—, podemos decir acá que el *labelling approach* fue una trascendental e influyente corriente surgida en Estados Unidos, la cual a partir de la crítica a los anteriores modelos criminológicos vigentes, fundados en el paradigma etiológico, opone una concepción de acuerdo a la cual el delito no posee ninguna calidad ontológica intrínseca en virtud de la que deba ser considerado un acto distinto al resto, sino que quien le arroga tal carácter es la sociedad, a través de procesos sociales y estatales de definición, que llevan a establecer como desviado un acto frente a otro que no lo es, situación que no se produce de la misma manera ni en todas las sociedades ni en todos los momentos históricos. Por eso propone un real cambio de paradigma, trasladando la discusión desde las causas que provocan el delito a los llamados *procesos de criminalización*, estableciendo que estos son mecanismos por medio del cual un acto es etiquetado como delictivo, y como consecuencia de ello, quien sufre el etiquetamiento, al ser tratado como delincuente, como desviado, tenderá a asumir dicha condición. Así entonces, vendrá a ser el

¹⁰⁹ MIR PUIG, Santiago, «*El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*», cit., p. 144.

mismo Estado, a través de la criminalización, uno de los causantes de que las conductas ilícitas lleguen a producirse y masificarse.

Por su parte, a principios de los '70, siguiendo el camino antes trazado por el *labelling approach* —al cual considera insuficiente en sus planteamientos— y haciendo uso de las herramientas teóricas del marxismo, particularmente del materialismo histórico, surgirá primero en Gran Bretaña, extendiéndose luego a otros países, la *criminología crítica*. Como el *labelling approach*, ésta también parte criticando a las anteriores teorías criminológicas fundamentadas en el paradigma etiológico, sosteniendo que con su postura, lo único que hacen es actuar como guardianas del *statu quo*, pretendiendo legitimar un sistema penal que en la práctica no es otra cosa que un arma en manos de la burguesía para ejercer su poder sobre el proletariado. Por esta vía, la criminología crítica llega a la conclusión de que los procesos de criminalización no son asépticos, sino que ellos tienen por función perpetuar las contradicciones de clase de la sociedad capitalista, por ello deben ser estudiados en su dimensión histórica y relacionados con las características estructurales de la sociedad y del modelo de producción, postulando además que la criminología así entendida debe transformarse en una herramienta de crítica y de transformación social.

Resulta notorio ver que con sus discursos, tanto el *labelling approach* como la *criminología crítica*, en los hechos se transformarán en deslegitimantes

del ideal rehabilitador, por cuanto, como señala MIR PUIG, en estas corrientes se traslada la *culpa*, o al menos la causa del delito a la sociedad: «¿Qué sentido puede tener, entonces, tratar de resocializar al delincuente en lugar de modificar la sociedad? ¿Qué legitimidad puede alegar y qué poder de convicción puede tener frente al delincuente una sociedad injusta, que lo ha hecho delincuente y/o que necesita de él para satisfacer sus frustraciones?». ¹¹⁰

Pero en los '70 no sólo la criminología de orientación marxista habrá de erigir un discurso deslegitimante del modelo rehabilitador. También desde el liberalismo surgirán las críticas, que irán orientadas principalmente a la cárcel y al uso de las penas indeterminadas. Se sostenía que el sistema penal estaba enfocado principalmente a la represión de aquellos grupos socialmente más vulnerables, transformándose en manos del Estado en un medio para actuar de manera discriminatoria sobre los negros, los jóvenes, los pobres y las diversas minorías culturales.

En este sentido se concluía que el ideal rehabilitador se había transformado en puro discurso, detrás del cual lo que en verdad se ocultaba era un amplio esfuerzo por disciplinar a las masas, aplicando mecanismos correccionales incluso sobre aquellos que no querían ser corregidos, lo que constituía una grave violación a la libertad individual. Además, respecto de las

¹¹⁰ MIR PUIG, Santiago, «*El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*», cit., p. 145.

penas indeterminadas, estas fueron ferozmente atacadas, por cuanto le quitaban toda suerte de seguridad a quien recibía el castigo, puesto que nunca podría saber a cuánto efectivamente éste podía ascender, sino que su extensión era dejada al mero arbitrio del operador encargado de aplicarlo, que en su determinación haría uso de criterios bien distintos que el sólo bienestar del sujeto desviado, contando para ello con un grado de discrecionalidad excesivo, ya que su labor muchas veces ni siquiera era sujeto a control externo alguno, ni aún judicial. Por eso en este punto proclaman una especie de *neoclasicismo*, es decir, una vuelta a los principios sustentados por las teorías clásicas de la Ilustración, otorgando a la pena sólo una finalidad retributiva, aplicada de acuerdo a los criterios básicos de proporcionalidad.¹¹¹ De este modo, pretendían erradicar de la justificación de la pena todo afán utilitarista, centrándose en el sólo recurso a un criterio de justicia —de ahí que en su primeras manifestaciones se le denomine a esta corriente *Justice Model*—. Con posterioridad esta corriente liberal de inspiración neoclásica dará paso a la llamada teoría del *Just Desert*, —*Justo Merecimiento*—, la cual, según acota ZYMAN, «sostiene que el merecimiento está enclavado en el sentido común, y que ello aporta un apreciable contenido ético a la justificación (expresa que

¹¹¹ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., pp. 110 y ss; RIVERA BEIRAS, Iñaki, «*Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal ("Nuevas" Racionalidades Punitivas y Posibles Escenarios Penales)*», cit., p. 296; ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona*», cit., pp. 265 y ss.

cualquier persona de la calle diría que la gente debe ser castigada —o también premiada— sólo cuando lo merece). Afirma asimismo que se relaciona con la comisión de un hecho incorrecto (*wrongdoing*), un suceso pasado, tangible y de conocimiento certero. Ello la distingue fundamentalmente de otro tipo de justificaciones como la prevención general negativa, la rehabilitación y la incapacitación, que obran en función de un hecho futuro y potencial: la prevención de nuevos delitos.»¹¹²

El discurso retribucionista que vino de la mano del neoclasicismo, se impuso con cierta rapidez principalmente en Estados Unidos y posteriormente en Gran Bretaña. Particularmente atractiva resultó una propuesta surgida desde esta corriente de acuerdo a la cual la fijación de la pena atribuible a cada delito debía hacerse en base a un criterio «objetivo», mediante una matriz de dos ejes, que generaba un conjunto de penas presumibles por referencia a un eje que medía el delito atribuyéndole una puntuación, mientras el otro eje hacía lo mismo con los delitos previos. De esta manera se pretendía fijar una tabla de determinación de penas, a la cual el juez debía recurrir a la hora de dictar sentencia, y en la que se expresarían de forma determinada la pena aplicable a cada ilícito dependiendo de las circunstancias modificatorias que pudieran concurrir, con lo que el grado de discrecionalidad en este aspecto se reducía

¹¹² ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*El Castigo Penal en EE.UU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente*», cit., p. 257

considerablemente. Estas guías para la determinación judicial de la pena serían ampliamente incorporadas en los años venideros en la mayoría de los Estados de Norteamérica, que establecieron comisiones especiales encargadas de diseñar dichas tablas. No obstante ellas habrían de seguir un camino bastante distinto del previsto por el liberalismo neoclásico, puesto que en muchos de los casos los mecanismos de determinación de penas elaborados no tenían como premisa los derechos del inculgado y un intento por reducir la coerción penal, sino que ellos iban directamente enfocados al establecimiento de penas mínimas obligatorias, y a un endurecimiento general de las penas, lo que se uniría a un discurso general que luego habría de asentarse tanto en Estados Unidos como en gran parte de los países occidentales, orientado a diseñar políticas criminales cada vez más restrictivas de derechos y expansiva en su ámbito de acción.

Como lo expresa GARLAND: «Con el tiempo, la preocupación liberal por la "pena justamente merecida", la proporcionalidad y la minimización de la coerción penal cedió sulugar a políticas más duras de disuasión, detención preventiva e incapacitación y, eventualmente, a penas expresivas y ejemplares y al encarcelamiento masivo, políticas que eran completamente contradictorias con los principios e intenciones de los reformadores liberales originales. Del mismo modo, la crítica de la prisión y su fracaso en términos correccionales, al principio, alentó un mayor uso de las penalidades comunitarias y las

experiencias de descarceración y descriminalización. Pero, posteriormente, la desilusión con respecto al potencial reformador de la prisión preparó el camino hacia una visión distinta del encarcelamiento que destacaba su efectividad como puro medio de castigo y de incapacitación a largo plazo.»¹¹³

A partir de los años '70 el modelo correccionalista del *welfarismo* penal habría de entrar en un profundo colapso, que reuniría en sí todos los elementos que usamos anteriormente para definir a las «crisis». Por una parte, se hicieron patentes las deficiencias objetivas del sistema para dar cumplimiento a los fines que decía perseguir. Los estudios demostraban que en la mayoría de los casos la rehabilitación nunca llegaba a producirse, siendo aislados los casos de éxito. Además el constante aumento de los índices de delincuencia, pese al aumento general de las condiciones económicas y sociales, al menos en los países centrales, se usaba como indicador de la impotencia del correccionalismo para hacer frente al delito. Pero como vimos, la existencia de condiciones objetivas no serían suficientes para hablar de crisis, si a ello no se le suman determinadas condiciones subjetivas que vuelven insustentable al modelo. No sería adecuado hablar en este caso de crisis, si la confianza en el ideal resocializador se hubiese mantenido, tomando todos los datos objetivos más bien como muestras de que era necesario sólo realizar determinados ajustes al

¹¹³ GARLAND, David, «La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea», cit., p. 119.

sistema, por ejemplo introduciendo nuevos programas que apuntaran a la resocialización, e invirtiendo más recursos en los ya existentes. Sin embargo, la situación fue completamente diferente. La idea de que nada funcionaba y que el modelo era un fracaso, se extendió rápidamente a todos los sectores, trasuntando incluso el mero marco de los operadores jurídicos. Así por ejemplo, en la misma época surgieron críticas que ya no provenían sólo del mundo del Derecho, sino de ambientes tan distintos como podría ser el cine. Aquí destacan particularmente dos películas rodadas durante la época y que iban enfocadas directamente a criticar el modelo correccionalista.

La primera de ellas es «La Naranja Mecánica» (*A Clockwork Orange*), de 1971, dirigida por Stanley KUBRICK¹¹⁴. En esta se muestra con una mirada muy irónica los efectos que un tratamiento experimental puede tener sobre un joven delincuente, a quien se lo somete a un procedimiento —el tratamiento *Ludovico*— orientado a extirparle los impulsos violentos con el fin de reinsertarlo socialmente. Si bien el objetivo en cierta medida se logra, en la medida que el protagonista efectivamente no podrá reaccionar violentamente, se hará en base a desnaturalizarlo completamente como persona, devolviéndolo a un mundo que es incapaz de acogerlo, y que, por el contrario lo rechaza con una violencia tan brutal como la que a él mismo se le ha inhibido de realizar, al punto que una

¹¹⁴ Se puede ver una ficha de la película en Internet Movie Database, <http://www.imdb.com/title/tt0066921/>

de sus anteriores víctimas no duda en someterlo a tortura —curiosamente escuchando a Beethoven, el que había sido su compositor favorito, y quizá la única muestra de real humanidad que manifiesta el personaje antes de verse atrapado por las garras del sistema— con el objeto de llevarlo hasta el suicidio. En la película se expone como *Alex*, el protagonista, es doblemente una víctima de la sociedad en que vive, ya que por una parte de esta aprende la violencia con la que se comporta, casi como una cuestión de sobrevivencia, y por otro lo somete a un tratamiento fruto de la mayor crueldad y perversión, que no se fija en los efectos nocivos que produce en el individuo ni en el costo de ellos, sino que sólo mira por el cumplimiento de determinados intereses sociales, y los dividendos políticos que es capaz de cosechar mediante una exposición efectista ante la opinión pública, que en cierta medida ignora lo que realmente le ocurre al sujeto al interior del centro de «readaptación». Al comenzar la película *Alex* es una especie de monstruo, el prototipo de un delincuente peligroso, que de verdugo, producto de los métodos correccionalistas, pasará a ser víctima. Y sin embargo, pese a todo lo publicitado del tratamiento Ludovico, en el fondo en esta pieza del séptimo arte, queda demostrado que ni se lo rehabilita, ni se lo reeduca, ni se lo reforma, ni se lo reinserta en la sociedad, sino que lo dejan abandonado a su suerte e indefenso dentro de un entorno vengativo que le pasa cumplida factura por sus pecados y excesos del pasado.

La otra película que puede ser puesta como paradigma de la crítica al modelo correccional es «Atrapado sin Salida» (*One Flew Over the Cuckoo's Nest*)¹¹⁵, rodada en 1975 por el director Milos FORMAN. En esta, a diferencia del Alex de *La Naranja Mecánica*, McMurphy no es un prototipo de delincuente violento y peligroso, sino más bien del rebelde, del hombre que reafirma su individualidad y su derecho a vivir una vida en cierta medida anárquica. Esta característica queda particularmente manifiesta al enfrentarse con un medio, el del hospital psiquiátrico, en donde a los enfermos por sobre todo se los trata de estabilizar sometiéndolos a una disciplina que busca en especial instaurar el comportamiento homogéneo, incapaz de cuestionar o salirse del marco aceptado por el entorno. Quien osa transgredir las reglas o cuestionar de alguna manera el poder (representado en este caso por una tiránica enfermera), se arriesga a los más severos castigos, que incluyen por cierto también el tormento físico. Ante la imposibilidad del «poder» de pacificar el espíritu rebelde de McMurphy, se opta por finalmente someterlo a un tratamiento cuyo único objetivo es inhabilitarlo como persona, reduciéndolo a un estado infrahumano, del cual sólo la muerte podría rescatarlo.

Tanto en *La Naranja Mecánica*, como en *Atrapado sin Salida*, se demuestra de manera palpable las críticas que el modelo correccionalista atraía

¹¹⁵ Se puede ver una ficha de la película en Internet Movie Database, <http://www.imdb.com/title/tt0073486/>

también fuera del marco jurídico, las que iban enfocadas principalmente a reafirmar la libertad del individuo y a cuestionar el derecho de la sociedad a reformarlo con el objeto de que pasara a ser simplemente parte de la masa, utilizando para ello, además, procedimientos del todo cuestionables. Aquí no sólo se debate acerca de la idoneidad de los métodos correccionalistas, sino también sobre la adecuación ética de llevar adelante dicha corrección.

4. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CRIMINOLOGÍA DE LA INTOLERANCIA

La crisis del welfarismo penal ocurrida entre los 70 y los 80, tuvo la particularidad de que fue capaz de unir en una misma trinchera a un espectro muy amplio de tendencias, que incluían tanto a sectores progresistas como conservadores, la criminología tradicional, la oficial y las «alternativas». Aunque a partir de premisas distintas, todas confluían en el diagnóstico de que el correccionalismo había fracasado, demostrando su total ineficacia y que no podía continuarse enarbolando como fin último de la política criminal. Sin embargo, un dato no menor en este aspecto es que la crisis del modelo resocializador habría de sobrevenir sin que se erigiera paralelamente y en forma contemporánea un modelo alternativo que se vislumbrara como viable de ser adoptado en lugar del correccionalismo. Así, habría de surgir un período de verdadero vacío de «fines» y una total desorientación en la doctrina criminológica, particularmente la oficial. Bajo este escenario, las nuevas condiciones políticas y económicas resultarían fértiles para la ascensión de una

nueva alineación dentro de la política criminal, en la cual habrían de resultar victoriosas las tendencias más conservadoras y represivas en el control del delito.

En países como Estados Unidos y Gran Bretaña, el avance del neoliberalismo en la economía, con el consiguiente desmantelamiento del *welfare state*, la asunción de gobiernos conservadores que hicieron del combate al delito y el discurso por la «*ley y el orden*» su bandera de lucha, y el repliegue de las fuerzas progresistas, que luego de los fuertes movimientos impulsados durante la década anterior se encontraban agotadas y sin haber sido capaces de llevar a la práctica todos los cambios propuestos, —entre otros factores—, prepararon el camino para el advenimiento de lo que YOUNG denomina la «*criminología de la intolerancia*», que posteriormente habrá de expandirse a todos los países centrales, y también a nuestro margen.

Aunque elementos de esta criminología de la intolerancia es posible encontrarlos insertos en los planteamientos de los más diversos sectores del espectro político —sea de forma abierta o soterrada, en la derecha y en la izquierda—, sin duda es en el *neoconservadurismo* donde ésta adquiere una mayor preponderancia, representando un claro ejemplo de cómo el Derecho penal contemporáneo ha ido perdiendo racionalidad, instaurándose un verdadero «populismo criminológico», que apelando a una supuesta defensa de la ciudadanía frente al flagelo del crimen, ha instaurado un discurso cada vez

más represivo, que lejos de apuntar a combatir las causas que provocan la delincuencia, aboga más bien por una inocuización de los individuos considerados peligrosos, y a ejercer un mayor control sobre la sociedad toda, sin que con ello se resuelva el problema de fondo, sino que sólo se lo esconde, para dar la impresión a los votantes de que el sistema y sus instituciones «funcionan», y que la pérdida de derechos no es más que una consecuencia necesaria en la búsqueda de seguridad.

4.1. Las campañas por la Ley y el Orden

Como dijimos, el descalabro del modelo correccionalista, unido al repliegue de las fuerzas progresistas y un aumento considerable en la delincuencia, favoreció a que los discursos más conservadores y represivos — que nunca habían desaparecido del todo— pudieran reposicionarse, tomando en sus manos la dirección de una política criminal que había evidenciado un claro vacío de poder. WACQUANT¹¹⁶ señala que el origen de esta ofensiva neoconservadora se encuentra particularmente en Estados Unidos, y de ahí habrá de irradiarse al resto del mundo. Particular función a este respecto habrán de cumplir los llamados «*think tanks*» neoconservadores, de Nueva York y Washington, institutos de estudio que en el país del norte elaboraron el

¹¹⁶ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*» 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires: Manantial, 2004.

sustento ideológico en base al que posteriormente se desarrollaría el neoliberalismo económico, y la criminología represiva, que habría de dar por resultado en Norteamérica una cuadruplicación de la población carcelaria en poco más de 20 años, cuestión que se ha ido repitiendo —aunque no a esos niveles— en el resto del planeta.

Quizá el *think tank* más importante en lo que a la nueva política penal se refiere, sea el *Manhattan Institute*. Este organismo entre sus objetivos tenía el de elaborar una base ideológica que permitiera aplicar los principios de la economía de mercado al ámbito social, para lo cual financió a principio de los '80 un estudio realizado por Charles MURRAY, denominado «*Losing Ground*», que se transformaría en la «Biblia» con que la administración REAGAN habría de emprender su cruzada en contra del Estado de Bienestar. En este trabajo, MURRAY sostendría que el fundamento en que se asentaba el aumento de la pobreza en Estados Unidos era la excesiva generosidad en las políticas públicas de auxilio a los indigentes, lo que se traducía en una especie de recompensa a la inactividad, que inducía a la degeneración moral de las clases populares, y al aumento de las uniones «ilegítimas», que debilitaban a la familia, y eran la causa de todos los males de las sociedades modernas, entre ellos las «violencias urbanas».

Según expone WACQUANT, «Charles Murray era un politólogo desocupado de mediocre reputación. El Manhattan Institute le ofreció treinta mil

dólares y dos años de tranquilidad para escribir *Losing Ground: American Social Policy, 1950-1980*. Luego organizó un bombo mediático sin precedentes en torno del libro, junto con sus aliados en los campos periodístico y burocrático. Se contrató a una especialista en relaciones públicas, con el propósito específico de promoverlo; se obsequió un millar de ejemplares a una lista selecta de periodistas, funcionarios electos e investigadores. Murray fue “colocado” en el circuito de los *talk shows* televisivos y las conferencias universitarias, y se lo hizo participar en reuniones organizadas con directores y comentaristas de prensa. El Manhattan Institute realizó incluso un gran simposio sobre *Losing Ground*, por el cual los participantes —periodistas, expertos en políticas públicas y especialistas en ciencias sociales— cobraron “honorarios” que llegaban hasta los mil quinientos dólares, además del alojamiento gratuito en un hotel de lujo en el corazón de Nueva York. Como apareció en la cumbre de la popularidad de Reagan e iba en el mismo sentido que la corriente política dominante —(mucho) menos Estado (social)—, esta obra atiborrada de sinsentidos lógicos y errores empíricos se convirtió de la noche a la mañana en un “clásico” del debate sobre la ayuda social en los Estados Unidos.»¹¹⁷

Posteriormente este mismo autor, junto al psicólogo Richard HERRNSTEIN, de la universidad de Harvard, escribiría otro libro, «*The Bell Curve: Intelligence*

¹¹⁷ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 26.

and Class Structure in American Life», en que llevará mucho más allá sus ideas, sosteniendo que las desigualdades sociales y raciales en Estados Unidos no eran otra cosa sino producto de las diferencias individuales de «capacidad cognitiva».

En este nuevo trabajo, MURRAY postuló que «el coeficiente intelectual determina no sólo quién ingresa a la universidad y tiene éxito en ella, sino además quién queda desocupado o se hace millonario, quién vive en los sacramentos del matrimonio y no en una unión libre (“las uniones ilegítimas — uno de los grandes problemas sociales de nuestra época— están muy fuertemente vinculadas al nivel de inteligencia”), si una madre cría como es debido a sus hijos o los descuida, y quién cumple a conciencia con sus deberes cívicos (“en todas las clases sociales, aun las más pobres, los niños más inteligentes aprenden con mayor rapidez cómo funciona el Estado y son más susceptibles de informarse y discutir asuntos políticos y participar en ellos”). Como cabía esperar, el CI rige igualmente la propensión al crimen y la cárcel: uno se convierte en criminal no porque padezca privaciones materiales (*deprived*) en una sociedad no igualitaria, sino porque sufre carencias mentales y morales (*depraved*). “Mucha gente tiende a creer que los criminales son personas que proceden de los ‘barrios malos’ de la ciudad. Y tienen razón, en la medida en que en esos barrios residen en cantidades desproporcionadas los individuos de baja capacidad cognitiva.” En resumen, todas las “patologías

sociales” que afligen a la sociedad norteamericana se “concentran de manera muy marcada en la parte baja de la distribución del coeficiente intelectual”». ¹¹⁸

Al ser las diferencias producto de las capacidades diferentes con que la naturaleza dota a los individuos, entonces la conclusión «lógica» que se desprende del planteamiento de MURRAY, es que el Estado debe abstenerse de intervenir en la nivelación de las desigualdades sociales, a objeto de evitar que se agraven los problemas que pretende solucionar, perpetuando «las perversiones del ideal igualitario originado en la Revolución Francesa», puesto que todo afán igualitarista es peor que inhumano, es inhumano. ¹¹⁹

Como podemos ver, este es el pensamiento del individuo que el *Manhattan Institute* había escogido para que elaborara las bases de lo que sería su programa penal. Pensamiento que exuda racismo y clasismo por donde se le mire, y en que se observa un claro «retorno» a las ideas de la criminología positivista más dura. Si el delincuente no es producto de la estructura social, sino de sus condiciones biológicas, entonces todo intento por buscar su transformación resulta inútil, ya que sus capacidades cognitivas limitadas impiden que sea capaz de adquirir una verdadera conciencia de sus actos, para poder modificarlos. Entonces con él, lo único que queda es neutralizarlo, sacarlo del contacto con la sociedad el mayor tiempo que sea

¹¹⁸ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 27.

¹¹⁹ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 27.

posible —o derechamente eliminarlo—, tal y como se saca la manzana podrida del cajón, para que no contamine al resto. Ante ello, no es extraño el curso que habrían de tomar los planteamientos en política criminal en los últimos años, que precisamente abogan por tratar con la mayor crudeza a estos individuos peligrosos, incapaces de atender razones, por cuanto el único lenguaje que comprenden es el de la fuerza y la violencia, y así mismo se les debe tratar.

El Manhattan Institute también será quien a principios de los 90 en su revista *City*, estructurará un discurso en virtud del cual se entiende que los espacios públicos deben ser considerados sagrados, pues ello es imprescindible para la vida urbana, y que el *desorden* en que viven las clases bajas es el terreno fecundo para la proliferación del crimen. Esta idea es coincidente con la que expresaran KELLING Y WILSON en su artículo de 1982 «*The Police and Neighborhood Safety*», más conocido como «*Broken Windows*», que el Manhattan Institute se encargará de vulgarizar y difundir posteriormente.

En su estudio KELLING y WILSON sostuvieron que cuando en una comunidad se permiten distintas formas de incivildades, disturbios y pequeños delitos, sin cuestionarlas, dicha comunidad entonces se volverá temerosa, fragmentada y desmoralizada. Además, la pérdida y socavamiento progresivo de los lazos comunitarios conduciría a un mayor desorden y a un crecimiento en espiral de la delincuencia, hasta llegar a un abismo de anomia. El ejemplo que

utilizaron para graficar su tesis era el de las ventanas de un edificio —de ahí el nombre que se le ha dado al artículo, *Broken Windows*—. De acuerdo con ello, si en un edificio una ventana está rota y nadie la repara, entonces es seguro que en poco tiempo todo el resto de las ventanas también lo estarán, puesto que si no se arregla la primera ventana rota, entonces es indicio de que a nadie le importa, por lo que es lícito romper todo el resto.

KELLING y WILSON lo expresan del siguiente modo: «Un vecindario estable de familias que se preocupan por sus hogares, que ven por los hijos de otros y fruncen el entrecejo ante intrusos indeseables, puede cambiar, en unos cuantos años o hasta en unos cuantos meses, y llegar a ser una selva inhóspita que asusta. Un terreno está abandonado, la hierba crece, una ventana está destrozada. Los adultos dejan de regañar a los niños traviesos, los chicos se envalentonan y se vuelven más traviesos. Las familias se cambian de vecindario, gente sin arraigo llega a vivir ahí. Los jóvenes se juntan enfrente de las tiendas; con el tiempo, un ebrio cae a la banquetta y se le permite que duerma ahí. Los pordioseros abordan a los transeúntes.»¹²⁰

KELLING define el *desorden* como el comportamiento incivilizado, burdo y amenazante que perturba la vida, particularmente la vida urbana. A su juicio

¹²⁰ WILSON, James Q. & KELLING, George L., «*The Police and Neighborhood Safety*», *The Atlantic*, Marzo de 1982. Citado por KELLING, George L. & COLES, Catherine M., «*¡No Más Ventanas Rotas! Cómo restaurar el orden y reducir la delincuencia en nuestras comunidades*», México D. F.: Instituto Cultural Ludwig von Mises, 2001, p. 56.

ésta última se caracteriza porque en ella existe la presencia de muchos extraños, y en tales circunstancias los ciudadanos requieren contar con niveles mínimos de orden. Al utilizar las áreas urbanas para residir, ir de compras, trabajar, y en general realizar todas aquellas tareas comunes que lleva a cabo un ciudadano, es menester contar con una infinidad de observancias y rituales callejeros mundanos, por medio de los que la gente comunica su confianza y se hace predecible, lo que permite a los extraños morar en paz juntos, en términos civilizados, y especialmente dignos y reservados.¹²¹

Si en una zona se instala el comportamiento desordenado, sin reglas ni vigilancia, ello indicaría a los ciudadanos que el área no es segura, siendo la respuesta prudente, pero temerosa de estos, mantenerse lejos de las ciudades, evitar ciertos sitios y reducir sus actividades normales y sus relaciones con otros. El alejamiento físico de los ciudadanos, provoca una merma en los mecanismos sociales de control que ayudan a mantener la comunidad, con lo que poco a poco va penetrando la pulverización social, dejando el camino libre para que se extienda el comportamiento desordenado y con ello los delitos graves. A juicio de KELLING Y WILSON: «Los delitos graves en las calles florecen en las zonas donde el comportamiento desordenado no se vigila. El pordiosero sin vigilancia es, en efecto, la primera ventana rota. Los rufianes y ladrones, ya sea ocasionales o profesionales, creen que es mínimo el riesgo de que los

¹²¹ KELLING, George L. & COLES, Catherine M., «*¡No Más Ventanas Rotas!*», cit., p. 48.

atrapen o los identifiquen, si operan en calles donde sus víctimas potenciales ya están intimidadas por las condiciones prevalecientes. El ladrón puede razonar que si el vecindario no es capaz de evitar que un molesto pordiosero se acerque a los transeúntes, es menos probable que llame a la policía para identificar a un rufián en potencia o interferir si el delito realmente se ejecuta.»¹²²

La conclusión que se saca de lo expuesto más arriba, sería que para hacer frente al crimen es necesario no enfocarse en los delitos más graves, como habitualmente hace la policía, sino que reprimir hasta las más mínimas desviaciones, porque ellas son el germen del delito, y si la sociedad expresa una posición firme ante estas, demostrará a los potenciales delincuentes mayores que serán perseguidos con tanta o mayor *mano dura* que las faltas más leves, inhibiendo de este modo su accionar.

La propuesta derivada de los planteamientos de KELLING y WILSON, y difundidas por los *think tanks* neoconservadores, particularmente por el Manhattan Institute, se unirán a otros discursos que anclan su fundamento en que la extensión del delito se debe a la constante permisividad que el Estado de bienestar tenía con los delincuentes, que pretendía «comprenderlos» y «resocializarlos» otorgándoles infinitas oportunidades, cuando en realidad lo

¹²² WILSON, James Q. & KELLING, George L., «*The Police and Neighborhood Safety*». Citado por KELLING, George L. & COLES, Catherine M., «*¡No Más Ventanas Rotas!*», cit., p. 57.

que hacía falta era aplicarles el máximo rigor del castigo a que se hacían merecedores por su comportamiento antisocial. Esto se hará patente en las políticas criminales llevadas adelante por un gran número de estados de Norteamérica, que instaurarán lo que ha sido conocido como la política del «*three strikes and you're out*» —que en Chile se la ha intentado importar bajo la denominación de «la tercera es la vencida»—. En esta, se arranca del diagnóstico de que gran parte de los delitos son cometidos por individuos reincidentes, delincuentes habituales y persistentes, incapaces de toda rehabilitación, por lo que lo único que queda para ellos es su total inocuización. Así entonces, primero en Washington y luego en otros estados se implantó un sistema de acuerdo al que, en los casos de delitos graves o violentos, el sujeto que hubiese sido condenado por tercera vez por ellos, sería condenado al máximo de rigor que permitiera la ley, excluyendo la pena de muerte, esto es, al encarcelamiento de por vida, sin posibilidad de *parole*. Esta política, instaurada por primera vez en 1993, se ha mantenido hasta nuestros días, aunque con variaciones entre los distintos Estados norteamericanos, existiendo algunos que incluyen entre los requisitos no sólo la preexistencia de delitos graves o violentos, sino también de algunos más leves, como los relacionados con las drogas, y también varía el número de «*strikes*» necesarios, existiendo Estados como California o Indiana, en que bastan dos condenas previas para que la siguiente sea agravada.

De planteamientos como los anteriores, surgirá el concepto conocido como «*tolerancia cero*», que gozará de una amplia popularidad desde mediados de los '90 y hasta nuestros días, y que tendrá al ex alcalde de la ciudad de Nueva York, Rudolph GIULIANI, y al comandante de la policía de esa ciudad, William BRATTON, entre sus principales adalides. Esta doctrina se transformará en el instrumento de legitimación de la gestión judicial y policial de la pobreza, esa que se ve, la que molesta, la que provoca incidentes y desagradados en los espacios públicos, alimentando un difuso sentimiento de inseguridad entre los «buenos ciudadanos», tal y como expusieran KELLING y WILSON. A objeto de evitar esta «*molestia*» BRATTON puso en marcha una reorganización de la policía de Nueva York, con el objeto de calmar la sensación de inseguridad de las clases media y acomodada —que en definitiva son los que votan en Estados Unidos—, realizando para ello una campaña de permanente hostigamiento hacia los sectores más pobres, a fin de desalojarlos de los espacios públicos (calles, plazas, parques, metro, estaciones de buses, etc.). Para esto, se amplió considerablemente el contingente policial, dotándolo de nuevas herramientas tecnológicas para cumplir su cometido, exigiendo el cumplimiento de cuotas de eficiencia cuantitativa en la gestión (medida en términos estadísticos, como si de una empresa se tratara), y se aplicó un sistema informático que permite el redespigamiento constante y la intervención casi instantánea de las fuerzas de orden y seguridad, lo que redundará en una aplicación inflexible de la ley en contra de infracciones menores, como la ebriedad, el ruido, la mendicidad, los

atentados a la moral, y cualquier otro «comportamiento antisocial vinculado a las personas sin techo», en los términos usados por KELLING. De ahí que GIULIANI haya expuesto como ejemplo máximo de la decadencia moral y social a los *squeegee-men*, esos individuos sin casa que «acosan» a los automovilistas en las esquinas de casi todas las ciudades del mundo, ofreciéndose a lavar el parabrisas de los autos a cambio de unas monedas.¹²³

Más allá del aparente éxito que tuvieron, al menos en Nueva York, las políticas de tolerancia cero instauradas por el dueto GIULIANI-BRATTON, —las cuales están muy lejos de contar con datos empíricos indesmentibles que las avalen, toda vez que según se ha expuesto por varios autores¹²⁴ la reducción en las tasas de criminalidad era un hecho que venía produciéndose aún antes de que se llevaran adelante las nuevas políticas de control del delito (por lo menos desde hacía tres años), y esta regresión también se produjo en Estados que no impusieron en aquel entonces la tolerancia cero, como Boston, Chicago y San Diego—, lo cierto es que ellas en la práctica lo que significaron fue una mayor represión de los más pobres y de los sectores marginales (negros, latinos, etc.), con un aumento considerable en las detenciones injustificadas y en las denuncias por abuso policíaco. De hecho, las quejas presentadas al

¹²³ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 29.

¹²⁴ Vid. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona*», cit., p. 274; WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 31

Civilian Complaint Review Board de Nueva York, tuvieron un incremento de un 60% entre 1992 y 1994.

Particularmente siniestra bajo el período de mayor vigencia de la tolerancia cero impulsada por GIULIANI y BRATTON, resulta la llamada «*Unidad de Lucha contra los Delitos Callejeros*». Esta era una fuerza especial compuesta por 380 miembros —casi todos de raza blanca—, que se movilizaban vestidos de civil en autos sin identificación, y constituían la punta de lanza de todo el proyecto. El accionar de esta verdadera *fuerza de choque* de la policía de Nueva York, que nos hace recordar a lo peor de las policías represivas de las dictaduras latinoamericanas, habría de ser duramente cuestionado, e incluso se llevaron investigaciones en su contra por parte de dos Fiscales federales, por ser sus miembros sospechosos de efectuar arrestos con motivaciones raciales y por agraviar sistemáticamente los derechos constitucionales de aquellos que tenían la mala fortuna de transformarse en su objetivo. Según la *National Urban League*, en dos años la *Unidad de Lucha contra los Delitos Callejeros* «detuvo y registró en la calle a 45.000 personas por una mera sospecha basada en la ropa, el aspecto, el comportamiento y —antes que cualquier otro indicio— el color de la piel. Más de 37.000 de esos arrestos resultaron inmotivados y los cargos de la mitad de los 8.000 restantes fueron considerados nulos e inválidos por los tribunales, lo que deja un resto de apenas 4.000 detenciones justificadas: una cada 11. Una investigación

realizada por el diario *New York Daily News* sugiere que cerca del ochenta por ciento de los jóvenes negros y latinos de la ciudad fueron arrestados y registrados al menos una vez por las fuerzas del orden.»¹²⁵

Pero no sólo en las denuncias por violación abierta de derechos se quedaron los problemas con la fuerza de choque de GIULIANI-BRATTON. En 1998 *Abner Louima*, un inmigrante haitiano, moriría en extrañas circunstancias en un cuartel de la policía, producto de torturas sexuales. Y sólo un año después, sería abatido *Amadou Diallo*, también un joven inmigrante, de 22 años, proveniente de Nueva Guinea, quien se encontraba solo y tranquilo en el vestíbulo del edificio donde vivía cuando fue ultimado por efectivos de la *Unidad de Lucha contra los Delitos Callejeros*, sin mediar provocación alguna de su parte. Según informes, la fuerza policial disparó en 41 oportunidades en contra de *Diallo*, que estaba completamente desarmado, impactando en su cuerpo 19 tiros. La excusa que dieron los efectivos de seguridad para tamaño crimen, es que se encontraban persiguiendo a un presunto violador y confundieron a *Diallo* con él. Esto dio origen a numerosos disturbios y una prolongada jornada de desobediencia civil. Según relata WACQUANT: «Durante dos meses se desarrollaron manifestaciones cotidianas frente a la oficina de la dirección de la policía municipal, en el transcurso de las cuales fueron arrestados, esposados y acusados de "perturbar el orden público" más de mil doscientos manifestantes

¹²⁵ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 37.

pacíficos, entre ellos un centenar de funcionarios electos afroamericanos, locales y nacionales, incluido el ex alcalde David Dinkins, el presidente de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) y policías negros jubilados.»¹²⁶

Las políticas de tolerancia cero en Nueva York, tuvieron como consecuencia provocar una profunda desconfianza de la población hacia la policía, particularmente entre los sectores de latinos y afroamericanos, que fueron los más golpeados por las prácticas represivas que se implementaron. Y no sólo eso, sino que además instigaron la proliferación de los odios raciales, pues mientras la población negra manifestaba que la policía realizaba un uso abusivo de la fuerza inaceptable, la población blanca tomaba una actitud totalmente distinta y alababa la «seguridad» en que ahora se vivía gracias al mayor despliegue policial. Esto se explica porque efectivamente en la práctica la tolerancia cero no actúa de igual forma para el conjunto de la población, pues mientras a las minorías y los sectores marginales se los estigmatiza, acosa y acorrala, para la población blanca, habitualmente más acomodada, es una forma más de defender sus intereses y privilegios de casta, y ocultar de su vista esa pobreza que les incomoda ver.

¹²⁶ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 37

A más de los problemas sociales que implicó la tolerancia cero, también atrajo graves consecuencias en el ámbito judicial. Debido al aumento indiscriminado de personas detenidas, los tribunales de justicia se vieron sometidos a una fuerte presión, que los ha llevado casi al punto del colapso, lo cual también ha implicado violación de los derechos de los inculcados a recibir un juicio justo y en un tiempo prudencial. En 1997 los jueces especializados en conocer de asuntos relacionados con delitos e infracciones menores, tuvieron que ver más del doble de causas que en el año anterior. Incluso un mismo juez durante una jornada podía llegar a examinar hasta mil casos, sin que ninguno se resolviera, debido principalmente a fallas del sistema por sobrecarga de trabajo. Una persona acusada por un simple delito —por ejemplo el hurto en una tienda o el libramiento de un cheque sin fondos—, podía verse obligado a esperar hasta 284 días que se viera su causa. Esto, sin contar con el altísimo número de causas anuladas por las demoras excesivas en relación con lo permitido por la ley, las que se elevaron de 6.700 en 1993 a 12.000 en 1998.¹²⁷

Paralelo al desmesurado aumento en el número de casos que los tribunales debían juzgar a diario, también se produjo una explosión en las cifras de la población carcelaria. Entre 1993 y 1997 el flujo de ingresos a las cárceles de la ciudad se elevó de 106.900 a 133.300, cifra alarmante si se considera que sólo 10 años antes apenas superaba los 85.000. En el caso de los arrestos y

¹²⁷ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 39.

detenciones, durante 1998 sólo en Nueva York se registraron 345.130 de estas, lo que es muy superior a la cantidad total de crímenes y delitos registrados oficialmente por las autoridades ese mismo año, que ascendió a 326.130. De estas detenciones, se comprobó que un número importantísimo se efectuó sin motivo judicial: 18.000 de ellas se desestimaron por el Fiscal aún antes que el inculpado se presentara ante el tribunal, mientras que 140.000 fueron desechadas por los jueces por carecer de fundamento. El índice total de «desestimaciones» desde 1993 subió hasta en un 60%¹²⁸.

En los anteriores datos se pueden observar las consecuencias reales de un sistema represivo, que pone por sobre todo la eficiencia, y no repara en violar los derechos ciudadanos y constitucionales de las personas en pos de una pretendida «seguridad», seguridad que ni siquiera es para todos igual sino principalmente orientada a la protección de un sector bien definido de la población. De más está decir que la mayoría de los casos que fueron desestimados por falta de fundamento y un excesivo «celo» policial, tenían por objeto personas provenientes de los sectores más bajos, las clases marginales, que eran el objetivo principal de las políticas represivas de la tolerancia cero impulsada por GIULIANI y BRATTON, y que tenían a los *think tanks* neoconservadores como sostenedores ideológicos.

¹²⁸ WACQUANT, Loic, «Las Cárceles de la Miseria», cit., p. 40.

Como señala WACQUANT, «Para los integrantes de clases populares expulsados a los márgenes del mercado laboral y abandonados por el Estado caritativo, que son el principal blanco de la política de "tolerancia cero", el grosero desequilibrio entre la actividad policial y el derroche de medios que se le consagra, por una parte, y el atestamiento de los tribunales y la escasez agravada de recursos que los paraliza, por la otra, tiene todo el aspecto de una *denegación organizada de justicia*». ¹²⁹

Pese a lo cuestionable de los métodos empleados por las políticas de GIULIANI y BRATTON, y al hecho de que los resultados y efectividad reales de ésta son del todo discutibles, el neoconservadurismo y demás defensores de las políticas criminales represivas, en todo el mundo occidental, no dudaron en recibir con beneplácito lo que estaba sucediendo en Nueva York, y en importar para sus propios países el modelo norteamericano. Todas las críticas vertidas en contra de éste se vieron como problemas menores, solucionables fácilmente mediante unas pequeñas correcciones, pero lo grueso del plan era lo importante, y este, a su entender, «funcionaba». Así, una vez que GIULIANI y BRATTON dejaron sus funciones públicas en Nueva York se dedicaron a realizar una verdadera faena de evangelización, con la *Biblia* de la tolerancia cero en la mano, por distintos estados no sólo de Europa, sino también de Latinoamérica. Y como es de suponer, esta cruzada no sería sólo por el «amor al orden», sino

¹²⁹ WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*», cit., p. 40.

que gracias a ella obtendrían importantes ingresos económicos. Tanto GIULIANI como BRATTON montarían sus propias empresas de asesoría en represión de la delincuencia, y además realizarían consultorías para otros conglomerados e institutos. BRATTON por ejemplo, además de formar The Bratton Group, L.L.C., se desempeñaría como consultor en el 2000 del Manhattan Institute (el Think Thank al que ya nos hemos referido), y de Kroll Associates, una de las mayores compañías de seguridad del mundo, que ha jugado un papel importante en la llamada «guerra contra el terrorismo».

Tanto GIULIANI como BRATTON, a través de sus respectivas empresas, han sido convocados por varias ciudades de Latinoamérica a objeto de que dicten charlas y hagan recomendaciones para disminuir la delincuencia, por las cuales reciben altas sumas de dinero. Así por ejemplo, el 2003 el Giuliani Partners Group, fue contratado por un grupo de empresarios mexicanos a fin de que evaluara la situación en Ciudad de México y propusiera un plan de lucha contra el delito. Por esa consultoría, se le pagó la no despreciable suma de 4,3 millones de dólares. Por su parte BRATTON, hizo un «tour» por Caracas, Venezuela, Lima, Buenos Aires y Santiago, ciudades todas en que recibió altos ingresos por realizar algunas charlas. En Caracas, la Alcaldía le pagó 180 mil dólares para que repitiera su «catecismo» de la tolerancia cero, y ayudara a formar cuerpos civiles de apoyo a la policía. Mientras que en Lima se le cancelaron 44.800 dólares por un informe sobre el control del delito. En Chile

Bratton se reunió en el 2002 con el alcalde la Comuna de La Florida, Pablo Zalaquet, el candidato presidencial de la Alianza por Chile Joaquín Lavín y el Director de Carabineros de aquel entonces Alberto Cienfuegos. No tenemos datos de cuánto se le canceló a BRATTON por sobrevolar La Florida en helicóptero y brindar una charla, pero al menos se especula que el municipio habría tenido que cancelar 19,8 millones de pesos a la empresa Advertising S.A., encargada de organizar el evento.¹³⁰

Como podemos ver, la expansión de esta criminología de la intolerancia ha sido muy beneficiosa para los bolsillos de sus principales representantes, y no sólo para ellos.

Los supuestos logros obtenidos en Nueva York, y la amplia campaña de difusión de estos orquestada por el neoconservadurismo, trajo como consecuencia que paulatinamente un gran número de Estados en Norteamérica fuera adoptando modelos más o menos represivos. Como apuntamos más arriba, además de la reducción y la afectación de las libertades y derechos civiles, esto necesariamente trae aparejado un aumento progresivo y considerable de la población carcelaria. Así por ejemplo, a diciembre de 2005, el número de presos en Estados Unidos alcanzaba la cifra de 2.193.798 personas, (737 personas detenidas por cada 100 mil habitantes) lo que

¹³⁰ Diario La Nación, Domingo 23 de marzo de 2003.

representa un incremento de casi un millón de personas respecto de 1992, en que había 1.295.150 detenidos (eso sin contar las personas sujetas a otro tipo de limitación de derechos relacionados con el delito —*probation, parole, etc*— que según datos del U.S. Bureau of Justice Statistics ascendían en total, contando a estos últimos, por sobre los 7 millones de personas)¹³¹ Ante tamaña población penal, se requiere invertir un gran número de recursos para satisfacer las necesidades del sistema carcelario. Ahora bien, como parte de las políticas de desmantelamiento del welfare state, una de las estrategias que se llevó adelante en Estados Unidos fue la de privatizar y comercializar gran parte del sistema de justicia penal. Por eso ahora un alto porcentaje de las cárceles se encuentran en manos de privados, sea de forma directa o mediante la contratación de servicios específicos, quienes han encontrado en la prevención y la represión del delito un terreno fértil para hacer negocio. Esto a su vez ha traído como consecuencia la aparición de poderosos conglomerados empresariales, que al ver en el delito la fuente principal de sus ingresos, realizan un fuerte lobby para que se adopten cada vez normas más represivas que sometan al encarcelamiento a más personas. Cada preso es una fuente de ingreso para las empresas, por tanto, mientras más haya, tanto mejor. Y eso sin contar toda la industria de seguridad que se ha montado, principalmente en torno a la aplicación de nuevas tecnologías para garantizar seguridad a los

¹³¹ U.S. Bureau of Justice Statistics, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/>

ciudadanos «respetables», y la implementación de una cada vez más numerosa policía privada. Por eso, creemos no equivocarnos si decimos que detrás de todo ese discurso sobre los riesgos de la sociedad moderna y las necesidades de garantizar seguridad a la ciudadanía, no sólo hay «buenas intenciones» y esperanza de una mayor tranquilidad social, sino que también fuertes intereses económicos, sobre los que no queda tan claro qué pensarían si el delito efectivamente disminuyera, por cuanto de ese modo se acabaría una gran fuente de ingresos para ellos.

4.2. La ideología de la intolerancia y el derecho penal de emergencia: el surgimiento del derecho penal de enemigos

En los apartados anteriores hemos descrito a grandes rasgos cómo en los últimos 40 años se ha pasado de un modelo penal correccional, que buscaba la reinserción del individuo desviado en la sociedad, a un modelo en que lo que prima es la búsqueda por incapacitar al sujeto peligroso, o incluso potencialmente peligroso. Un modelo en el que, más allá del discurso, en el fondo lo que prima es una ideología de la intolerancia, dirigida a reprimir y aislar a los sectores marginales de la población. Resulta difícil explicar qué ha permitido que esto ocurra. Cuál es la razón por la que al auge por la defensa de los derechos civiles que primó durante los años 60 y parte de los 70, le haya seguido este período de reacción, en donde la adopción de medidas cada vez más restrictiva de los derechos ciudadanos sólo recibe tímidas protestas de

sectores más bien aislados, mientras el grueso de la población, si bien no siempre las acoge con beneplácito, al menos guarda un silencio cómplice frente a ellas.

El tema se torna aún más complejo si consideramos que en doctrina, y particularmente en el modelo de legitimación garantista que hemos expuesto, habitualmente se define al Derecho penal en un Estado democrático, no sólo como el medio para perseguir a quienes han cometido delitos, sino que además, y fundamentalmente, como un mecanismo de protección de la ciudadanía frente al poder omnímodo del Estado para ejercer violencia sobre sus miembros, lo que, como vimos desde el punto de vista garantista, se traduce en una serie de principios que informan no sólo la forma en que se debe gestar la ley penal, sino también el contenido material que ésta debe tener. De acuerdo con esto, sería entonces ilegítima por falta de validez toda política criminal que violentara estos principios, y que tuviera por objeto expandir el Derecho penal más allá de las fronteras que las normas constitucionales permiten. ¿Por qué entonces los jueces no se niegan a aplicar este Derecho que podría considerarse inválido?; ¿por qué no se multiplican los recursos en contra de estas leyes violatorias de muchos de los derechos ciudadanos, y no sólo de los de los delincuentes, sino también del ciudadano común, que se ve afectado por la tendencia expansiva y represiva del Derecho penal, aún cuando no haya llegado nunca a delinquir? Sin duda buscar una

respuesta a estos cuestionamientos resulta algo extremadamente complejo, que excede las pretensiones de un trabajo como éste. No obstante, creemos importante abordar uno de ellos, que consideramos de los más relevantes.

A nuestro juicio, una de las bases sobre las que se asienta el moderno fenómeno expansivo del Derecho penal, se encuentra en la masificación y generalización de una verdadera ideología de la emergencia penal. De acuerdo con esto, en la actualidad existe en el inconsciente colectivo común una idea según la cual vivimos en una sociedad cada vez más peligrosa, y para hacer frente a este mal el sistema penal tradicional, de garantías, resulta insuficiente, por lo que se hace necesario recurrir a métodos excepcionales, tal y como ocurre en las situaciones de guerra externa. Es decir, una fuente importante del fenómeno expansivo del Derecho penal moderno se hallaría en la creciente sensación de inseguridad que presentan las personas, que las lleva a mirar con temor la vida en sociedad. Por ello demandan del Estado medidas concretas y efectivas, sin importar que estas se traduzcan en normativas cada vez más represivas. Pareciera que la mayoría de la gente está dispuesta a hipotecar sus libertades con el objeto de vivir en un medio más seguro, sin detenerse siquiera a pensar si esta seguridad es real o sólo aparente. Lo importante es la seguridad, no importa el precio ni las causas que provocan la inseguridad.

En adelante trataremos de desarrollar un poco más estas ideas.

4.2.1. Expansión penal y sensación de inseguridad social

Como expresa SILVA SÁNCHEZ, si bien existen aspectos objetivos que pueden sindicarse como causas de la expansión del Derecho penal contemporáneo (las nuevas formas de criminalidad, los riesgos derivados de nuevas actividades económicas, las variaciones de los delitos producto de la globalización, etc.), uno de los aspectos que más destaca es el hecho de que, más allá de estas condicionantes objetivas, existe una fuerte carga de subjetividad que lleva a que la sociedad se sienta insegura y tienda a reclamar cada vez una mayor protección, que redundaría en la exigencia de aumentar los delitos tipificados, endurecer las penas, y limitar los derechos procesales de los imputados.

Afirma SILVA SÁNCHEZ: «uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad. Es cierto, desde luego, que los “nuevos riesgos” existen. Asimismo, que la propia complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad; así, se ha aludido a la existencia del vértigo de la relatividad. En fin, tampoco cabe negar que la relación de interdependencia entre esferas de organización y la necesaria transferencia a terceros de funciones de aseguramiento de la propia esfera jurídica, con el correlato de pérdida de dominio real, constituye una base efectiva de la sensación de inseguridad. Pero, aun así, resulta más que dudoso

que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente, incontrolables (los propios de la *Risikogesellschaft*)». ¹³²

En efecto, según señalan variados estudios sobre la materia, no existiría necesariamente una relación directa entre la *realidad objetiva* de la delincuencia y la *percepción* que la gente tiene de ella, siendo la tendencia a que esta última se empine muy por encima de la primera. ¹³³ Y así lo demuestran los datos estadísticos.

Tomemos por ejemplo el caso de Chile.

En nuestro país la seguridad ciudadana ha sido un tema muy recurrente en los últimos años, en especial el miedo o temor que presentan las personas frente al delito en sí o a ser víctimas de algún hecho delictivo, y así lo indican la mayoría de los sondeos de opinión realizados tanto desde el Gobierno, como desde organismos independientes. Dicho temor puede estar condicionado a diferentes factores, como experiencias pasadas relacionadas al delito —haber

¹³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «*La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*», Madrid: Editorial Civitas, 2ª edición, 2001, pp. 24-25

¹³³ Cfr. JARAMILLO MEDINA, Andrés, «*Percepción Social de la Delincuencia y Seguridad Ciudadana*», Serie Análisis, N° 2, División de Seguridad Ciudadana, Ministerio del Interior, Gobierno de Chile, p. 7 y ss., disponible en el sitio web de la División de Seguridad Ciudadana, <http://www.seguridadciudadana.gob.cl/>

sido víctima de algún hecho delictual—, o conocer personas cercanas que han sido objeto de la violencia ocasionada por éste. También existe un factor etario y de género que influye, ya que por lo general las mujeres y las personas de edad avanzada tienden a tener un mayor nivel de miedo —aunque esta tendencia ha ido cambiando con el tiempo—. Sin embargo, esta creciente sensación de temor que tiene la sociedad chilena, ¿se condice realmente con los datos objetivos sobre la delincuencia en nuestro país?

Veamos algunas cifras.

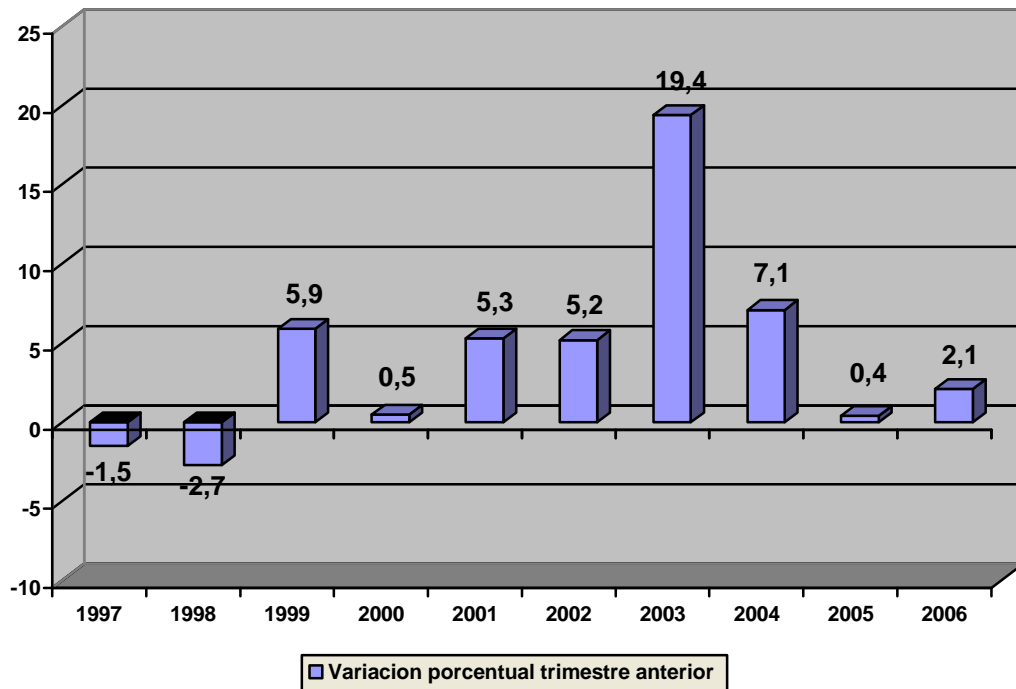
De acuerdo a los señalado oficialmente por el Gobierno en el «*Informe de Estadísticas Nacionales sobre Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar*»¹³⁴, elaborado por la DIVISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, al segundo trimestre del año 2006, si bien las denuncias por este tipo de delitos aumentaron en un 2,1% respecto del trimestre anterior¹³⁵ —esto es, de 596,5 a 608,5 por cada 100.000

¹³⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR, DIVISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA, «*Informe de Estadísticas Nacionales sobre Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar*», de agosto de 2006. http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/01_Informe_NACIONAL_2do_trimestre_2006.pdf

¹³⁵ MINISTERIO DEL INTERIOR, DIVISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA, «*Informe de Estadísticas Nacionales sobre Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar*», de mayo de 2006. http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/01_Informe_NACIONAL_1er_trimestre_2006.pdf

habitantes—, si se relaciona con igual período del 2005¹³⁶, se produjo una estabilización de las denuncias, con una leve variación porcentual de un 0,1%.

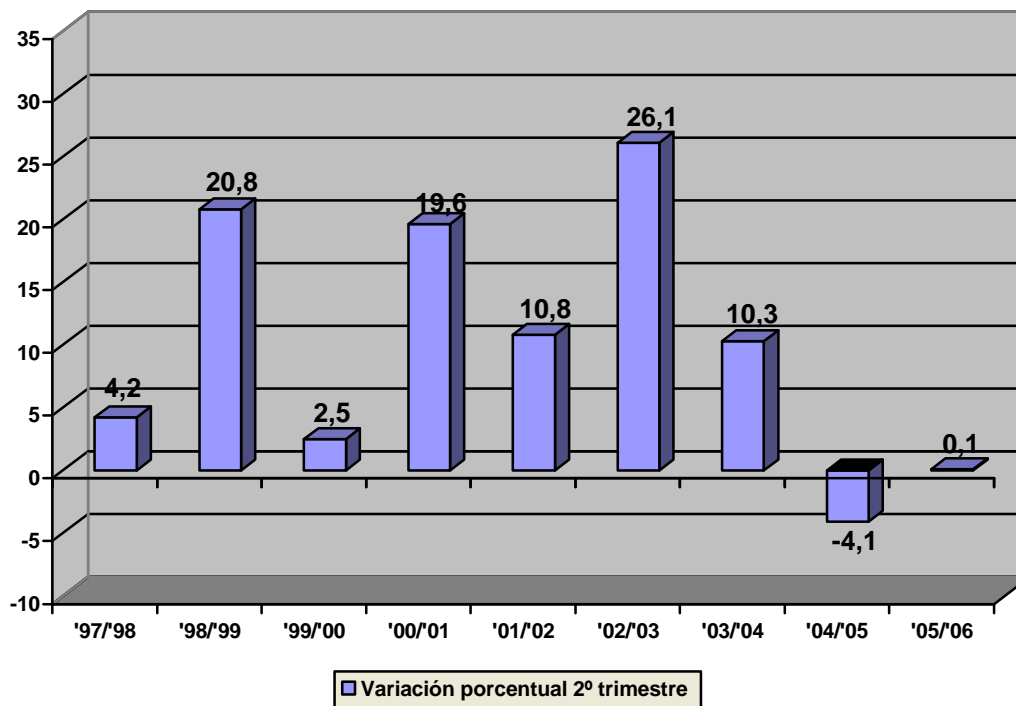
Variación porcentual de la tasa de denuncias por delitos de mayor connotación social entre primeros y segundos trimestres 1997- 2006



*Fuente: MINISTERIO DEL INTERIOR, DIVISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA, «Informe de Estadísticas Nacionales sobre Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar», de agosto de 2006.

¹³⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR, DIVISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA, «Informe de Estadísticas Nacionales sobre Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar», de agosto de 2005. http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/01_Informe_NACIONAL_2do_trimestre_2005.pdf

Variación porcentual de la tasa de denuncias por delitos de mayor connotación social entre segundos trimestres 1997- 2006



*Fuente: *Ministerio DEL INTERIOR, DIVISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA, «Informe de Estadísticas Nacionales sobre Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar»*, de agosto de 2006.

En cuanto al desglose de estas cifras por tipo de delito, tenemos que varios de ellos presentan una baja en relación al 2005. Así por ejemplo, un 39,7% de las denuncias correspondieron a robo con fuerza, con una baja de un 1,8% respecto de igual trimestre del año anterior; por su parte el hurto tuvo una participación del 22,1% de las denuncias, con una baja de un 2,1%. Sin embargo el delito que disminuye más significativamente es el robo con violencia, que abarcó a un 4,2% de las denuncias, teniendo una baja de 7,7% respecto de igual período del año 2005.

En el mismo informe se expresa que respecto de las detenciones hechas en razón de estas denuncias, ellas se redujeron en un 3.9% respecto de igual trimestre del año anterior.

**Índice de denuncias por delitos de mayor connotación social (DMCS)
segundos trimestres 2004-2006 por cada 100.000 habitantes.**

	2º trimestre 2004	2º trimestre 2005	2º trimestre 2006	%Variación 2º trimestre 2004/2005	%Variación 2º trimestre 2005/2006
Robo con violencia	29,4	27,7	25,6	-5,9	-7,7
Robo con intimidación	46,0	46,3	52,6	0,6	13,5
Robo por sorpresa	29,5	26,2	26,3	-11,3	0,3
Robo con fuerza	248,1	245,8	241,4	-0,9	-1,8
Hurto	151,1	137,3	134,4	-9,1	-2,1
Lesiones	126,4	121,0	124,2	-4,3	2,6
Homicidio	0,4	0,4	0,5	3,4	7,5
Violación	3,5	3,5	3,9	0,5	10,6
Total DMCS	634,5	608,2	608,7	-4,1	0,1

*Fuente: *Ministerio DEL INTERIOR, DIVISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA, «Informe de Estadísticas Nacionales sobre Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar», de agosto de 2006.*

Por otra parte, en la «Encuesta sobre Victimización y Temor»¹³⁷ realizada por la FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, en conjunto con la Consultora Adimark, de julio del 2006, ante la pregunta efectuada en los hogares de si algún miembro de la familia había sido víctima de robo o intento de robo dentro y fuera del

¹³⁷ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, «Encuesta sobre Victimización y Temor. Índice Paz Ciudadana-Adimark», de 26 de Julio de 2006.
<http://www.pazciudadana.cl/documentos/Indice260706.pdf>

hogar en los últimos 6 meses, un 37,7% de los encuestados respondió de forma afirmativa, en contraposición a un 37,9 que lo hicieron a igual fecha del año anterior¹³⁸. Habiendo asimismo bajado en un 0.1% el porcentaje de denuncias realizadas por estos delitos en los últimos 6 meses —de un 46,8% a un 46,7%—.

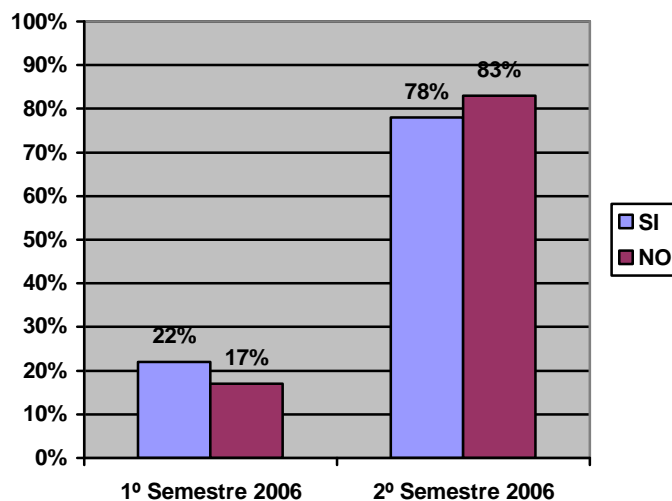
Sobre la misma materia, la «*Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*»¹³⁹, encuesta de victimización practicada por el INE durante el 2005 y presentada en julio de 2006, en lo que se refiere al ítem sobre victimización general de los hogares, y ante la pregunta de si durante los últimos 12 meses, algún miembro de la familia había sido víctima de algún delito, la respuesta afirmativa ascendió a un 38,3% de los encuestados, lo que indica una notable baja de 4,7 puntos porcentuales respecto de igual encuesta realizada en el año 2003, en que la respuesta afirmativa ascendió a un 43% de los encuestados. En cuanto a la tasa de denuncias de delitos en los hogares chilenos, esta habría disminuido en 4,5 puntos porcentuales entre los años 2003 y 2005 —de un 42,4% a un 37,9%—.

¹³⁸ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, «*Encuesta sobre Victimización y Temor. Índice Paz Ciudadana-Adimark*», de 29 de Junio de 2005. <http://www.pazciudadana.cl/documentos/junio2005.pdf>

¹³⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, INE, «*Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana del año 2005 (ENUSC 2005)*», de julio de 2006. http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_seguridadciudadana/seguridad.php

A su vez, según la Encuesta de Delincuencia «*La Percepción de la Gente*»¹⁴⁰ practicada el segundo trimestre del 2006 por el INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO —organismo fuertemente ligado a la oposición—, cuyo objetivo era saber cómo afecta la delincuencia a los chilenos y como evalúan a las autoridades responsables, el porcentaje de hogares victimizados disminuyó de un 22 a un 17% respecto al primer trimestre del mismo año. En cuanto a los niveles de denuncia, estos permanecieron estables, con una leve variación de un 3% respecto del trimestre anterior —de un 43% a un 46%—.

¿Ha sido usted o algún miembro de su hogar víctima de un delito en los últimos 3 meses?



*FUENTE: INSTITUTO LIBERTAD Y Desarrollo. Encuesta de Delincuencia «*La Percepción de la Gente*», de julio de 2006.

¹⁴⁰ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. Encuesta de Delincuencia «*La Percepción de la Gente*», de julio de 2006. http://164.77.202.58/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH4243/deploy/Encuesta%20Delincuencia.pdf

Finalmente, en un «*Sondeo de Victimización y Percepción de la Seguridad*», realizado en enero y abril del 2005 por el Gobierno, el número de personas que decía haber sido víctima de un delito descendió de un 15,6% en enero a un 11,9% en abril de dicho año.¹⁴¹

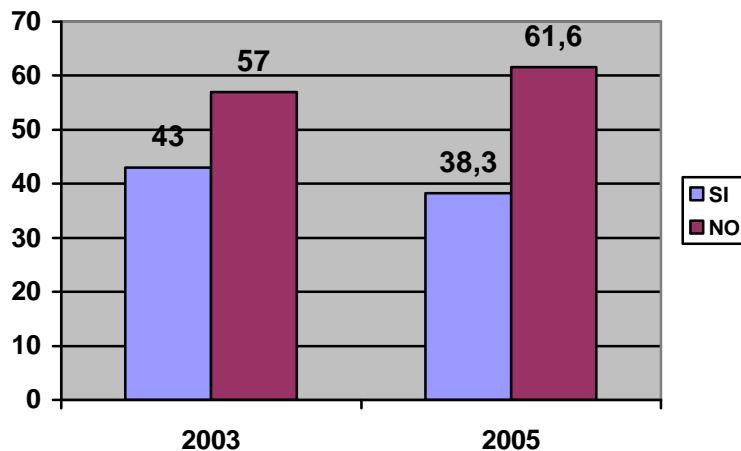
Así entonces, según los datos mencionados, que provienen tanto de organismos estatales como de instituciones independientes del Estado, e incluso ligadas a la oposición, las cifras de delincuencia, al menos en lo que respecta a los delitos de mayor connotación social, que son los que en definitiva sirven de base para la mayoría de las decisiones de política criminal, no sólo han tendido a estabilizarse, sino que incluso han disminuido en algunos casos. Atendiendo a estos datos estadísticos, la lógica nos debiera indicar que entonces la sensación de inseguridad que experimentan los ciudadanos debería seguir una curva similar a aquella experimentada por los datos delictuales objetivos, si no disminuir, al menos tender a su estabilización. Sin embargo nada de ello ocurre.

Es así como en la misma encuesta practicada por el INE a que hemos hecho referencia, (ENUSC 2005), al ser consultados los encuestados sobre si creían poder ser víctimas de un delito en los próximos 12 meses, los que

¹⁴¹ DIARIO LA NACIÓN, jueves 23 de julio de 2005.

respondieron afirmativamente correspondieron a un 48,6%, presentándose un incremento de un 0,9% respecto del mismo estudio realizado el 2003, cuyo resultado arrojó un 47,7% de respuestas afirmativas.¹⁴² Es decir, mientras las tasas de denuncia habían disminuido en un 4,5% y el número de personas que declararon haber sido ellos o su familia víctima de un delito bajaron en un 4,7%, de todas formas la percepción de inseguridad no sólo no disminuyó, sino que incluso aumentó, aunque levemente.

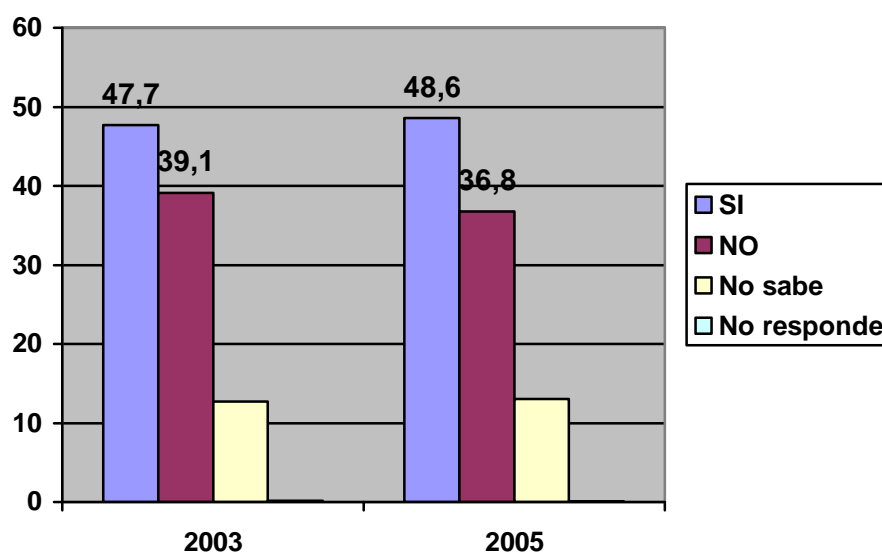
ENUSC 2003-2005: Durante los últimos 12 meses ¿Usted o algún miembro de su familia fue víctima de algún delito?



FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE Estadísticas, INE, «Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana» años 2003 y 2005

¹⁴² No está demás advertir que la mayor variación se produjo respecto de los encuestados del sexo masculino, que en el 2003 correspondió a un 47,9% y en el 2005 a un 49,9%. Respecto de la variación en el sexo femenino esta fue de un -0,1%, de un 47,5% a un 47,4%. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, INE, «Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana del año 2005 (ENUSC 2005)», cit.

ENUSC 2003-2005: ¿Cree usted que será víctima de un delito en los próximos doce meses?



FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE Estadísticas, INE, «Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana» años 2003 y 2005

Por su parte en el «Índice Paz Ciudadana-Adimark», de julio de 2006, el porcentaje de encuestados que declaró sentir un *alto temor a ser víctima* de robo o intento de robo correspondió a un 18,4%, en comparación al 15,4% de igual fecha del año anterior.¹⁴³

¹⁴³ En cuanto al sexo de los encuestados nuevamente encontramos un alza notable respecto del género masculino que ascendió en 4 puntos porcentuales respecto del año anterior, y en cuanto a las mujeres ascendió en 2 puntos porcentuales. FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, «Encuesta sobre Victimización y Temor. Índice Paz Ciudadana-Adimark», cit.

A su vez el diario El Mercurio, con fecha 29 de Junio del 2006, practicó una encuesta denominada «Opina-El Mercurio», cuyos resultados fueron publicados el 01 de Julio del 2006. En dicha publicación se señaló que el 92% de los santiaguinos creía que la delincuencia había aumentado¹⁴⁴, y eso, pese a que todas las cifras objetivas anteriormente reseñadas indicaban lo contrario.

En virtud de los anteriores datos, es posible afirmar, siguiendo a Andrés JARAMILLO¹⁴⁵, que la idea de la inseguridad ciudadana se ha ido transformando con el tiempo en una especie de problema independiente, que no guarda una necesaria relación con el índice objetivo de delitos que pudiera elaborarse a partir de las encuestas sobre victimización y los informes sobre denuncias efectivamente realizadas. El común de la sociedad pareciera estar convencida que el aumento de la delincuencia es un problema que supera a las autoridades y se encuentra fuera de control, y ello aún cuando estos mismos sujetos no manifiesten sentir que, al menos en su entorno más cercano, la situación haya empeorado. Así se demuestra en la «*Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*» realizada por el INE el 2005¹⁴⁶. En ella, aún cuando el 79,3% de los consultados declaró creer que en el último año la delincuencia había

¹⁴⁴ DIARIO EL MERCURIO, Sabado 1º de julio de 2006.

¹⁴⁵ JARAMILLO MEDINA, Andrés, «*Percepción Social de la Delincuencia y Seguridad Ciudadana*», Serie Análisis, Nº 2, División de Seguridad Ciudadana, Ministerio del Interior, Gobierno de Chile, p. 7 y ss., disponible en el sitio web de la División de Seguridad Ciudadana, p. 8, <http://www.seguridadciudadana.gob.cl/>

¹⁴⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, INE, «*Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana del año 2005 (ENUSC 2005)*», cit.

aumentado, sólo un 64,3% dijo pensar que esta era mayor en su comuna, y la cifra se reduce aún más cuando se le preguntó si creía que en su barrio la situación había empeorado, cayendo a un 46,4%. Es decir, un 32,9% de los encuestados pensaba que aún cuando en su entorno más cercano él no notaba un mayor índice de criminalidad, éste si era mayor a nivel nacional.

ENUSC 2003-2005: ¿Usted diría que durante los últimos doce meses la delincuencia?

	En el país		En la comuna		En su barrio	
	2003	2005	2003	2005	2003	2005
Aumentó	80,5	79,3	64,3	64,3	44,6	46,4
Se mantuvo	16,6	17,8	28,9	29,3	41,5	42
Disminuyó	1,7	1,8	3,7	3,5	9,9	8,1
No sabe	0,8	1	3	2,7	3,6	2,9
No responde	0,4	0,1	0,1	0,3	0,3	0,5

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE Estadísticas, INE, «Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana» años 2003 y 2005

Ahora bien, llegados a este punto cabe preguntarse: ¿Cómo influye esta sensación creciente de inseguridad en el fenómeno expansivo del Derecho penal?

Al ser la sensación de inseguridad tan alta, el tema de la seguridad ciudadana se transforma en uno de los más relevantes para la población, particularmente entre aquellos estratos que se consideran más vulnerables (de nivel socioeconómico bajo, mujeres, dueñas de casa, etc.). Así por ejemplo

queda demostrado en una encuesta aparecida en agosto de 2006, realizada por el Centro de Estudios Públicos (CEP), en el marco de su «Estudio Nacional de Opinión Pública»¹⁴⁷ —que realiza periódicamente este Centro, y considerado dentro de los de más prestigio en la materia—. Al responder los entrevistados a la pregunta: «¿cuales son los tres problemas a los que debería dedicar el mayor esfuerzo en solucionar el gobierno?», el porcentaje más alto correspondió a la delincuencia, con un 55% de las preferencias, seguida de salud y educación con un 37% cada una. Es decir, la delincuencia como tema central del interés de lo chilenos, tuvo un aumento de 3 puntos porcentuales respecto de igual pregunta realizada en el Estudio realizado por el CEP, de octubre-noviembre de 2005. En la misma encuesta de opinión, pero realizada en diciembre del 2006¹⁴⁸, la delincuencia se mantuvo como el principal problema a que debiera atender el gobierno, con un 50% de las preferencias.

En la ENUSC 2005, los resultados son muy similares. Al ser consultados los encuestados respecto de los dos principales problemas que afectan al país, la delincuencia se encontró en primer lugar, con un 41,6%, en comparación a un 33,5% del año 2003, en que se situó en la segunda posición, detrás de la pobreza.

¹⁴⁷ CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS, «*Estudio Nacional de Opinión Pública*», de junio-julio de 2006 y aparecida en julio de 2006. <http://www.cepchile.cl/>

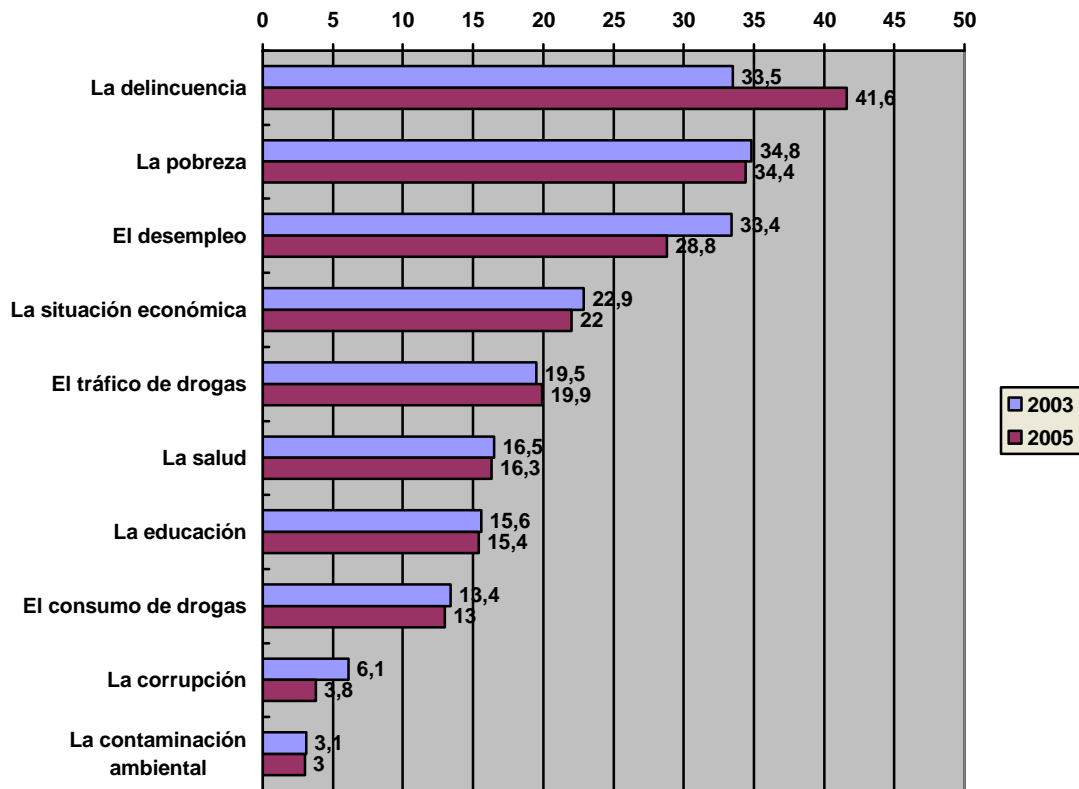
¹⁴⁸ CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS, «*Estudio Nacional de Opinión Pública*», de diciembre de 2006 y aparecida en diciembre de 2006. <http://www.cepchile.cl/>

Respecto de las dos principales causas de los niveles de delincuencia, los encuestados lo atribuyeron, en primer lugar a la falta de trabajo —con un 48,6%—; seguido de las débiles sanciones que la justicia aplica a los delincuentes —45,7%—; disminuyendo la primera en 5.1% respecto del 2003, mientras que la segunda aumentó en un 1,8%. Esto último es un dato no menor, toda vez que poco a poco se empieza a instalar en la ciudadanía la impresión de que el nuevo sistema procesal penal —que ha tenido por objeto principalmente modernizar el sistema de justicia, haciéndolo más rápido y expedito, introduciendo a su vez varios de los principios de Derecho internacional contenidos en los tratados sobre Derecho Humanos suscritos por nuestro país, que van orientados fundamentalmente a cautelar los derechos procesales de las personas— es demasiado «garantista», por cuanto tiene una filosofía que implica liberar con demasiada facilidad a los delincuentes, y no tiene la «mano dura» con estos como el público común espera. Por supuesto, nadie se cuestiona lo que significaría retroceder en la cautela de derechos, o lo que es someter a prisión a personas a las que no se les ha comprobado su participación delictiva. Lo importante para la *masa* es que los presuntos delincuentes estén presos, da lo mismo si sigue ocurriendo, como hasta ahora, que las personas pasen años en prisión sin tener una sentencia condenatoria, y que incluso ésta nunca llegue a producirse, porque al final al individuo se lo encuentra inocente o la causa se archiva porque no hay pruebas suficientes

para condenarlo. Lo importante es la *seguridad*, en pos de ella todo lo demás se puede obviar, incluso las mayores injusticias o la pérdida de cualquier derecho.

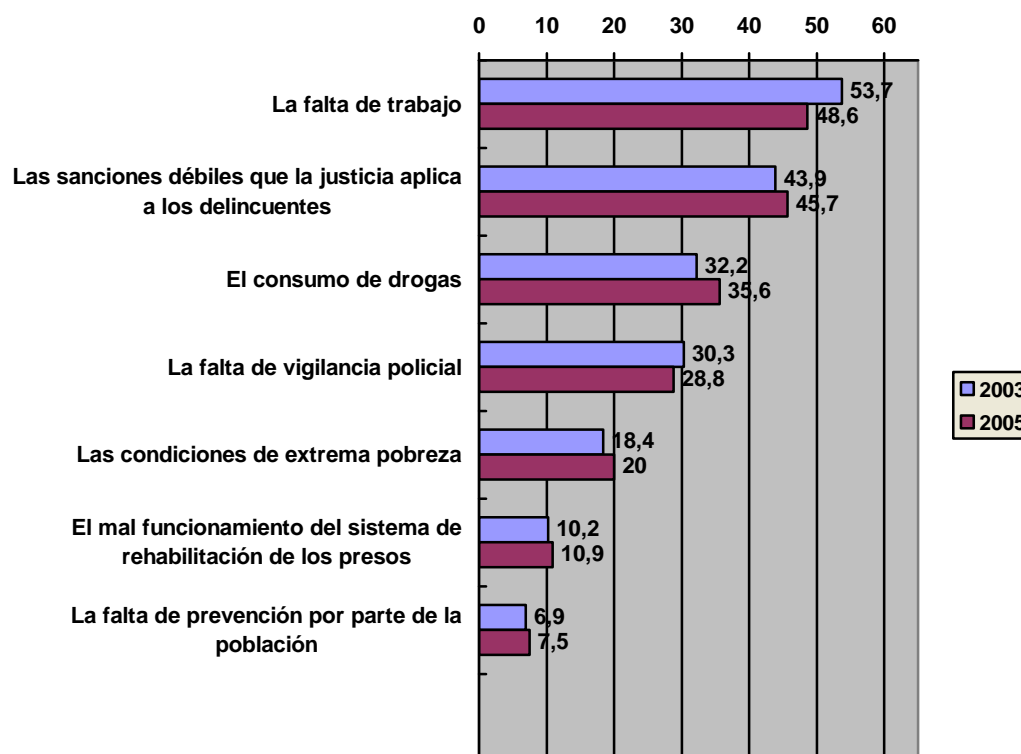
Así entonces, al ser tan altamente convocante, la problemática de la seguridad ciudadana se transforma en un nicho casi insoslayable para amplios actores de la vida nacional, quienes se ven en la obligación de abordarla si no quieren quedar fuera de «sintonía» con los intereses de la «gente».

ENUSC 2005: Los 2 problemas más importantes que afectan al país, 2003-2005



*FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, INE, «Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana del año 2005 (ENUSC 2005)»

ENUSC 2005: Las dos causas de los niveles de delincuencia del país, 2003-2005



*FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, INE, «Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana del año 2005 (ENUSC 2005)»

4.2.2. Expansión del Derecho penal y mass media

Los medios de comunicación (escrita, radial y audiovisual), al percatarse del habitual alto *rating* obtenido con las informaciones policiales, dedican amplios espacios a tratar el tema, centrándose particularmente en aquellos delitos que tienen la facultad de provocar un mayor impacto social. Así lo

señalaba en el mes de enero de 2005 el Subsecretario del Interior en una entrevista concedida a radio Cooperativa, en la cual hacía notar que según estudios, durante octubre de 2004 entre las cinco primeras informaciones de los noticiarios de televisión el primer lugar se lo llevaban con creces aquellas dedicadas a los temas de delincuencia.¹⁴⁹

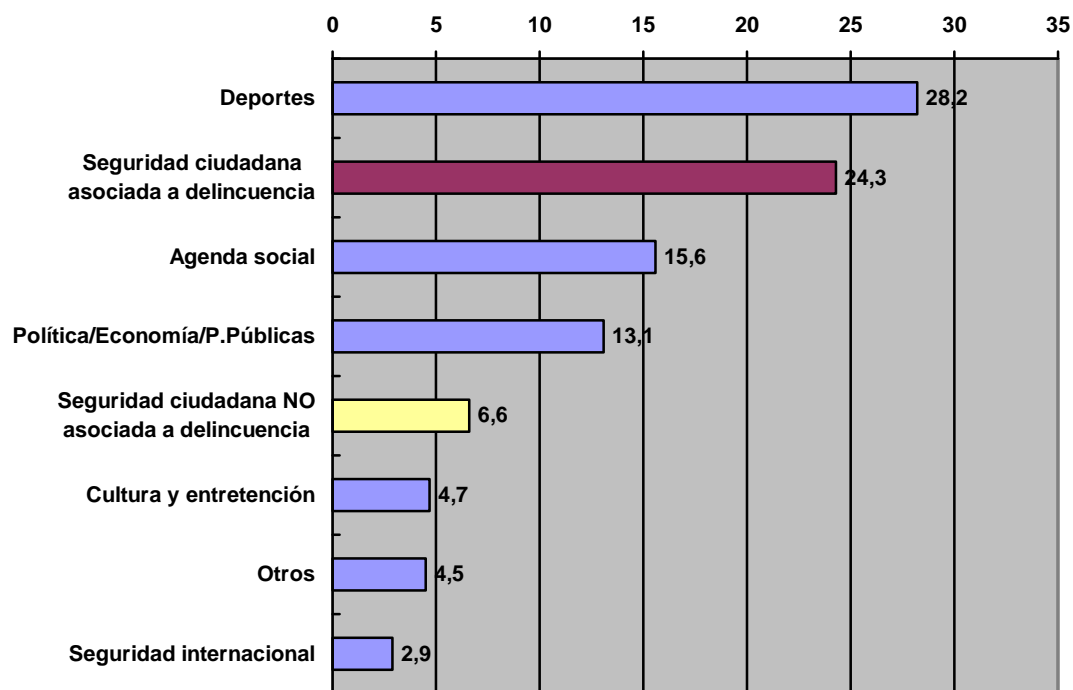
Por otra parte, un estudio realizado por el CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN, publicado en agosto 2006, denominado «*Seguridad Ciudadana en Noticiarios de Televisión Abierta*»¹⁵⁰, indicó que la seguridad ciudadana asociada a delincuencia¹⁵¹ es el segundo tema con mayor presencia en todos los noticiarios, después del deporte. Dicha cobertura aumentó significativamente en comparación al año 2005 —desde un 19,7% a un 24,3%—. A mayor abundamiento, este estudio también indicó —coincidentalmente con lo que ya antes había dicho el Subsecretario del Interior— que existe una tendencia general a incluir el tema de la seguridad ciudadana dentro de las primeras notas estructurando así la agenda informativa de los canales, correspondiendo a un 42,5% de ellas.

¹⁴⁹ RADIO COOPERATIVA, entrevista al Subsecretario del Interior Jorge Correa Sutil, de 12 de enero de 2005. Transcripción disponible en el sitio web de la radio: <http://www.cooperativa.cl>

¹⁵⁰ CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. «*Seguridad Ciudadana en Noticiarios de TV Abierta*». Agosto 2006. <http://www.cntv.cl/medios/Publicaciones/SeguridadCiudadana2006.pdf>

¹⁵¹ Es decir, delincuencia común o de alta connotación social, delitos y hechos asociados a desorden social, políticas y estudios sobre seguridad ciudadana o de instituciones relacionadas con el tema, y delitos de cuello blanco.

CNTV: Cobertura de temas, canales de televisión abierta, 2006



*Fuente: CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. «Seguridad Ciudadana en Noticiarios de TV Abierta». Agosto 2006.

Por su parte el diario LA NACIÓN entre el 12 al 18 de Junio del 2006 realizó un estudio¹⁵² sobre el tiempo que dedicaban los noticieros centrales de los canales de televisión abierta a mostrar noticias relacionadas con la violencia delictiva. El estudio arrojó que el canal que dedicó mayor tiempo a la delincuencia en su noticiero central fue Chilevisión, que orientaba un 51,3% de su contenido a tratar la delincuencia; lo siguió Meganoticias, con un 44,8%,

¹⁵² Diario La Nacion, artículo *Chilevisión dedica el 51,3% de su noticiero central a la violencia*, Viernes 30 de Junio de 2006.

Teletrece con un 37,6%, y 24 horas con un 22,4%. A su vez este estudio indicó que, contrariamente a lo que pudiera creerse, fue el noticiero 24 horas de TVN —el canal estatal—, quien lideró en ratings durante el período analizado, pese a ser el que menor tiempo consagró a la delincuencia¹⁵³.

Ahora bien, el hecho de que los sucesos criminales tengan una amplia cobertura mediática no puede llevar a afirmar que es sólo culpa de los medios de comunicación la sensación de inseguridad que sufre la población. La delincuencia es un problema real, con víctimas reales, que no puede por esta vía ser minimizado, toda vez que podría creerse que basta con quitar las informaciones sobre seguridad ciudadana de la «*parrilla programática*» para que, inmediatamente y como por arte de magia, la sensación de inseguridad se viera reducida, lo que no es efectivo. No obstante, tampoco se puede menospreciar el impacto que un tratamiento «*sensacionalista*» del problema tiene en el hombre medio. Los estudios y el sentido común indican que en nuestro país un porcentaje importante de la población se informa del acontecer nacional exclusivamente a través de la televisión, particularmente de los noticieros centrales que tiene cada canal. En estos, por un asunto de tiempo e interés, habitualmente no se abordan los problemas criminales en su integridad, sino que sólo se reserva espacio para destacar aquellas noticias que pueden parecer más llamativas y que explotan el morbo en el televidente. De este

¹⁵³ Diario La Nación, artículo *El Mercado del Miedo*, Domingo 2 de Julio 2006.

modo, se destacan los hechos de sangre, las agresiones sexuales contra menores, los secuestros, los delitos de gran significación económica, etc.

Al enfrentarse a esta avalancha informativa el televidente no puede más que alarmarse, sentir temor y comenzar a mirar con desconfianza todo lo que le rodea, sin cuestionarse mayormente la real magnitud del problema. Nadie se pregunta si respecto del imputado de un robo posteriormente se prueban efectivamente los hechos de que se le acusa para ser en definitiva condenado; nadie se detiene a pensar que hay miles de personas que salen habitualmente por la noche sin ser objeto de delito alguno, nadie se pregunta si efectivamente las agresiones sexuales a menores han aumentado o sólo sucede que ahora son conocidos los casos que antes la justicia trataba con más normalidad y en un mayor anonimato, tampoco nadie se pregunta cuales eran las condiciones en que se produjo un delito, qué atenuantes podrían existir, cuál era la condición social y mental del delincuente. Mucho menos alguien va a preguntarse, como lo hace HULSMAN¹⁵⁴, por qué es ingresado al sistema penal formal un individuo que hurta algún producto de escaso valor de un supermercado, y sin embargo no se somete a un proceso criminal al empleador que rescinde abusivamente un contrato de trabajo o que no paga las imposiciones de sus trabajadores, pese a que en este último caso el daño

¹⁵⁴ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», 1ª edición, Barcelona: Ariel Derecho, 1984, p. 108

económico y social es mucho mayor. Esos temas no son noticia, y por tanto no salen en los medios informativos, sino que sólo aparecen aquellos que tienen efectivamente la particularidad de aumentar los niveles en la sensación de inseguridad. Y para qué hablar del profundo desconocimiento de las nociones jurídicas más básicas que presentan muchos de aquellos encargados de dar y analizar la noticia en la TV, los que habitualmente confunden conceptos y datos, demostrando una ignorancia total del tema que se aborda, cuestión que redundaría necesariamente en una confusión aún mayor de la población, que recibe información sesgada, arbitrariamente seleccionada y además por la boca de alguien que no sabe bien de qué está hablando.

Como evidenció Hugo FRÜHLING, director del CENTRO DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD CIUDADANA de la Universidad de Chile (CESC), en una entrevista otorgada al Diario LA NACIÓN, el 2 de julio 2006, la televisión «pone énfasis en incidentes de criminalidad y no en las políticas de fondo para solucionar el tema de la violencia. Los medios tienden a sobrerrepresentar hechos minoritarios dentro del contexto de la delincuencia y, al contrario, minimizan otros actos más comunes para la gente, como la violencia intrafamiliar o un simple cogoteo»¹⁵⁵. El mismo FRÜHLING agrega, que en un análisis realizado por CESC respecto a la influencia específica de los medios en la sensación de temor, se concluyó que algunos estudios indican que «las repetidas referencias al crimen

¹⁵⁵ Diario La Nación, 2 de Julio 2006.

particularmente de ofensas violentas afectan el sentido de seguridad de la ciudadanía. Otros estudios plantean que un alto nivel de sensacionalismo en las presentaciones de los medios de las noticias de crímenes genera un incremento del temor en los miembros de la comunidad”¹⁵⁶.

Creemos no equivocarnos cuando decimos que, si bien los *mass media* no crean la sensación de inseguridad, ellos si ayudan a acrecentarla, particularmente en el hombre medio. Entonces éste comienza a exigir de la autoridad que tome medidas rápidas y «efectivas» para paliar la delincuencia, lo que en la cabeza del ciudadano común normalmente se entiende como: aumentar el número de delitos tipificados, endurecer las penas, tomar acciones «ejemplares» en contra de los delincuentes, meter en prisión hasta al más mínimo sospechoso de haber cometido un delito, y, por sobre todo, tomar medidas para evitar que otros crímenes lleguen a cometerse. En este punto, puede decirse, como hemos venido exponiendo hasta ahora, que el hombre de hoy está cada vez más dispuesto a hipotecar sus derechos y libertades individuales con el fin de sentirse protegido. Como señala DÍEZ RIPOLLÉS: «En el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos

¹⁵⁶ Diario La Nación, 2 de julio de 2006.

individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad, sin que la mayor visibilidad que, a no dudar, tiene la que hemos llamado delincuencia clásica deje fuera de este modo de proceder la delincuencia de cualquier signo. Dicho de otra manera, los ciudadanos no delincuentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo. Y esto sí que es una alarmante novedad en las sociedades democráticas».¹⁵⁷

En efecto, en la actualidad pareciera que nadie se molestara por el hecho de ser observados y vigilados permanentemente en las más diversas situaciones de la vida cotidiana, e incluso sin ser en modo alguno sospechoso de querer cometer o haber cometido un delito. FOUCAULT caracterizaba a la sociedad moderna como «*panóptica*», en cuanto en todo momento se pretende mantener a los ciudadanos bajo vigilancia¹⁵⁸. No obstante, esto no es lo extraño, ya que ha sido una tradición para los Estados de todas las épocas tratar de mantener el mayor control posible sobre sus *súbditos*; lo que resulta curioso es que las personas ya no se sientan incómodas por este hecho y no

¹⁵⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2004, núm. 06-03, p. 03:1-03:34., p. 17.

¹⁵⁸ FOUCAULT, Michel, «*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*», Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2004, pp. 199 y ss.

demanden el respeto a su libertad y privacidad, sobre todo en sociedades liberales como la nuestra. Con miras a sentirse protegidos, la masa ha aceptado casi sin reparos que se instalen sistemas electrónicos de video y escucha en las principales calles de las ciudades, y también acepta estos dispositivos en otros espacios públicos y privados, como tiendas comerciales, cines, *pubs*, etc. Tampoco nadie reclama, e incluso se desea, que se flexibilicen las normas destinadas a facilitar la prisión preventiva y otras medidas cautelares, sin importar mucho que las víctimas de ello sean personas inocentes, todo cuenta en la lucha contra el crimen, sobre todo si se trata de combatir delitos de aquellos más estigmatizados y que han sabido concitar sobre sí un fuerte grado de adhesión para su persecución, como el terrorismo y el narcotráfico.

4.2.3. Derecho penal simbólico y aumento del punitivismo

Frente a este panorama, las exigencias de mayor acción se dirigen principalmente a las autoridades, muy por encima de las iniciativas por impulsar la participación y colaboración ciudadana en contra del crimen. Si la autoridad no hace frente con prontitud a cualquier hecho que la sociedad considere como grave, entonces se suceden las críticas afirmando que existe una «*mano blanda*» con la delincuencia. Igual opinión surge en los casos en que se pretende hacer valer el respeto que todo imputado merece, en cuanto persona humana, más allá de los actos por él cometidos. Ejemplo de ello es que en la encuesta ENUSC del 2005 del Ministerio del Interior se haya identificado como

una de las principales causas del aumento de la delincuencia a las débiles sanciones que la justicia aplica a los criminales, con un 45,7%, y que otra de las causas relevantes mencionadas haya sido la falta de dotación policial en las calles, con un 28,8%, es decir, la gente prefiere ver en cada esquina un policía, como si se tratara de una ciudad en estado de sitio, a sentir el temor de que la delincuencia se ha tomado las calles.

El anterior panorama es terreno fecundo para que, por una parte, la autoridad recoja el guante y adopte normas que limitan las garantías sustantivas y procesales, y por otra surjan personeros, de los más diversos sectores, que acogiendo las «demandas de la ciudadanía» se apresuren en plantear las más disímiles medidas, donde el primer lugar lo ocupan, sin duda, las medidas legislativas tendientes a intensificar la «guerra» contra esos enemigos de la sociedad que son los delincuentes.

Ejemplo paradigmático fueron las últimas elecciones presidenciales (2005), en que entre algunos de los candidatos se planteó una verdadera competencia por ver quien hacía las propuestas más restrictivas y de más «mano firme» con la delincuencia. Así por ejemplo, en su proyecto de gobierno, el candidato presidencial de la Unión Demócrata Independiente, Joaquín Lavín propuso como compromiso político: «no más indultos a narcotraficantes, aprobación de la ley conocida como “la tercera es la vencida”, que significa que no haya libertad condicional para los reincidentes, modificación del sistema de

penas, contemplando una gama más amplia y adecuado control para quienes reciban sanciones alternativas a la reclusión.»¹⁵⁹ Incluso en un momento de la campaña este candidato propuso la creación de una «cárcel isla» para los delincuentes condenados por violación, pedofilia, homicidio y narcotráfico. Ante las críticas del gobierno, que calificaban de verdadero «ofertón electoral» dicha promesa,¹⁶⁰ el entonces candidato presidencial respondió lo siguiente «No se preocupen de los derechos de los delincuentes, preocúpense de los derechos de la gente honrada y honesta. ¡Hasta ahora las medidas que ustedes han tomado, han fracasado! Reconózcanlo» y agregó: «lo que me interesa es hacerles difícil la vida a los delincuentes y fácil la vida a las personas honradas y a las personas honestas. Lo que propongo es una cárcel en una isla donde vayan los delincuentes que están condenados por violación, por pedofilia, por homicidio y por narcotráfico, donde tengan que trabajar y donde no se puedan arrancar».¹⁶¹

Por su parte el presidenciable Sebastián PIÑERA, candidato de Renovación Nacional, propuso en su programa los siguientes puntos en relación a la seguridad ciudadana: a) Limitar la libertad provisional de los delincuentes peligrosos o reincidentes, modificando para ello la Constitución y

¹⁵⁹ Paginas 41 y 42 de programa de gobierno, http://www.bcn.cl/pags/planas/candidatos_pri.htm

¹⁶⁰ Diario La Nación, domingo 9 de octubre de 2005

¹⁶¹ El Mostrador 10 de Octubre 2005

habilitando al Poder Legislativo para que pueda determinar, por ley, los casos en que no procederá la libertad provisional porque existe peligro para la seguridad de la sociedad; b) Aumento de penas para delincuentes reincidentes, modificando la estructura de imposición de penas en caso de reincidencias en los delitos más graves (delitos sexuales, robo, hurto y secuestros de personas) y estableciendo nuevos mecanismos, que en la práctica aumentarían progresivamente el castigo penal para los delincuentes que reincidan en estos tipos delictuales por segunda y tercera vez (nuevamente, «la tercera es la vencida», la copia del modelo norteamericano de la tolerancia cero); c) suspensión de beneficios (Decreto Ley N° 321 de 1925) que facilitan la libertad a condenados por delitos graves, como parricidio, homicidio calificado, violación, infanticidio, robo con homicidio, elaboración o tráfico de estupefacientes y lavado de dinero.¹⁶²

Finalmente, la candidata presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia, y actual Presidente de la República, Michelle BACHELET, señaló en su programa lo siguiente: «Legislaremos para que exista un estricto control sobre quienes salen en libertad provisional o condicional, o acceden a beneficios carcelarios. Ninguna persona que delinca al amparo de estos beneficios podrá acceder a ellos nuevamente. Pondremos mayores obstáculos a los delincuentes reincidentes que quieran obtener libertad condicional.

¹⁶² Págs. 60 a 68 programa http://www.emol.com/especiales/_elecciones_2005

Proponemos, además, que para los casos de reincidencia en delitos graves el fiscal se vea obligado a solicitar la medida cautelar de privación de libertad.»¹⁶³

Como podemos observar, todos los candidatos presidenciales acogieron las tesis que indican que actualmente una buena forma de captar votos es proponer las medidas mas duras y «osadas» contra la delincuencia, no importando si ello implica hasta tener que reformar la Constitución para poder así disminuir los derechos de los inculpados, los cuales, no por el hecho de haber cometido un delito dejan de ser personas, y por tanto amparados también, a más de las normas nacionales, por las internacionales sobre Derechos humanos, que en nuestro país tienen rango constitucional según indica gran parte de la doctrina. De este modo, se comienza a legislar para la masa, de acuerdo a los criterios del hombre de la calle, lo cual, si bien no es criticable desde el punto de vista de que en toda sociedad democrática es un deber de los representantes trabajar en función de las necesidades sociales, por otro lado tiene el grave inconveniente de que muchas veces estas decisiones no pasan por el colador de un trabajo más acucioso y meditado a cargo de expertos en los temas, que hagan las correcciones y adiciones que el hombre de la calle, en su desconocimiento del entramado jurídico y social, es incapaz de hacer; sino que estas opiniones expertas muchas veces se desprecian, considerándolas parte de la clásica burocracia que impide tomar las

¹⁶³ Pág. 67 MICHELLE BACHELET PROGRAMA DE GOBIERNO

medidas «oportunas», y así la técnica legislativa va progresivamente perdiendo en calidad, y comienzan a pulular las leyes incompletas, que no tienen un real valor de acuerdo al fin para el que fueron concebidas, o que comienzan a aparecer disposiciones de naturaleza penal en los más variados cuerpos legislativos, que no siempre tienen un fin principal de naturaleza penal, pero en los cuales ya se ha hecho costumbre incluir disposiciones punitivas, que se consideran especiales y quedan fuera del entramado jurídico penal ordinario y codificado, con lo que se viola activa y flagrantemente el principio de la *respuesta no contingente* de que, habla BARATTA en sus Principios de Derecho penal Mínimo.

Por este camino, cobra especial relevancia el «*simbolismo*» de la legislación jurídica penal, sustantiva y procesal, pero ya no como expresión de los fines preventivos de esta, sino exclusivamente como llamada de atención a la población, como muestra de que «se toman las medidas», que «se escucha la voz del pueblo», que las «instituciones funcionan», sin percatarse de que el hecho de que algo funcione no necesariamente es señal de que funcione bien. Es decir, lo importante resulta demostrar que se actúa, total si después las medidas no dan resultado, ya se tomarán otras que recuperen la confianza de la población. Como señala CANCIO MELIÁ, en este caso al hablar en forma crítica de un «Derecho penal simbólico» no se quiere hacer referencia a las funciones simbólicas naturales que posee el Derecho penal, sino a que por su medio

«determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta.»¹⁶⁴

A grandes rasgos, así es como va formándose el terreno propicio para que haga su entrada en escena el llamado *Derecho penal del enemigo*. Con una sociedad que, frente al dato objetivo de la delincuencia, sobrerreacciona, con un temor que a veces parece más fuera de control que la propia delincuencia. En pos de conseguir la tan ansiada «seguridad», esta misma sociedad comienza a clamar por medidas más y más drásticas, sin importar que con ello también vaya viendo restringidas sus propias libertades y derechos. Por su parte, quienes debieran estar llamados a poner orden y llamar a la cordura —Gobierno, legisladores, organizaciones políticas y otros entes de representación ciudadana—, sea por interés, impotencia o simple ignorancia, en lugar de analizar fríamente las causas del aumento en las tasas de criminalidad, para actuar sobre ellas, optan por responder positivamente a las exigencias del hombre de la calle actuando casi con sus mismos criterios, entonces se adoptan medidas efectistas, que tienen más apariencia de idoneidad que verdadera efectividad. Como el hombre de la calle cree que sólo las medidas punitivas y coactivas pueden dar solución a sus problemas, sus

¹⁶⁴ JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel, «*Derecho Penal del Enemigo*», Editorial Civitas, Madrid, España, 2003, p. 68

«representantes» deciden propiciar la inflación penal, extendiendo sus horizontes mucho más allá de lo que, en estricto rigor jurídico, correspondería. Así se adoptan numerosas normas para sancionar toda posible conducta que provoque intranquilidad en la población; las leyes se suceden vertiginosamente, y no es raro ver que, frente a cada hecho delictivo de impacto social, casi al siguiente día se anuncien nuevas leyes o la reactivación de viejos proyectos que duermen en el Parlamento.

Por su parte, en el plano procesal, como no basta con establecer delitos y penas si ellos no se aplican, la presión entonces se dirige hacia los tribunales de justicia, a los cuales se critica duramente si no se dejan llevar por este estado general de «*paranoia social*» y deciden seguir aplicando las leyes de acuerdo a los principios señalados por la Constitución. Entonces se busca también limitar la libertad de decisión de los jueces, y así surgen iniciativas legislativas que tienen por misión coartar los derechos procesales de los imputados, limitar el legítimo derecho a la presunción de inocencia, el derecho a que su caso se vea en un debido proceso y no ser condenado injustamente. Además, como se estima que los procesos son largos (al menos en el viejo sistema lo eran), también se pugna por ampliar las facultades policiales y el recurso a toda clase de medidas cautelares, dentro de las cuales destaca la prisión preventiva. Dentro de este último punto, cabe destacar que en innumerables ocasiones los imputados pasan largos períodos en prisión antes

de que salga una sentencia que determine si efectivamente eran o no culpables, transformándose así la prisión preventiva en una especie de castigo anticipado, aplicado independientemente de si el sujeto efectivamente debe ser objeto de un castigo, negando con ello el derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras no se demuestre en juicio lo contrario.

4.2.4. Expansión, emergencia y Derecho penal del enemigo

Para FERRAJOLI, las razones en las cuales se funda la existencia de la emergencia penal, o de un Derecho penal de excepción, y por tanto de un Derecho penal en expansión, se encuentran en la antigua concepción de la razón de Estado¹⁶⁵, entendiendo por ésta «un principio normativo de la política que hace del “bien del estado” identificado con la conservación y acrecentamiento de su potencia, el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno»¹⁶⁶. De acuerdo con esto, la emergencia penal no sería otra cosa que una manifestación de la primacía de la razón de Estado por sobre la razón jurídica, que serviría de criterio informador para las distintas áreas del ordenamiento jurídico penal y procesal penal. En este sentido, la intervención punitiva se encuentra justificada ya no en base a criterios netamente jurídicos, sino de carácter eminentemente políticos, es decir, la legitimación de la

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón*», cit., p. 808

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón*», cit., p. 810

intervención punitiva no se basa en el respeto a la ley, entendida esta como sistema de vínculos y garantías, sino que existirían razones para, en determinadas situaciones, recurrir a motivos supralegales de justificación que legitiman la intervención represiva del Estado («*salus rei publicae, suprema lex*»¹⁶⁷).

Aún cuando la noción de emergencia penal arranca y se manifiesta con más fuerza en razón de los delitos políticos, y más particularmente de la variante terrorista de estos, en la actualidad sus expresiones informan a numerosas otras formas de control de actividades delictivas, particularmente de aquellas que importan la existencia de agrupaciones u organizaciones altamente especializadas, con capacidad logística y reunidas con el objeto de perfeccionar la comisión de los delitos. Frente a este tipo de fenómenos, y sus consecuencias, el discurso penal adquiere connotaciones de defensa social, en tanto se entiende que la legislación ordinaria para combatir los delitos comunes es insuficiente y se hace necesario el recurso a nuevos mecanismos, habitualmente de mayor dureza, que permitan no sólo reprimir, sino erradicar definitivamente, o reducir a su mínima expresión, las manifestaciones de la delincuencia organizada. Así, el discurso de la *razón de Estado*, aparentemente justificable en el caso de los delitos políticos, cuando estos niegan la institucionalidad y pretenden destruirla para hacerla desaparecer o reemplazarla

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón*», cit., p. 808

por otra, para el resto de la delincuencia organizada también adquiere vigencia, toda vez que se entiende que el Estado necesita contar con poderes excepcionales para hacer frente a fenómenos que pueden llegar a minar o desestabilizar la convivencia social y democrática que éste debe proteger. Así, se produce la paradoja de que para defender el Estado de Derecho muchas veces se niega justamente a éste, toda vez que apelando a una supuesta «excepcionalidad» de la situación, se hace caso omiso de los principios generales que informan el ordenamiento jurídico-penal, y cuyo objetivo central es garantizar los derechos de los individuos en un Estado democrático de Derecho, para hacer uso de herramientas que, aunque excepcionales en el discurso, por la habitualidad del recurso a ellas, van transformándose en prácticas ordinarias que se expanden progresivamente a los niveles más variados, y no sólo al sistema penal formal, con lo cual el discurso jurídico-penal pierde legitimidad y va adquiriendo notorios visos de falsedad, toda vez que el «deber ser» por él preconizado no se condice con el «ser» real, es decir, el discurso jurídico-penal se vuelve irracional en tanto se vuelve falso, al no ser verdadera su operatividad social.¹⁶⁸ Este es el terreno propicio para que algunos planteen la aparición del denominado *Derecho penal del enemigo*.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, p. 20.

4.2.5. El Derecho penal del enemigo

Es JAKOBS quien introduce el concepto de «Derecho penal del enemigo» en la moderna dogmática penal, como concepto doctrinal y político-criminal, a través de un artículo de 1985¹⁶⁹ en que hace referencia a él, aunque de manera más bien marginal. En este trabajo, dedicado al análisis de una de las manifestaciones del moderno fenómeno expansivo del Derecho penal, a través de la anticipación de la tutela penal a un estadio anterior a que se produzca la efectiva lesión de un bien jurídico, JAKOBS llega a la conclusión de que afirmar como finalidad última del Derecho Penal la exclusiva protección de bienes jurídicos —como hace gran parte de la doctrina—, trae aparejado el que, en pos de garantizar la seguridad de estos, pueda ampliarse el espacio de acción del Derecho penal hacia áreas que invadirían incluso el ámbito personal interno del autor, el cual es sólo privado y no socialmente relevante.¹⁷⁰

En este sentido afirma, «Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del *autor*. El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther. «Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.» En Jakobs, Günther, «*Estudios de Derecho Penal*», Editorial civitas, Madrid, España, 1997, pp. 293-324

¹⁷⁰ JAKOBS, Günther. «Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.» p. 295

añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico.»¹⁷¹

Para JAKOBS, tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, puede derivar, de seguirse sus consecuencias lógicas, en que haya que perseguir criminalmente incluso los «pensamientos peligrosos de autores potenciales, o más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos»¹⁷². Esto porque, en su opinión, con vistas a proteger el bien jurídico se puede fácilmente argumentar que es necesario combatir desde el más rudimentario signo de peligro que pudiera existir para éste, y por ello sería menester no sólo acudir en la defensa del bien jurídico una vez que éste ha sido dañado, sino que también habría que actuar preventivamente, para evitar incluso su puesta en peligro, para que el daño no llegue nunca a producirse, con lo cual nace el pretexto necesario para incidir en la esfera más íntima del autor, la de sus pensamientos, toda vez que es en ella en donde comienza a gestarse el posible atentado en contra del bien jurídico.

¹⁷¹ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 295

¹⁷² JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 295

Así entonces, si se avanza a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y se extreman sus consecuencias lógicas, el autor puede ser considerado un *enemigo* del bien jurídico y por ello ser perseguido en todos los ámbitos en que aquel pueda dañar a éstos, inclusive aquellos de la esfera más privada del autor, toda vez que de la sola idea de la protección de bienes no arranca límite alguno para la acción del Derecho penal. Por el contrario, esta salvaguarda de la esfera íntima del autor debe ser obtenida desde fuera, por cuanto: «La réplica usual, según la cual los pensamientos peligrosos no constituirían perturbación alguna de la vida social, no procede en absoluto del arsenal de argumentos que se pueden extraer de los principios de protección de bienes».¹⁷³ A juicio de JAKOBS, este límite para la acción desmesurada del Estado a través del Derecho penal, mediante la anticipación de la punibilidad, viene dado por la noción de *ciudadano*, en cuanto de acuerdo con ello el autor no sólo habrá de ser considerado como potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que además deberá ser definido previamente por su derecho a una esfera exenta de control.¹⁷⁴

La idea *jakobiana* de ciudadano entiende a éste como un sistema, que además de su dotación psicofísica, posee una esfera de acción privada (esfera

¹⁷³ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 295.

¹⁷⁴ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 295

civil interna) y otra de acción externa¹⁷⁵. Respecto del ámbito interno, en un Derecho penal liberal, rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, es decir, la pura idea o la voluntad criminal no puede ser reprimida, sin el peligro de caer en una nueva Inquisición. En este sentido JAKOBS sostiene que la intromisión del Estado en el ámbito privado del sujeto acaba con la idea de éste como ciudadano, toda vez que «sin su ámbito privado el ciudadano no existe».¹⁷⁶

Ahora bien, esta esfera privada de que habla JAKOBS no se acaba en el ámbito de los puros pensamientos del sujeto, sin que lleguen a exteriorizarse, sino que también abarca por entero su vida privada, es decir, también incluye aquellas conductas que pese a salir del área netamente interna, se exteriorizan sin por ello salir de la esfera privada. Esto, porque así como un acto esencialmente público no puede ser privatizado por la mera voluntad de los intervinientes, la privacidad de la esfera privada tampoco está a disposición de su titular. Sobre el particular afirma que el sujeto ciertamente «puede comunicar lo que hace internamente (o es posible averiguarlo), pero esto no convierte su ámbito interno en un asunto público. La comunicación misma (no lo comunicado) es, en efecto, un proceso externo; tal comunicación puede ser

¹⁷⁵ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», pp. 296-297

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 297

criminalizada, bajo ciertos presupuestos aún por explorar, y, precisamente porque se trata de la comunicación y no de lo comunicado, también puede serlo cuando se comunican meros pensamientos».¹⁷⁷

La anterior aseveración sin duda tiene importantes consecuencias cuando ella se relaciona con la anticipación de la tutela penal, toda vez que en un sistema jurídico de garantías, donde al sujeto se lo considere un ciudadano, éste no podrá ser legítimamente perseguido sino por aquellos actos externos que salgan de su esfera privada, puesto que en los demás casos el sujeto puede oponerse a los controles estatales, sea porque se pretenda entrometer en la intimidad de su cuerpo, o porque pretenda afectarse sus contactos sociales reservados, así en estas situaciones no puede considerarse que exista preparación punible, tentativa y menos aún consumación de un delito.¹⁷⁸

En los casos en que a los sujetos no se les reconozca el anterior derecho a su esfera privada, no puede hablarse de que a su respecto se aplica un Derecho penal de ciudadanos, sino que concurre lo que JAKOBS define como un Derecho penal de distinta naturaleza, un *Derecho penal de enemigos*, toda vez que en este caso no se les estaría respetando el estatus de ciudadanos ya que se les desconoce un elemento que JAKOBS considera esencial en la

¹⁷⁷ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 297

¹⁷⁸ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 298

caracterización de estos. Sobre el particular afirma: «Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad».¹⁷⁹

En lo que respecta al Derecho penal alemán —cuestión extrapolable también a otras legislaciones— JAKOBS pone de manifiesto que existen numerosas disposiciones que en sí no pertenecen a lo que él denomina Derecho penal de ciudadanos, sino que caen dentro de la órbita del Derecho penal de enemigos. A modo de ejemplo, menciona principalmente aquellas destinadas a sancionar criminalmente actos preparatorios, en la medida en que éstos no excedan la esfera privada. Así menciona todos aquellos casos en que se pena la tentativa de participación, y también algunos delitos contra la seguridad del Estado o la constitución de asociaciones criminales o terroristas. Particularmente tratándose de este último caso, y saliendo al camino de posibles opiniones críticas que puedan argumentar que ya la simple constitución de una banda es un asunto que deja de ser privado para transformarse en interés público, debido a la manifiesta persecución de fines

¹⁷⁹ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 298.

antijurídicos, JAKOBS plantea que toda preparación de un delito se puede definir como una conducta no privada, pero en ese caso ya no existiría motivo alguno para detenerse ante la criminalización de pensamientos, y así, por esta vía, todo el Derecho penal se convierte en Derecho penal de enemigos. Asimismo, JAKOBS también responde al posible argumento que señale que en el caso de las bandas existiría de por sí una exteriorización, que haría salir el asunto del ámbito netamente privado, toda vez que en ese caso, por definición, los miembros de la banda entablan relación unos con otros, es decir, abren recíprocamente su ámbito privado. Frente a esto JAKOBS responde: «El ámbito común que así se genera queda, no obstante, cerrado para sujetos ajenos; pues el hecho de que alguien trabee relación con otras personas no legitima ninguna intromisión pública. En la medida en que haya relaciones sociales que pertenezcan al status de ciudadano, esas relaciones sociales pueden ser objeto de abuso, del mismo modo que se puede hacer mal uso de otros elementos de ese status. La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado».¹⁸⁰

Tenemos entonces que para JAKOBS, un Derecho penal de ciudadanos no sólo se caracteriza porque en él se mantiene libre de toda intervención

¹⁸⁰ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 299

estatal el ámbito de las *cogitationes*, sino que también deben estarlo todas aquellas conductas externas que caigan dentro de la esfera privada del autor. Además JAKOBS agrega que tampoco puede ser penada cualquier otra conducta externa que sea *per se* irrelevante, y serán relevantes sólo aquellas que sean *perturbadoras*, esto es, aquellas conductas que se arroguen una organización ajena¹⁸¹. Ahora bien, esto no significa que JAKOBS reste toda importancia a los aspectos subjetivos del tipo, que se encuentran contenidos fundamentalmente en la culpa, sino que a su juicio la búsqueda de las motivaciones internas deben intentarse sólo para contextualizar los hechos, una vez que estos han ocurrido, es decir, como medio de interpretación de aquellos fenómenos externos que son en sí perturbadores. El Derecho penal en un Estado de libertades lo que debe buscar es sancionar hechos, no intenciones. «Sólo si y sólo en la medida en que sea reconocible *ex re* una arrogación actual, resulta legítimo preguntar al autor cómo llegó a esta conducta y qué fin perseguía con ella, esto es, cómo hay que interpretar, por tanto, su conducta a la luz de los factores internos. Respecto de esta reconocibilidad de la arrogación, conviene aclarar que se trata de algo menos que de un *dolus ex re* o de una *culpa ex re*, pues todo lo que podría significar una conducta es demasiado complejo para que se pudiese

¹⁸¹ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*.», p. 323

extraer la conclusión sólo de su imagen externa; pero la *necesidad* de interpretación tiene que resultar *ex re*».¹⁸²

De acuerdo con lo hasta aquí dicho, podemos entonces caracterizar el Derecho penal de ciudadanos como el propio de un Estado social y democrático de Derecho. Como el mismo JAKOBS señala, su postura puede fácilmente ser entendida como enraizada en las viejas ideas liberales, de acuerdo a las cuales el Derecho penal debe ser siempre limitado al mínimo necesario para conseguir sus objetivos y no puede jamás transformarse en una herramienta de injerencia por parte del Estado para limitar las libertades de los individuos. En este sentido, las ideas expresadas por JAKOBS no deberían presentar mayores controversias con la idea de un modelo garantista, en que el Derecho penal sea sólo la *ultima ratio* del edificio jurídico, cuya misión es actuar sólo ante aquellas situaciones en donde las otras áreas del control social se presentan como insuficientes. No obstante, el problema comienza a plantearse con lo que este autor expone al final de su artículo de 1985.

Aunque JAKOBS considera que el Derecho penal de enemigos representa una desviación en la cual se hace excepción al Estado de libertades, y que por tanto debe ser erradicado, en sus más diversas manifestaciones, del Derecho penal de ciudadanos, no por ello deja de reconocer que existen situaciones en

¹⁸² JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 303

las cuales este Derecho penal de enemigos se hace necesario, producto de las mismas condiciones sociales en que ha de desarrollarse. En estos casos, en que a su juicio las normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su vigencia y en que se hace necesario castigar incluso las actuaciones que el autor haga dentro de su esfera privada JAKOBS legitima el recurso al Derecho penal de enemigos, pero siempre entendido esto como un recurso de emergencia, de uso estrictamente excepcional, y en que se deje en claro que en este caso se trata efectivamente de un Derecho penal de enemigos, que es el opuesto de un Derecho penal de ciudadanos, razón por la cual incluso llega a plantear que se le debe dar un tratamiento dogmático y normativo separado, para que no exista peligro alguno de que se mezcle con las normas del Derecho penal de ciudadanos, sea por la vía de la interpretación sistemática, por analogía, o por cualquier otro medio.¹⁸³

Es en este punto en donde el planteamiento de JAKOBS comienza a ser seriamente objeto de controversias desde una óptica garantista del Derecho penal. La sola idea de que pudiera existir, no en un Estado totalitario, sino en un Estado democrático, un Derecho penal «especial», dirigido a perseguir «enemigos», a los cuales se les niegan las garantías que sin embargo se les reconocen al resto de la sociedad, es un asunto del todo cuestionable. Tal vez

¹⁸³ JAKOBS, Günther. «*Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico.*», p. 323

el asunto no sería tan grave si el diagnóstico de JAKOBS se limitara a señalar la existencia de estos casos en que las reglas generales del Derecho penal no son del todo aplicables o resultan insuficientes, y en que, por tanto, se hace necesario echar mano a otras especiales. Como señala GRACIA MARTÍN: «Aunque en virtud del principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el Derecho Penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso por ejemplo de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves; en la medida en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito correspondiente y, por supuesto, a la de la consumación, su punibilidad no será contraria al principio de proporcionalidad.

«Si el llamado Derecho penal del enemigo se redujera a manifestaciones jurídicas como las descritas, entonces es evidente que no podría objetarse nada contra él. Aquella expresión no tendría otro valor que el de una mera descripción formal sin consecuencias materiales, lo mismo que sucede con

denominaciones como, por ejemplo, Derecho Penal sexual, Derecho Penal de Funcionarios, o Derecho Penal laboral, etc.»¹⁸⁴

Pero JAKOBS no se queda ahí, y solicita el tratamiento autónomo y diferenciado de este tipo de normas, que conformarían lo que el llama Derecho Penal del Enemigo; y aún más, llega a afirmar que a los individuos en quienes se configuren las conductas típicas que caen bajo tal denominación deben ser tratados no sólo como delincuentes, sino como enemigos de todo el sistema jurídico social, razón por la que habrán de ser privados de todos los derechos reconocidos para los ciudadanos, situación que en los hechos significa que estos pierden la calidad jurídica de *personas*, debiendo entonces ser considerados *no-personas*. Como afirma en su trabajo: «*Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*»: «la persona en el Derecho, esto es, el titular de deberes y derechos, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma; si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona».¹⁸⁵

¹⁸⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. «Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado "Derecho Penal Del Enemigo".» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], 2005, pp. 21-22

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther. «*Sobre La Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ. 1ª edición ed. Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 54.

A tanto llega la diferenciación que JAKOBS hace entre el Derecho penal de enemigos y el de ciudadanos, que sólo guarda para éste último la finalidad de servir de reafirmación de la vigencia de la norma, de compensar el daño sufrido por ésta con el hecho antijurídico; en cambio, para el primero, reclama el fin de servir como medio para eliminar un peligro; es decir, si lo relacionamos con lo dicho precedentemente, sólo en el caso del Derecho penal de enemigos la función última del Derecho penal sería la protección de bienes jurídicos, toda vez que según el mismo JAKOBS ha afirmado, sólo la concepción del Derecho penal en este sentido permite adelantar las barreras de protección hasta llegar a incidir el ámbito privado del individuo, que en los hechos es la forma de negarle el status jurídico de ciudadano para reconocerlo como enemigo, así: «la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.»¹⁸⁶. Esta última aseveración es la que hace argumentar a CANCIO MELIÁ, que en el caso del Derecho penal del enemigo no estamos frente a un Derecho penal por el hecho, sino frente a un Derecho penal de autor¹⁸⁷, cuestión que demuestra que en la práctica el Derecho penal del enemigo tendría una naturaleza claramente antigarantista.

¹⁸⁶ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*» Madrid: Editorial Civitas, Madrid, España, 2003, p. 40

¹⁸⁷ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit. pp. 100 y ss.

Ahora bien, así como la teoría del fin del Derecho penal de JAKOBS tiene claros antecedentes en el pensamiento de HEGEL, la idea en torno a la cual este autor desarrolla su planteamiento sobre el Derecho penal del enemigo tampoco es del todo original en él. Ya desde la antigüedad siempre se han levantado voces que, frente a la imposibilidad de solucionar los conflictos sociales por la vía ordinaria, preconizan el endurecimiento de la respuesta penal con el fin de reprimir a todos aquellos grupos o sujetos que se niegan a ajustarse a las normas de convivencia básicas que la sociedad se ha dado a sí misma.¹⁸⁸ No obstante, no será sino hasta los teóricos del contrato social, particularmente con HOBBS, con quien este planteamiento adquirirá claramente la fundamentación filosófico-jurídica que adelantará las bases del discurso que se desarrolla hoy en día.¹⁸⁹

Según HOBBS, sólo la guerra faculta para romper las reglas establecidas por las normatividad social para perseguir los ilícitos, por ello en el estado de naturaleza, en que no existe el Estado, que limite las facultades de cada uno, y en que todos los humanos tienen iguales derechos a todo, sin otras restricciones que aquellas que da la fuerza, el delito no existe. La noción de delito sólo es posible una vez que se ha producido el pacto social, cuando los

¹⁸⁸ Para una referencia histórica, vid. GRACIA MARTÍN, Luis. «*Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado "Derecho Penal Del Enemigo"*», cit, pp. 11 y ss.

¹⁸⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. «*Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado "Derecho Penal Del Enemigo"*», cit, p. 13; JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., pp. 28 y ss; FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón*», cit., p. 829.

individuos salen del estado natural para transformarse en súbditos del Estado social, es decir, en ciudadanos, sólo entonces es posible exigir el cumplimiento de las leyes sociales a las personas, toda vez que por el pacto social ellas se han obligado a respetarlas¹⁹⁰. Ahora bien, HOBBS reconoce que los hombres, debido a sus inclinaciones y naturaleza intrínseca, pueden en ocasiones violar estas leyes sociales, razón por la cual conviene en la necesidad de que concurren aparejados a ellas los *castigos*, toda vez que una ley cuyo cumplimiento no se puede exigir por la fuerza es inútil¹⁹¹. No obstante, el hecho de que una persona, en tanto ciudadano, infrinja una norma, no lo hace perder la calidad de tal, debiendo seguir siendo tratado como ciudadano, haciéndose aplicable a su respecto todas las garantías que el Derecho reconoce a los ciudadanos, aún cuando estos se encuentren en falta, es decir, cuando sean malos ciudadanos. Situación distinta es la que ocurre con aquellos individuos que, negando el pacto social, atentan en contra del Estado, negándose a respetar no sólo algunas, sino todas las leyes sociales. En este caso para HOBBS este sujeto pierde la calidad de ciudadano, transformándose en enemigo, y en cuanto pierde dicha calidad vuelve entonces al estado de naturaleza, haciéndose acreedor a ser tratado no mediante las leyes sociales, sino en virtud de las leyes de la guerra, que son las propias del estado de

¹⁹⁰ HOBBS, Thomas, «*Tratado sobre el Ciudadano*», Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p. 54.

¹⁹¹ HOBBS, «*Tratado sobre el ciudadano*», p. 126.

naturaleza, de acuerdo a las cuales el Estado puede imponer al individuo, ya no sólo *castigos*, sino cualquier acción que sirva para defender al Estado, incluso el recurso a la violencia extrema hasta hacer desaparecer al individuo trasgresor, en cuanto contra este individuo ya no valen las reglas del Derecho, sino las de la fuerza.¹⁹²

Para HOBBS entonces, existen dos órdenes normativos totalmente diferenciados, y con reglas distintas: el del Derecho, propio del Estado social, y que es aplicable a los ciudadanos; y las leyes de guerra (sea esta externa o interna), aplicable a aquellos individuos que han perdido la calidad de ciudadanos y que se han transformado en *enemigos* del Estado.¹⁹³ Con los enemigos no vale otro tratamiento que el de la espada, y cualquier acción que se tome en contra de ellos, por más cruel que pueda ser, no trasgredirá ninguna garantía ni principio (sustancial o procesal), ni la ley de la naturaleza, aún cuando se trate de personas inocentes, puesto que entre los enemigos son todos culpables y no existen los inocentes.¹⁹⁴

Al igual que HOBBS, JAKOBS también distingue entre dos órdenes normativos: el Derecho Penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo,

¹⁹² HOBBS, Thomas, «*Leviatán, o la Materia, Forma y Poder de un Estado Eclesiástico y Civil*», Alianza Editorial, Madrid, España, 1999, pp. 267 y ss.

¹⁹³ HOBBS, «*Leviatán, ...*», cit., p. 267

¹⁹⁴ HOBBS, «*Leviatán, ...*», cit., pp. 270 y ss.

considerándolos a ambos Derecho legítimo, aunque con distintas características y ámbito de aplicación.

Para JAKOBS, el Derecho penal del ciudadano define y sanciona infracciones a las normas realizadas por el ciudadano común, de forma excepcional, sin perder su situación de sujeto vinculado a y por el Derecho; por eso a su entender el Derecho penal moderno ve al infractor como un ciudadano que, si bien mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma, el Derecho, a través de sus instituciones, lo llama a enmendar el rumbo y equilibrar la vigencia de ésta, aunque ello sea de modo coactivo, pero dicha coacción siempre es entendida como dirigida a un ciudadano y no a un enemigo.¹⁹⁵ Es decir, para JAKOBS el Derecho penal del ciudadano estaría destinado a regresar al redil a la «*oveja descarriada*», instándola a que repare el daño causado y se abstenga de volver a caer en falta en el futuro, todo ello, aunque por la fuerza, respetando sus derechos propios de ciudadano, pues se entiende que con su accionar una persona puede infringir las leyes de la comunidad, pero sin la intención de dejar de pertenecer a ésta. Así, da el ejemplo de que un sujeto decida asesinar a un familiar con el objeto de acelerar la recepción de una herencia. A juicio de JAKOBS en este caso queda claro que el sujeto, si bien comete un ilícito, su intención no es por esta vía desvincularse

¹⁹⁵ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit. pp. 36 y ss.

de todo el entramado jurídico ni atacar la permanencia del estado, sino muy por el contrario, cometiendo el ilícito lo que espera es que a su respecto el Derecho opere, asignándole una herencia que, de acuerdo a las leyes, le sería legítimo recibir al momento de fallecer el pariente por causas normales.¹⁹⁶

En situación distinta de los ciudadanos que, por circunstancias excepcionales, llegan a delinquir, se encuentran los enemigos. En este caso nos encontramos con sujetos que, por su actitud, situación, habitualidad en la comisión de crímenes, incorporación a una organización, etc., se entiende que se han apartado del Derecho de forma meridianamente permanente, no excepcional, y que no es su intención regresar al cauce trazado por éste. Respecto de ellos, entonces no es posible comportarse de la misma forma que en el caso de los ciudadanos que delinquen, en cuanto su accionar representa un peligro serio para la sociedad que debe ser reprimido aún antes de que el daño se produzca, de ahí que en estos casos se adelante notoriamente la barrera de protección y se decida actuar coactivamente por sobre el individuo-enemigo con anterioridad a que los hechos lleguen efectivamente a realizarse, razón por la cual incluso se llegan a sancionar los actos preparatorios, que en el Derecho penal del ciudadano habitualmente carecen de sanción.

¹⁹⁶ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., p. 35.

Para JAKOBS el enemigo, entendido como individuo, carece, o pierde, el *status* jurídico de persona, en cuanto para que un individuo sea considerado como tal se debe al menos poder esperar que su conducta esté de acuerdo a las normas, ya que: «Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida»¹⁹⁷; y más adelante agrega: «sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real.»¹⁹⁸

Como podemos ver, JAKOBS hace una notoria distinción entre individuos y personas. En principio el individuo, hablando en términos kantianos, sería el *homo phaenomenon*, esto es, «el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la naturaleza»¹⁹⁹. En cuanto tales, si bien los individuos humanos son entendidos como animales inteligentes, a su respecto no es esperable que se conduzcan de acuerdo a expectativas normativas, toda vez que estos se conducen sólo a la satisfacción de sus propios deseos e intereses, sin referencia a ninguna limitación objetiva dada externamente y producto de sus

¹⁹⁷ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., p. 37

¹⁹⁸ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., p. 51

¹⁹⁹ JAKOBS, Günther. «*Sobre La Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*», cit., p. 16.

relaciones con otros individuos. En este punto, el individuo vendría a ser algo así como el *homo naturalis* de HOBBS, es decir, el hombre en el estado de naturaleza, antes de entrar al estado social. En contraposición, la calidad de persona no es algo que sea dado por la naturaleza, sino que ella responde a una condición que se atribuye normativamente, y que por tanto también puede ser quitada. Es decir, no todo individuo de la especie humana es persona en la teoría de JAKOBS, esta calidad no es algo que al ser humano, en sí, le venga dado intrínsecamente, sino que es una atribución normativa que le viene dada desde fuera. Dicho en palabras del mismo JAKOBS, persona «es el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social»²⁰⁰. Y más adelante agrega: «"persona" es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es —en el caso de la persona física, que es el que va a ser sometido a análisis— la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una consciencia; lo mínimo es un cuerpo animado. Por medio del cuerpo —y de otras propiedades—, la persona está "aquí", la consciencia es necesaria porque la comunicación se halla

²⁰⁰ JAKOBS, Günther. «Sobre La Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal», p. 21

estructuralmente acoplada a ella. Los árboles o los ríos no comunican, en todo caso, no lo hacen conforme a un entendimiento moderno; por ello, no son destinatarios (dicho con mayor exactitud: hoy ya no son destinatarios) de expectativas normativas.»²⁰¹ Es por esto que a juicio de JAKOBS solo puede ser persona jurídica-penal activa, quien dispone de la facultad de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho.

Así entonces, como sólo es persona en la teoría *jakobiana* quien puede ser destinatario de expectativas normativas, esto es, quien puede obrar vinculado a un deber o por una obligación, entonces se concluye que todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar excluido del concepto de persona. La consecuencia lógica de ello, es que en JAKOBS queden fuera de la calidad de persona todos los absolutamente incapaces, los niños y los individuos que se encuentren privados de razón. Pero la exclusión no termina allí, tampoco son personas en el concepto de JAKOBS los jóvenes desempleados «que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión», pues «a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona

²⁰¹ JAKOBS, Günther. «*Sobre La Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*», p. 21

tampoco se comportan como si lo fueran, sino que se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales».²⁰²

Resulta claro que los enemigos, en la forma que los hemos caracterizado precedentemente, esto es sujetos que, por su actitud, situación, habitualidad en la comisión de crímenes, incorporación a una organización, etc., se entiende que se han apartado del Derecho de forma permanente, no excepcional, y que no es su intención regresar al cauce trazado por éste, no son personas en la idea que JAKOBS tiene de éstas, toda vez que de ellos es imposible esperar que se conduzcan de acuerdo a las expectativas normativas que la sociedad tiene para con las personas. Sobre este particular el autor agrega: «Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado,

²⁰² JAKOBS, Günther. «*Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica*». En JAKOBS, Günther & MANUEL CANCIO MELIÁ, «*Conferencias sobre Temas Penales*». Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2000, p. 47

KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos». ²⁰³

El paso del ciudadano al individuo es un proceso que se produciría mediante la reincidencia, la habitualidad y la profesionalización en la carrera delictiva, hasta llegar a la integración en organizaciones criminales estructuradas, con lo cual se va demostrando progresivamente el aumento de peligrosidad del sujeto, lo que hace necesario actuar de manera preventiva sobre él, en la medida que la inacción significaría poner en peligro la sociedad, cuestión que el Estado tiene el deber de evitar y que el ciudadano le puede exigir a éste ²⁰⁴. De este modo, la reacción del ordenamiento jurídico frente a los enemigos ya no se entiende como la imposición de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro ²⁰⁵

En lo que respecta a las posibles manifestaciones prácticas del Derecho penal del enemigo, JAKOBS asegura que ellas son posible encontrarlas en los ámbitos más variados de la vida jurídica, razón por la cual cree, que en pos de garantizar los derechos de los ciudadanos comunes, cuyos delitos no significan un atentado serio en contra del orden institucional, se hace necesario un

²⁰³ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., pp. 47-48

²⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «*La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*», Madrid: Editorial Civitas, 2001, 2ª edición, pp. 164 y ss

²⁰⁵ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., p. 40

tratamiento diferenciado de ambos Derechos, con reglas y delimitaciones claras, aún cuando también reconoce que ambos Derechos, en su carácter «puro» sólo es posible encontrarlos en el ámbito teórico, pues en la práctica habitualmente sus fronteras tienden a diluirse y confundirse.

Afirma JAKOBS: «el legislador (...) está pasando a una legislación — denominada abiertamente de este modo— de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de “delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas”, así como, en general, respecto de los “crímenes”, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.»²⁰⁶

²⁰⁶ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., pp. 38-40

Ahora bien, como ya adelantamos, según JAKOBS el Derecho penal del enemigo no es una construcción teórica que sólo tenga existencia en el ámbito especulativo, sino que él es una realidad que progresivamente va ganando terreno en el contexto jurídico-fáctico, y que, debido a su carácter especial, requiere de un tratamiento no dentro del Derecho penal común, sino como una disciplina jurídica independiente, en tanto no reconoce los principios básicos de garantías sancionados para el Derecho penal del ciudadano. Así, «quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal” (...) quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.— debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada.»²⁰⁷

Las consecuencias prácticas de este planteamiento son sin duda muy variadas. En principio, habría que partir por diferenciar claramente las reglas utilizadas para sancionar a los ciudadanos y aquellas destinadas a tratar con los enemigos. Como explica JAKOBS: «el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han

²⁰⁷ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., p. 42.

cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico»²⁰⁸. En este segundo caso, lo adecuado es aplicar el Derecho penal de enemigos, que en su justificación no es necesario que cumpla con ninguna de las exigencias prescritas para el derecho penal ordinario de ciudadanos, razón por la que se renuncia a todas las garantías materiales y procesales. Los principios que rijan el Derecho penal de enemigo, por tanto habrán de ser de otra naturaleza, y ellos estarán determinados por los objetivos que se pretende cumplir en la lucha contra esta clase de individuos, y en la prevención del peligro que representan para la sociedad. Con los enemigos lo único que vale es la guerra desatada, hasta alcanzar su vencimiento, eliminación o inocuización²⁰⁹.

Para lograr lo anterior, es lícito entonces adelantar las barreras de protección penal hasta niveles inaceptables para el Derecho penal de ciudadanos, permitiendo entonces la criminalización de los meros actos preparatorios de un delito, antes de que exista el daño efectivo a un bien jurídico, «se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, o

²⁰⁸ JAKOBS, Günther & Manuel CANCIO MELIÁ. «*Derecho Penal del Enemigo*», cit., p. 47

²⁰⁹ GRACIA MARTÍN, LUIS. «*Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado "Derecho Penal Del Enemigo"*», p. 9

de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia».²¹⁰

Otro ámbito en el cual se manifiesta el Derecho penal del enemigo, dice relación con la trasgresión que a través de él puede hacerse al principio de proporcionalidad, el cual tiene plena vigencia en lo que JAKOBS llama Derecho penal de ciudadanos. Dicha trasgresión se produce a través de dos vías: por una parte, el Derecho penal del enemigo permitiría que la punición de los actos preparatorios no fuere acompañada de ninguna reducción de la pena en comparación a aquella que se establezca para los actos consumados o intentados. Por otra, la sola pertenencia del autor a una organización es tomada como medida para establecer considerables agravaciones de la penalidad, que en principio pueden ser desproporcionadas en relación con la efectiva participación del individuo y el daño que pueda producir con sus actos. En este caso, además, se nota un importante avance del Derecho penal de autor, en desmedro del Derecho penal por el hecho, que es el propio de un Estado democrático de Derecho.

Asimismo, el Derecho penal del enemigo también se traduce en una considerable merma en los derechos y garantías procesales de los imputados. Como señala GRACIA MARTÍN: «se pone en cuestión hasta la presunción de

²¹⁰ GRACIA MARTÍN, LUIS. «*Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado "Derecho Penal Del Enemigo"*».», pp. 9-10

inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde del — o se reinterpreta restrictivamente el— principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines investigadores”, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura.»²¹¹

4.2.6. Algunas manifestaciones prácticas del Derecho penal del enemigo

4.2.6.1. La represión del terrorismo

Las teorías expuestas por JAKOBS, y que más arriba hemos reseñado, no pasarían de ser una mera «anécdota» en el mundo amplio y heterogéneo de las *elucubraciones* jurídico-penales, de no ser porque ellas cada día tienen más una implementación práctica en la realidad social, aunque sin necesariamente

²¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis. «*Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado "Derecho Penal Del Enemigo"*».», p. 11. En este mismo sentido vid. RIQUERT, Fabián & PALACIOS, Leonardo, «*El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes*», en «*La Ley, Revista Universitaria*», Nº 3, Junio de 2003, pp. 1-8; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «*Fundamentos Teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del Enemigo*», en Revista «*Jueces para la Democracia*», Nº 49, Madrid: España, 2004, pp. 43-50; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «*El "Derecho Penal del enemigo" (Darf nicht sein!): sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad*», en «*Revista General de Derecho Penal*», Nº 4, 2005, pp. 1-35.

referirse o citar al jurista alemán. En el mundo, y particularmente luego de los atentados contra las Torres Gemelas en Nueva York, en septiembre de 2001, se ha ido instalando en el ámbito penal —aunque no sólo en este— una verdadera lógica de guerra, particularmente en contra del terrorismo y de cualquier cosa que huelga a él.²¹²

Según expresa CAMPO MORENO, la cultura jurídica contemporánea carece de un concepto unívoco para caracterizar el fenómeno terrorista²¹³, es por ello que se afirma que en doctrina existen tantas definiciones de terrorismo como autores se han preocupado del tema.²¹⁴ Las razones de esta dispersión conceptual, se debe fundamentalmente a la fuerte carga ideológica y política que el fenómeno siempre acarrea sobre sí, lo que impide un tratamiento absolutamente desinteresado que responda a criterios exclusivamente objetivos. Como reza una máxima «lo que para unos es terrorismo, para otros

²¹² Para un estudio más acabado sobre la relación entre terrorismo y Derecho penal del enemigo, vid.: MUÑOZ Conde, Francisco, «*El Nuevo Derecho Penal Autoritario*», en LOSANO, Mario G. & MUÑOZ CONDE, Francisco, «*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 161-183; CANCIO MELIÁ, Manuel, «*"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*», en Revista «*Jueces para la Democracia*», Nº 44, España, 2002, pp. 19-26; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «*"La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado del 11 de septiembre de 2001*», en Revista «*Mientras Tanto*», Nº 83, Barcelona: España, 2002, pp. 77-91.

²¹³ CAMPO MORENO, Juan Carlos, «*Represión Penal del Terrorismo. Una Visión Jurisprudencial*», pág. 21. Editorial General de Derecho, S.L., Valencia, España, 1997.

²¹⁴ RAMÓN CORCHET, Consuelo, «*Terrorismo y Respuesta de Fuerza en el Marco del Derecho Internacional*», pág. 53. editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1993.

es heroísmo»²¹⁵, y esta afirmación no sólo es válida para la actitud que los tratadistas adoptan frente al tema, sino también para la opinión que un acto u organización terrorista genera en la sociedad, y para la forma en que los Estados deciden hacer frente a éste.

Entre la multitud de definiciones, un rasgo característico de ellas es que habitualmente se centran únicamente en las manifestaciones insurgentes del terrorismo. Es decir, lo que se define como terrorista son sólo las actividades violentas, destinadas a causar terror en la población, provocadas por grupos que pretenden desestabilizar el sistema y/o obtener que el Estado tome determinadas medidas que se le exigen. Este es por ejemplo el camino seguido por DIEZ DE VELASCO, quien define al terrorismo como «Cualquier acto o amenaza de violencia cometida por un individuo o grupo contra personas, organizaciones, lugares, sistemas de transporte y comunicación internacionalmente protegidos, con la intención de causar daños o muerte y el objeto de forzar a un Estado a tomar determinadas medidas u otorgar determinadas concesiones».²¹⁶ Consideramos a esta óptica insuficiente, toda vez que como bien sabemos los latinoamericanos por nuestra historia reciente, los actos terroristas pueden provenir no sólo de personas o grupos externos al

²¹⁵ BASSIOUNI, Cherif, «*International Terrorism*», en «*International Criminal Law*», Vol. I, 2ª edición, Transnational Publishers, Inc., Estados Unidos, 1999, p. 776.

²¹⁶ DIEZ DE VELASCO, Manuel, «*Instituciones de Derecho Internacional Público*», Editorial Técnos, Decimotercera Edición, Madrid, España, 2001, pág. 747.

Estado y que entran en un proceso de confrontación con él, sino que también puede ser el Estado mismo quien incurra en comportamientos de este tipo, a objeto no de provocar un cambio en la sociedad, sino de mantener un sistema de dominación determinado. Es por ello que encontramos más adecuada la definición dada en nuestro medio por la profesora Myrna VILLEGAS, quien conceptualiza el terrorismo como la «utilización de la violencia como un instrumento para intervenir en la conciencia política de la población, mediante la creación de una inseguridad colectiva».²¹⁷ Esta definición más amplia creemos que resulta útil en tanto en ella caben no sólo el terrorismo insurgente, sino también el terrorismo de Estado.

Ahora bien, tal y como expone BUSTOS, la actitud que habitualmente se toma frente al tratamiento jurídico del terrorismo, no es tanto la de perseguir hechos sino personas: *los terroristas*, con lo cual se incurre peligrosamente en una violación al principio tradicionalmente aceptado de que el derecho sólo debe sancionar hechos y no autores. Esto queda demostrado en cuanto una exigencia normal para sancionar un delito como terrorista no es tanto el acto en sí, que en otras circunstancias podría configurarse solo como un delito común (como ocurre en nuestra legislación) sino que además éste debe tener una motivación terrorista. En ese sentido, dado que lo que se objetiviza como

²¹⁷ VILLEGAS, Myrna, «*Terrorismo: Un Problema de Estado*», cit., Capítulo VI, Apartado 3. 2.1

causante del mal, a través de un juicio subjetivo, es un tipo determinado de persona —el *individuo terrorista*—, entonces en el imaginario social se incurre inmediatamente en la división arbitraria entre *terroristas* y *ciudadanos no terroristas*, es decir, entre amigos y enemigos, tal y como se desprende de los planteamientos de JAKOBS.²¹⁸

Como decíamos anteriormente, en tanto enemigo del Estado, se entiende que el terrorista no puede pretender que éste le garantice los mismos derechos que a los ciudadanos que si respetan el poder estatal. El terrorista al negar el Estado lo que busca en definitiva es la anarquía, atacando así uno de los pilares fundamentales de la vida en sociedad; y al atacar la sociedad el Estado debe actuar en su defensa, porque defender al Estado se identifica con defender la sociedad, tal y como se expresa en las conocidas teorías de la seguridad nacional. De ahí que el Estado pueda hacer uso entonces de todos los mecanismos que tenga a mano, incluso aquellos que serían inaceptables si se ejercieran respecto de un ciudadano común.

Desde esta perspectiva, el terrorista es visto como un *no-ciudadano*, y por tanto como una *no-persona*, y en cuanto tal no puede exigir derechos. Si el Estado se los da es sólo como una dádiva, una muestra más de su

²¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*In-seguridad y lucha contra el terrorismo*», en LOSANO, Mario G. & MUÑOZ CONDE, Francisco, «*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 407.

misericordia. Así por ejemplo se desprende de un memorando firmado en el 2002, por el presidente de Estados Unidos George W. BUSH, en el que se afirma como una «decisión política» que todas las personas acusadas de terrorismo reclusos en la cárcel de Guantánamo —una prisión especial creada para estos efectos luego de los atentados del 11/S— deberían recibir un «trato humano», incluidas aquellas que legalmente «no tienen derecho a recibir ese trato»²¹⁹. Es decir, de acuerdo al gobierno estadounidense, el derecho a un trato humano no es algo que venga dado por el simple hecho de ser *persona*, un individuo de la especie humana, sino que es una atribución jurídica que el Estado puede dar y quitar según su parecer —lo cual a su vez está muy relacionado con las ideas de JAKOBS, para quien el carácter de persona también viene dado como una atribución normativa, no tiene un fundamento ontológico—.

La defensa de la sociedad contra el terrorismo, se identifica en las sociedades occidentales contemporáneas como una guerra. Y como en toda guerra se hace necesario recurrir a medidas de excepción que permitan neutralizar y eliminar al enemigo. Ejemplos paradigmáticos de esto lo podemos encontrar principalmente en Estados Unidos, en donde luego del 11/S se han

²¹⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, «*Guantánamo: Tortura y malos tratos*», AMR 51/189/2006, diciembre de 2006, disponible en el sitio web de la organización: <http://www.amnesty.org>.

adoptado un sinnúmero de decisiones —teóricamente excepcionales y temporales— tendientes a hacer frente a la amenaza terrorista.

Uno de los casos es el de la ya mencionada cárcel de Guantánamo. Según ha sido denunciado por numerosos organismos internacionales, es éste un centro de detención al margen de cualquier legalidad y totalmente contrario a las obligaciones internacionales asumidas por Estados Unidos. En ella no se respeta ninguno de los principios garantizados por el ordenamiento jurídico común: los detenidos pueden estar sujetos a un tiempo de prisión indefinida, sin necesidad de formulación de cargos, ni el derecho a recurrir ante un juez para que revise su situación. Además, quienes ahí se encuentran prisioneros —un número indeterminado de personas, puesto que todo lo que ahí sucede se mantiene en secreto, incluso la identidad de los detenidos— son juzgados por comisiones militares especiales, en que se restringe activamente el derecho a la defensa, la presunción de inocencia e incluso la posibilidad de interrogar a otros testigos. A mayor abundamiento, en el 2005 se aprobó una ley especial (la Ley sobre el trato a los detenidos) en la que se dispuso expresamente la prohibición del derecho para los reclusos en Guantánamo a presentar ante los tribunales federales estadounidenses recursos de *hábeas corpus* contra su detención o el trato recibido.

Pero la situación de Guantánamo no sólo se restringe a limitar los derechos procesales de los detenidos. El gobierno norteamericano ha

pretendido «reinterpretar» el concepto de tortura, y los tratos crueles e inhumanos y degradantes, a fin de poder aplicar apremios ilegítimos sobre los detenidos sin exponerse a una sanción internacional. Para ello, en un memorando de 1º de agosto de 2002, un fiscal general adjunto del Departamento de Justicia le indicó al presidente BUSH que no debía sentirse amarrado por la prohibición de tortura, ya que los interrogadores podían llegar a causar el suficiente dolor sobre los detenidos sin necesariamente traspasar el umbral de lo que se entiende por tortura. Así a las formas de interrogatorio se las comenzó a denominar eufemísticamente como «técnicas de estrés y padecimiento» entre las que se contemplan medidas como: obligar al detenido a permanecer de pie o agachado, privarlo del sueño, encapucharlo y someterlo a ruidos y a asilamiento prolongado. Además a estos también se los somete a tratos vejatorios, que incluyen la desnudez forzosa, el afeitado forzoso, la humillación sexual, la retirada de artículos religiosos, etc.²²⁰

Como podemos observar, las acciones desarrolladas por el gobierno norteamericano en Guantánamo transgreden hasta la más mínima noción de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho democrático, aquí se violan no sólo los principios penales y procesales básicos, sino incluso los Derechos Humanos más fundamentales. Pero aún en este caso, alguna persona podría decir —como se hacía durante las dictaduras latinoamericanas—, que esto sólo

²²⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL, «*Guantánamo: Tortura y malos tratos*», cit.

va enfocado a *luchar* contra los terroristas, que estos con su solo comportamiento se hacen *acreedores* de la acción estatal, que se lo *merecen*, y que un ciudadano común, respetuoso de la ley, no debe preocuparse, porque las nuevas medidas adoptadas luego del 11/S no lo afectan. Lo que a todas luces es un error.

En octubre de 2001 la administración BUSH consiguió en tiempo record la aprobación de una ley denominada «*USA Patriot Act*». En virtud de ella se le da derecho a agencias como el FBI y la CIA para escuchar conversaciones telefónicas, observar correos electrónicos, investigar archivos médicos, financieros y estudiantiles, y entrar en hogares y oficinas sin notificar a los dueños. Incluso con posterioridad se ha facultado al FBI para que pueda escuchar la conversación entre los abogados y los detenidos, con lo que se vulnera gravemente el derecho a defensa. Además esta ley contiene numerosas disposiciones destinadas a detectar las vías de financiamiento de los grupos terroristas, para lo cual se faculta a las agencias gubernamentales para que puedan violar el llamado secreto bancario, e investigar, aún sin conocimiento de los afectados, las cuentas bancarias y cualquier movimiento de dinero que se realice. Y todo ello, sin considerar las numerosas restricciones a las libertades civiles que se denuncian a diario en Estados Unidos, las dificultades impuestas a los extranjeros que deseen entrar al país, las restricciones y tratos vejatorios que se aplican a quienes desean viajar en avión,

etc. Todas estas medidas no sólo se destinan al trato de los individuos *terroristas* sino que ellas pueden ser aplicadas respecto de cualquier persona, sobre la que se presume, aunque sea someramente, que puede tener algún tipo de vinculación con ellos, independientemente si esas sospechas tienen o no un fundamento plausible.²²¹

Cuando una sociedad acepta que se vulneren los derechos básicos de las minorías —como podrían ser en este caso los *terroristas*—, debe saber que en el fondo también está hipotecando para el futuro sus propios derechos. Cuando el Estado logra transgredir ciertas barreras luego cuesta demasiado devolverlo a su cauce democrático natural. Como expresa BUSTOS, la lucha contra el terrorismo es también la lucha contra el Derecho penal, contra las barreras que éste impone al poder omnímodo del Estado. Es la vuelta al Antiguo Régimen, al período pre-Estado Moderno, es decir, la vuelta a la inseguridad que surge de la falta de límites a la arbitrariedad estatal. Sólo en la medida de que exista un Estado contenido los ciudadanos se pueden sentir realmente seguros para desarrollar su vida en libertad. Si al Estado se le da la posibilidad de actuar fuera de esos cauces, entonces sobreviene una

²²¹ Para un estudio sobre la relación entre la *US Patriot Act*, el Derecho penal del enemigo y la legislación antiterrorista posterior a los atentados del 11 de septiembre de 2003 en Nueva York, vid. VILLEGAS, Myrna & LAVIN, Michel, «*Terrorismo e Intervención Penal en la Red. Uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Represión Penal del Terrorismo*», Universidad ARCIS, Departamento de Investigación, junio de 2005, pp. . Disponible edición electrónica en: <http://derecho.universidadarcis.cl>. Secc. Apuntes docentes.

inseguridad peor aún que la que pueda provenir de cualquier terrorismo. Eso lo sabemos bien los latinoamericanos que sufrimos el terrorismo de Estado. Como decíamos anteriormente, la lucha por el Derecho penal es la lucha por la libertad, y las libertades ha costado demasiado ganarlas como para hipotecarlas por actos imprudentes, por la mera abulia y apatía para defender también el Derecho de los otros, que en definitiva es a su vez la defensa de nuestros propios derechos.²²²

En lo que respecta a nuestro país, si bien no se ha llegado a los niveles de vulneración de derechos existente en Estados Unidos, igualmente el terrorismo es objeto de un tratamiento especial en el que se pueden detectar varias transgresiones a las garantías penales y procesales básicas²²³. Así por ejemplo, tratándose de delitos terroristas, la ley 18.314 contempla institutos como los testigos secretos, los agentes encubiertos, normas especiales sobre plazo de detención, secreto de la investigación y otros que hacen excepción a los principios garantistas contemplados en el Código Procesal Penal.

En el caso de los *testigos secretos*, lo que hace la ley es vulnerar el principio de estricta *jurisdiccionalidad*, pilar de lo que se conoce como debido

²²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*In-seguridad y lucha contra el terrorismo*», cit., p. 410

²²³ Para un estudio sobre Derecho Penal del Enemigo y terrorismo en la legislación chilena, especialmente referido al denominado *Conflicto Mapuche*, vid. VILLEGAS, Myrna, «El Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización del Pueblo Mapuche», en «*Foro Norte para el Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos originarios*», Universidad Católica del Norte, Working Paper, enero de 2007, edición electrónica disponible en <http://www.foronor.ucn.cl>

proceso, en virtud del cual se exige que para que un juicio sea válido las hipótesis acusatorias sean sometidas a contradicción, de manera que sólo resulten convalidadas si las apoyan pruebas y contrapruebas. Pero en el caso de la ley 18.314, lo que ha hecho el legislador es relativizar este principio, toda vez que el imputado, si bien tiene el Derecho a conainterrogar al testigo, al no poder conocer la identidad de la persona que lo acusa, se ve imposibilitado de preparar una buena defensa frente a las imputaciones que se le hacen.

Respecto del instituto de los *agentes encubiertos*, ellos constituyen un mecanismo típico de la legislación de emergencia, a través del cual, a objeto de obtener una mayor «eficacia» en la lucha contra el crimen organizado se vulneran variados principios garantistas de Derecho penal. Así por ejemplo, como destaca DELGADO MARTÍN, el agente encubierto atenta en contra del Derecho fundamental a la intimidad²²⁴, que en nuestra Constitución se encuentra garantizado en el artículo 19 n° 4. Esto, porque la finalidad del agente encubierto, como técnica de investigación, es la de lograr infiltrarse hasta lo más recóndito de una organización y para ello es necesario que primeramente se haga con la confianza de los presuntos implicados en la comisión de hechos de carácter delictivo, para que estos le permitan el conocimiento de sus actividades, e incluso la participación en ellas. De este modo, el agente

²²⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín, «*El Proceso Penal ante la Criminalidad Organizada. El Agente Encubierto*», en Varios Autores, «Problemas Actuales de la Justicia Penal», J.M Bosch Editor, Barcelona, España, 2001, p. 101

encubierto, ocultando su calidad de funcionario policial, observa y oye lo que ocurre en conversaciones y conductas que tienen lugar en su presencia, o en domicilios de personas físicas y jurídicas a las que tiene acceso, pudiendo llegar a enterarse de hechos propios de la vida privada que no tienen relación alguna con la investigación que se lleva adelante, involucrando, además, a personas que no necesariamente tienen una participación en las actividades delictivas o que no son responsables por hecho delictivo alguno. Además, la confianza con que el agente encubierto se logra hacer es necesariamente obtenida a través de engaños, toda vez que posiblemente las personas involucradas por su medio en la investigación tal vez nunca hubiesen dicho o hecho determinadas cosas de saber que estaban en presencia de un funcionario policial.²²⁵ Así, a través del agente encubierto el Estado realiza una injerencia permanente en la vida privada de un ciudadano, lo cual sin duda vulnera el principio de intervención mínima, además del Derecho a la intimidad.

Finalmente en cuanto al *secreto de la investigación*, el artículo 182 del Código faculta al fiscal, en los casos en que existe riesgo para la seguridad de testigos o peritos, para disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes. El plazo que contempla dicha disposición es de, a lo más, 40 días. Sin

²²⁵ DELGADO MARTÍN, Joaquín, «*El Proceso Penal ante la Criminalidad Organizada*», cit., p. 104

embargo, la ley antiterrorista, saliéndose una vez mas de las reglas generales, y haciendo caso omiso de principios como el de publicidad y el derecho a un proceso sin dilaciones, faculta para que dicho secreto se mantenga por hasta 6 meses, es decir, casi 5 meses más que en un proceso común.

Además la ley también impide que en este caso quien se sienta perjudicado por el secreto pueda hacer uso del derecho concedido por el artículo 186 del Código, que le garantiza a cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, el poder pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella, y todo esto sin que estemos aún formalmente en presencia de un imputado.

Pero no sólo en el caso de los delitos terroristas nuestra legislación contempla normas especiales que hacen excepción a los principios generales, sino que también lo hace en varias otras materias, entre las cuales existe como denominador común que se trata de situaciones de alto impacto mediático, que son vistas con preocupación por la población, o que simplemente fueron noticia en su momento y por ello se apuró el trámite legislativo, como por ejemplo ocurre con la ley 20.000 sobre tráfico de estupefaciente (que contempla normas muy similares a las que vimos existen en la ley antiterrorista), la ley de violencia en los estadios y la ley que sanciona la pornografía infantil. Esto por mencionar sólo algunos ejemplos.

4.2.6.2. La ejecución de las penas

La irracionalidad del sistema no sólo se instala al nivel legislativo y en la lucha contra el terrorismo. Quizá donde el sistema penal evidencia más su pérdida de sentido es en el ámbito de la ejecución de las penas.

Según señalan estudios realizados los últimos años por la FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (UDP), en nuestras cárceles los delincuentes no sólo son conminados a pagar la pena que la ley establece como castigo a su acto desviado, sino que además están sujetos a condiciones de vida deplorables, en la que habitualmente se violan sus Derechos Humanos básicos, sin que al parecer a nadie le importe demasiado.

Por ejemplo, uno de los primeros problemas detectados por el informe del año 2005 de la UDP, y reiterado en el del 2006, es la preocupante situación de hacinamiento en que viven los presos en la mayoría de las cárceles. Según cifras entregadas por Gendarmería, a diciembre de 2006 en Chile existirían 78.518 personas sujetas a algún régimen carcelario, de las cuales 41.296 corresponde a personas sujetas al sistema cerrado y 37.222 al sistema abierto, lo que equivale aproximadamente a 254 personas detenidas por cada 100.000 habitantes, que ubica a nuestro país entre los de más alto índice promedio de personas detenidas, sólo detrás de Surinam en Sudamérica. Es decir, en Chile el índice de presos es aún mayor que en otros Estados en donde se entiende que la delincuencia es incluso un problema más grave que en nuestro territorio,

como Brasil, que sólo tiene 193 detenidos por cada 100.000 habitantes. Esto es aún más preocupante si se considera que sólo en los últimos 10 años hemos casi duplicado nuestra población carcelaria, elevándola de 22.023 en 1995 a los 41.296 que existen en la actualidad. Ante esto, no es extraño entonces que según el CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE AMÉRICA (CEJA), al año 2004 existiera una sobrepoblación de hasta un 54% en nuestros centros penitenciarios.²²⁶

Comparación entre capacidad penal instaladas y el numero de plazas ocupadas al año 2004 en América Latina			
País	Capacidad Penal	Numero de plazas ocupadas	Sobrepoblación %
Argentina	8.375	9.231	10
Belice	900	2.209	145
Bolivia	2.895	6.547	126
Brasil	180.953	331.457	83
Canadá	n.d.	32.512	n.a.
Chile	23.533	36.331	54
Colombia	49.722	68.020	37
Costa Rica	7.100	7.505	6
Ecuador	6.831	9.866	44
El Salvador	7.582	12.221	61
Estados Unidos	1.817.628	2.100.000	16
Guatemala	6.824	8.307	22
México	147.809	182.531	23
Nicaragua	5.446	5.610	3
Panamá	7.378	11.263	53

²²⁶ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE AMÉRICA (CEJA), información disponible en el sitio web de la institución: <http://www.cejamericas.org>

Paraguay	2.707	4.088	51
Perú	19.025	29.581	55
Puerto Rico	17.366	15.335	-12
Rep. Dominicana	9.152	13.585	48
Uruguay	3.400	6.883	102
Venezuela	15.550	21.342	37

Fuente: CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE AMÉRICA (CEJA), información disponible en el sitio web de la institución: <http://www.cejamericas.org>

Ahora bien según los informes de la UDP, este hacinamiento se traduce en que, al ser las celdas espacios reducidos, y su número insuficiente, es habitual encontrar internos que se ven obligados a pernoctar en el patio e incluso en los baños, ante la falta de otra ubicación más adecuada, situación que se mantiene todo el año, independiente de las condiciones climáticas existentes. Respecto de aquellos que duermen dentro de las celdas, si bien tienen un techo, no por ello se les puede considerar especialmente *afortunados*, dado que son muchos reclusos en una misma habitación, compartiendo la cama de a dos o mas. Esto es especialmente grave si consideramos que en las celdas es donde transcurre la mayor parte del día de los reclusos, a excepción de 5 o 6 horas diarias que pasan en los patios, para los llamados «desencierros»²²⁷.

²²⁷ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, «Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. 2005» (En adelante: Informe UDP 2005), p. 23.

Unido al número de personas que comparten la misma celda está la falta de implementos básicos de higiene y comodidad en ellas. A modo de ejemplo, en el Informe de la UDP se señala que no todos los reclusos tienen un colchón donde dormir ni frazadas suficientes para abrigarse. Esta situación no se condice con lo establecido en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que en su artículo 46 dispone «todo interno tiene derecho a que la Administración Penitenciaria la otorgue al menos el catre, colchón y frazada».²²⁸ En la práctica, la mayoría de estos implementos los internos los obtienen de las visitas de familiares o amigos. Lo mismo se aplica a los implementos de aseo, que obtienen de las visitas que reciben, o bien deben comprarlos en los llamados economatos²²⁹ de los recintos.

En cuanto a la higiene, además de presentarse condiciones deficientes de higiene en las celdas, existe un reducido número de instalaciones sanitarias, las que se encuentran habitualmente en mal estado, atendido su intenso uso y deficiente mantención²³⁰. Es así que tanto la limpieza de las celdas como de las

²²⁸ REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS. DECRETO N° 518 DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, 1998.

²²⁹ «Negocio en el que los reclusos pueden adquirir alimentos u otros bienes o especies para su consumo o uso personal, como cigarros, detergente, parafina, útiles de aseo y otros.» Informe UDP 2005, p. 120

²³⁰ A modo de ejemplo, en el informe elaborado por la CONFAPRECO, el año 2004, respecto de las condiciones del C.D.P Santiago Sur, se señala “Las condiciones sanitarias del sector antiguo, son deplorables, de esta forma, como ya fue señalado para atender una población de 4.392 personas, existen 67 tazas turcas, 67 duchas, y 63 lavamanos, es decir, 1 taza turca para cada 64 internos, 1 ducha cada 64 internos y un lavamanos cada 69 internos.

instalaciones sanitarias, es realizada por los internos, quienes deben asumir los costos de los productos de aseo para mantenerlas en condiciones higiénicas aceptables. A pesar de esto, es inevitable que no se produzcan enfermedades, infecciones y plagas²³¹. La mayoría de los internos entrevistados señalaron la existencia de plagas de vinchuca, chinches, baratas y guarenes.

Otro aspecto en que se manifiesta la vulneración de derechos existente dentro de las cárceles y que establecen ambos informes, son los apremios ilegítimos de que son objeto los reclusos, como una practica habitual por parte de Gendarmería. Estos se verifican dentro y fuera del régimen de castigos.

Dentro del régimen de castigos, las sanciones impuestas por faltas²³² cometidas dentro del penal van acompañadas en la practica de golpes, tanto de puño, con las botas o bien objetos contundentes, inflingidos por los funcionarios de gendarmería al aplicarse estas²³³

Cabe señalar que producto del uso intensivo, y la falta de mantención, alrededor de un 30% a un 50% de la infraestructura satinaría., se encuentra en malas condiciones.”

²³¹ «Una de las principales consecuencias derivadas de las condiciones higiénicas deficitarias de los baños y celdas consiste en la existencia de enfermedades, infecciones y plagas, las que son percibidas como normales por la población recluida, casi como parte del entorno natural del recinto.» Informe UDP 2005, p. 33

²³² Faltas graves, menos graves y leves contenidas en los artículos 78, 79 y 80 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

²³³ Informe UDP 2005, pp.52 y 53.

La aplicación de las sanciones disciplinarias queda a completa discrecionalidad del jefe del penal²³⁴. Ahora, si bien el Reglamento contempla distintas sanciones aplicables²³⁵, la regla general es que los internos sean castigados enviándolos por un determinado tiempo a las denominadas «celdas de castigos» o «celdas de aislamiento»²³⁶, las que se caracterizan por encontrarse en condiciones inhumanas y deplorables.

En cuanto al procedimiento seguido para la aplicación de sanciones, la determinación de estas se realiza teniendo a la vista el parte de rigor y la declaración del infractor, testigos y afectado, si lo hubiere, así como también, si existe, la recomendación del Consejo Técnico, escuchándose personalmente al infractor solo en el caso de las faltas graves.²³⁷ Si se toma en cuenta que las sanciones disciplinarias tienen el carácter de sanciones penales²³⁸, las primeras deberían someterse al mismo estatuto jurídico que las últimas, debiendo respetar tanto las garantías sustantivas como adjetivas aplicables en materia penal, lo que en este caso no ocurre. Así se infringen las reglas de la tipicidad y

²³⁴ Señala el informe del año 2005 "El problema, entonces, se configura toda vez que no existe una vía idónea de control de la discrecionalidad del jefe del penal en la aplicación – elección– de las sanciones, como consecuencia de la verificación de faltas disciplinarias". Informe 2005, p. 43.

²³⁵ Informe UDP 2005, p. 42

²³⁶ "Se trata de celdas de mínimas dimensiones, con precarias condiciones de higiene, sin luz, que en la mayoría de los casos albergan a numerosos internos. Las condiciones en que se encuentran los reclusos en las celdas de aislamiento son, a todas luces, inhumanas y degradantes." Informe UDP 2005, p. 49.

²³⁷ Artículo 82 del Reglamento.

²³⁸ Informe UDP 2006, pp. 105 y ss.

del debido proceso adjetivo, manifestado en la legalidad e imparcialidad del tribunal, legalidad del procedimiento, oportunidad de defensa y derecho al recurso.

Fuera del régimen de castigo, los apremios ilegítimos se producen como muestra de superioridad de los gendarmes para con los reclusos y así poder intimidarlos. También se puede mencionar que se producen hechos de violencia contra los internos con motivo de los allanamientos, que por regla general, son efectuados de manera pacífica²³⁹. Obviamente es inevitable que en situaciones como los motines, estas prácticas abusivas lleguen a manifestarse, a fin de reprimirlos. Sin embargo sucede en muchos casos que pagan «justos por pecadores» al ser reprimidos internos que no tuvieron participación en el motín.²⁴⁰

Con todo lo dicho, no es de extrañar la falta de un sistema idóneo para que los internos pongan en conocimiento de las autoridades penitenciarias los abusos y excesos que puedan cometer los gendarmes en ejercicio de sus

²³⁹ "Si bien la regla general es que los allanamientos de las dependencias se realicen de manera tranquila y sin violencia física, hemos constatado que en algunos casos específicos, como cuando Gendarmería tiene la sospecha de existencia de túneles en las celdas, se verificarían apremios ilegítimos en contra de los reclusos." Informe 2005, p. 84.

²⁴⁰ "En el caso de los motines, el uso de la violencia para reprimirlos es mucho más usual y intensa que en los casos de allanamientos. La actividad posterior a los motines constituye una de los escenarios donde se verifica una mayor afectación a la integridad física y síquica de los internos ya que son objeto de verdaderas golpizas por parte de un gran número de gendarmes. De acuerdo a los internos entrevistados, en la represión de los motines es común que los golpeen con palos y les disparen balines de goma, entre otras técnicas para reducirlos. Después de cada motín existe la mayoría de las veces un alto grupo de personas heridas y a veces muertas." Informe 2005, p. 86.

funciones. Estos abusos, en general, no son denunciados por los internos, principalmente por miedo a represalias posteriores, poca efectividad de las denuncias efectuadas, y dificultad de acreditar las secuelas derivadas de los malos tratos y tortura, en razón de las técnicas utilizadas por gendarmería, las cuales no dejan rastros evidentes de las golpizas propinadas.

En el informe del año 2006, uno de los aspectos positivos que se hacen notar en esta materia en relación al año 2005 es una sentencia dictada en contra del Alcalde del Centro Penitenciario de Lautaro, quien fue condenado en calidad de autor por el delito de apremios ilegítimos sancionado por el artículo 150 A inciso 1º del Código Penal, en juicio oral el 8 de Octubre del 2005.²⁴¹ Pero sin duda esto es un caso aislado. La generalidad sigue siendo que los presos sean tratados como parias dentro de nuestra sociedad, que sus derechos sean vulnerados hasta lo más básico y sin que nadie responda por ello.²⁴²

²⁴¹ Informe 2006, Pág. 29.

²⁴² Uno de los mecanismos utilizados por el gobierno para solucionar el problema de la sobrepoblación carcelaria es la construcción de cárceles concesionadas, siendo una de las últimas en inaugurarse el penal Santiago 1, que ha venido a descongestionar el CDP Santiago Sur (ex-penitenciaria). Este último, a la fecha de la inauguración de Santiago 1, albergaba una población de alrededor de 5.700 reclusos, superando en más de un 100% su capacidad real. Ahora bien, las cárceles concesionadas -cuya construcción, mantención y prestación de servicios básicos corresponde a los privados- presentan las siguientes características: segregación total de acuerdo al grado delictual de los internos; penales divididos en módulo que comparten servicios principales; celdas individuales con baño, ducha y lavamanos, o para tres personas dependiendo de la peligrosidad de los reos, talleres de capacitación laboral y zonas industriales, modernos equipos de seguridad y control, etc. No obstante, si bien estos recintos mejoran las condiciones de vida, estos se rigen por los estándares de las cárceles de alta

5. TOMA DE POSTURA: ¿SE ENCUENTRA EN CRISIS EL SISTEMA PENAL?

En el curso de este capítulo hemos tratado de exponer en términos muy generales el proceso mediante el cual se ha llegado a la actual situación del sistema penal. Describimos cómo durante gran parte del siglo xx, lo que primó en cuanto a idea justificante de la pena y del Derecho penal fue el ideal de la *rehabilitación*. Al ser considerado el delincuente un individuo desviado que precisaba tratamiento, la mayor parte de los esfuerzos del sistema iban orientados a éste, a objeto de devolver al sujeto desviado al curso normal de la vida en sociedad. No obstante, al promediar los años '70, esta ideología de la rehabilitación habría de entrar en crisis, por cuanto sería blanco de numerosas críticas, provenientes de los más diversos sectores, que evidenciaban que el sistema estaba muy lejos de cumplir las metas que se entendían como justificante de su accionar: no era capaz de rehabilitar y tampoco era capaz de contener el delito.

seguridad. Así podemos señalar que respecto de las visitas, los reclusos del penal Santiago 1, en el mes de Marzo del año 2007 hicieron una huelga de hambre a fin de protestar en contra de las forma en que se realizan estas, por cuanto se llevan a cabo en locutorios, sin que los reclusos tengan contacto con sus familiares. Medida que, según lo señalado por gendarmería, se toma para resguardar la seguridad dentro del penal y así evitar la entrega, por parte de las visitas, de elementos prohibidos dentro del recinto. Por otro lado, no es difícil de ver, que con el aumento que ha experimentado la población penal en los últimos años, estos recintos solo vienen a ser una solución temporal al problema del hacinamiento, si consideramos que, en los últimos años, ha aumentado la población penal un promedio de 10% por año. Finalmente no debemos olvidar la experiencia de otros países, como Estados Unidos, en los cuales estos sistemas concesionados traen aparejados problemas de corrupción en razón del subsidio que las empresas reciben del Estado por el número de reclusos que alberguen.

Luego del declive del ideal resocializador, habría de sobrevenir un período de verdadero vacío de idea justificadora, en tanto la atención se comenzó a centrar más que en responder a la pregunta de *¿por qué y cómo castigar?*, en *¿qué funciona?*. La rehabilitación había entrado en crisis fundamentalmente por su inoperancia en contener el aumento de la delincuencia, y ante ello era preciso determinar cuales eran entonces los mecanismos más adecuados para hacer frente a este *flagelo*.

En este contexto, y principalmente en el medio norteamericano, comenzaría a gestarse lo que llamamos una criminología de la intolerancia, la cual ve al individuo ya no como un sujeto a resocializar, sino como alguien a quien hay que neutralizar. En virtud de ello se comenzaron a implementar políticas de orientación claramente represivas y autoritarias, que miran al Derecho penal como un instrumento de pacificación de las masas, y que se centra principalmente en la criminalización de la pobreza. Asimismo, se instalaría con fuerza una verdadera ideología de la emergencia penal, en que la tendencia es a relativizar el respeto a los principios que tradicionalmente se consideran como integrantes del ámbito jurídico criminal, y en que el paradigma lo representa el Derecho penal del enemigo, de acuerdo al cual existiría cierta categoría de delincuentes frente a los cuales el Derecho debe ser sólo violencia, sin intentar satisfacer ningún otro fin ulterior.

Ahora bien, dado el panorama que hemos descrito, ¿qué sucede entonces con la idea de que el Derecho penal contemporáneo se encuentra en crisis? ¿Es sustentable esto como hipótesis?

Como ya antes adelantamos, la respuesta frente a esta pregunta depende fundamentalmente de la posición que se tome frente a lo que debe ser la política criminal en un Estado de Derecho. Claramente para aquellos que sostienen que el Derecho penal debe ser sólo violencia social organizada para reprimir a quienes incumplan las normas jurídicas de comportamiento, difícilmente podrían afirmar que el sistema penal actual está en crisis. Efectivamente lo que prima hoy en día es ante todo la idea de que el único mecanismo que puede funcionar contra la delincuencia es la represión, aumentar el ámbito de acción del Derecho penal, incrementar las penas, en definitiva, transformarnos en un Estado policial. Pero esto está muy lejos del modelo que hemos escogido como base para realizar el análisis acerca de la legitimidad del sistema penal actual.

Si contrastamos el sistema penal contemporáneo, con el modelo tomado del garantismo, pensamos que se hace evidente la crisis. Creemos que algo que caracteriza el sistema penal actual es la tendencia a considerar la pena como un valor en sí. Habitualmente ni siquiera se analiza si la pena es o no el mecanismo más adecuado —el mal menor— con el que hacer frente al delito. Pareciera que todos entienden que el encarcelamiento funciona, y que en los

casos en que no lo hace, es simplemente producto de que las penas no son lo suficientemente altas y que el número de presos es demasiado bajo, por eso se deben aumentar ambos. Entendido así, el sistema pierde entonces toda racionalidad, transformándose en nada más que violencia. En modo alguno se repara en que el Derecho penal, a más de que debe servir para contener el delito, también es una forma de cautelar los derechos de los individuos desviados frente a la arbitrariedad del *ius puniendi*. El Derecho penal actual sólo se mira como límite mínimo del accionar estatal, y no como su límite máximo. Esto se evidencia en la espiral ascendente en que va montado el punitivismo hoy en día. Ese doble fin preventivo de que habla FERRAJOLI, no se vislumbra por ningún lado. La pena es sólo sanción, neutralización del delincuente y amenaza al resto de que si llega a transgredir las normas se verá sometido a un trato claramente inhumano.

Así entonces, creemos que desde el punto de vista externo del modelo garantista, el sistema no se sustenta.

La situación es aún peor si se lo somete a la valoración interna del modelo garantista. La emergencia penal es un claro ejemplo de consagración permanente de las *antinomias*. Dado que la delincuencia se ve como una situación grave, a la que hay que hacer frente de cualquier forma, se suceden entonces los recursos a legislaciones especiales, en las que no siempre se da un real respeto por los principios de justificación consagrados positivamente.

Las normas que hemos considerado como de Derecho penal de enemigos son una clara muestra de ello. Situaciones como las que ocurren en Estados Unidos demuestran que el respeto a los derechos y las libertades incluso consagradas constitucionalmente es algo que ha perdido todo valor. Si la situación así lo requiere, el Estado no duda en hacer uso de medios ilegítimos, que violan los Derechos Humanos, para satisfacer lo que se considera son las necesidades que impone la seguridad. Poco importa si para ello es necesario recurrir a la tortura o a la intromisión flagrante en la intimidad de las personas.

Así entonces, pensamos que, de acuerdo al modelo garantista, nuestra primera hipótesis de trabajo se ve demostrada: el sistema penal efectivamente se encuentra en crisis. Esta es una crisis de legitimación, en tanto en cuanto no se satisfacen los criterios externos e internos requeridos para entender que un sistema es legítimo y adecuado a las necesidades de un Estado de Derecho Democrático. El actual es un Derecho penal en expansión, que se ha vuelto pura violencia sin intentar justificarse de acuerdo a fin alguno de justicia. No se interesa por los derechos de los inculcados, y aún más, no duda en violar hasta los más básicos de ellos en pos de garantizar la seguridad. Además tampoco es capaz de satisfacer las exigencias de la validez, puesto que no siempre se respetan ni siquiera los mismos principios que los Estados han considerado como fundamentales y que han sido positivizados en las constituciones.

Ahora bien, lo que nos queda por ver es: dado que creemos que el sistema penal está en crisis, ¿esta es efectivamente terminal? ¿El sistema penal ha perdido ya toda base de justificación, al punto que se haga necesario abolirlo del todo?

Esto es algo a lo que trataremos de dar respuesta en el próximo capítulo.

CAPÍTULO III EL ABOLICIONISMO COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL

1. PRELIMINARES

En el capítulo anterior hemos intentado describir a grandes rasgos la situación del sistema penal en general, y de los principales aspectos que hacen hablar de la existencia de una crisis de legitimación de éste. Hemos expuesto cómo a partir de la crisis del *Welfare State*, y particularmente del ideal resocializador se ha ido imponiendo en el mundo occidental una ideología de la intolerancia, que en el Derecho penal se manifiesta en la forma de una pérdida de racionalidad de este, una política criminal cada vez más inflacionaria y represiva, que provoca constantes antinomias entre las normas y los principios que, al menos en *teoría*, el Derecho penal está llamado a satisfacer.

La actitud frente a la crisis, o incluso la conciencia respecto de su existencia, habrá de depender en gran medida de la opinión que se tenga ante el sistema jurídico penal, su función dentro de un régimen democrático, y la valoración que se haga de las libertades civiles, es decir, habrá de responder a la posición ideológica del observador. Toda valoración que se haga respecto del sistema penal implica por tanto, primeramente un análisis político, en virtud del

cual se habrán de fijar las bases de su ámbito de acción y sus limitaciones. De este modo se determinarán los objetivos sociales que se pretende satisfacer a través del Derecho penal, para en base a ello y posteriormente, elaborar las directrices de las medidas por medio de las cuales resulta más adecuado materializar dichos objetivos.

Ahora bien, desde que existe el Derecho penal moderno, se da habitualmente por sentada su existencia y necesidad. Se afirma que éste resulta útil para satisfacer ciertos fines, independientemente de la valoración objetiva que se haga de estos. Para algunos será una forma de control social necesario para garantizar la paz de la vida en sociedad; para otros será un medio de proteger a los individuos de las arbitrariedades del poder estatal; otros por su parte creerán, de forma abierta o soterrada, que es la forma más adecuada para reprimir ciertos sectores sociales incapaces de adaptarse al sistema social, o para mantener un régimen determinado, etc. Todas estas posturas bajo distintos prismas pretenden justificar la existencia del sistema penal y explicar las razones de ello. Nadie cuestiona mayormente que el Derecho penal sea *un hecho*, vinculado estrechamente a la realidad del Estado moderno. Las críticas que se dirigen a éste en general van orientadas más bien a la idoneidad de estos fundamentos, la realidad de su materialización en la práctica y a ciertos principios en torno a los cuales, se cree, debería girar la estructura punitiva del Estado —la cual, insistimos, no se cuestiona que deba

existir. El *quid* del asunto se fija en *para qué existe*, no en *si debe existir* el Derecho penal.

No obstante lo anterior, ya en el pasado han existido ciertas posturas, provenientes principalmente desde el mundo filosófico y político, que han cuestionado la existencia del sistema penal, pero no tanto de éste en forma directa e independiente, sino como parte de una crítica más general a la existencia del Estado en sí. Particularmente destacables a este respecto resultan las teorías revolucionarias que propugnan la abolición del Estado burgués, y su reemplazo por un sistema socialista o comunista, en que el Estado deja de ser necesario para dar paso a una asociación de hombres libres, en que no existe la explotación del hombre por el hombre, y por tanto tampoco se requiere la existencia de una estructura jurídico-política que vele por mantener la dominación de una clase por sobre otra. A grandes rasgos, esto es lo que sostienen tanto las doctrinas anarquistas como el comunismo marxista-leninista. Al ser el Derecho penal una herramienta de la burguesía para perpetuar su explotación sobre el proletariado, al desaparecer el Estado burgués, *como consecuencia* habrá de desaparecer también el sistema penal burgués, tal y como hoy lo conocemos. No obstante, es importante destacar que en modo alguno podría derivarse de las obras de los autores clásicos del anarquismo y del marxismo-leninismo que con la desaparición del Derecho penal burgués, se supriman a su vez cualquier forma o mecanismo de control

social. Una correcta lectura de las obras de estos autores, teniendo presentes las leyes de la dialéctica, implica necesariamente concluir que en la *nueva sociedad* que surja de la gesta revolucionaria también habrán de presentarse contradicciones internas e individuos desviados, para hacer frente a los cuales deberán idearse nuevas formas de control, las que se diferenciarán del actual Derecho penal en que no serán una herramienta de dominación de clase (puesto que las clases no existirían), sino sólo instrumentos para mantener el orden y paz interna, atendiendo exclusivamente a las necesidades de la vida en una sociedad en que todos los seres humanos serán iguales, y por tanto no se puede aceptar que algunos pretendan suprimir dicha igualdad, imponiendo su voluntad por sobre la de la mayoría, involucionando, por ejemplo, hacia una nueva sociedad de clases. Es decir, lo que desaparece es el Derecho penal burgués y sus características, no la idea misma de Derecho penal o de un sistema *punitivo* en sí —entendido en sentido amplio—, aunque las características, respuestas y sanciones de éste en la nueva sociedad puedan llegar a ser muy distintos que los actuales, e implique en algunos casos la abolición total o parcial de determinados institutos, como podría ser la cárcel.

Si la idea de abolir, total o parcialmente, el Derecho penal (o una determinada forma de Derecho penal) no es nueva en la historia, e incluso podría decirse que ha sido algo permanente que se mantiene vigente, de la mano de las doctrinas anarquistas y marxista-leninistas, durante todo el siglo

XX, ¿qué es lo nuevo que surge entre las modernas teorías abolicionistas que hace que se les preste mucha mayor atención desde el ámbito jurídico, al punto que hay quienes afirman que ellas son uno de los principales síntomas de la crisis del Derecho penal moderno?

En primer término, el lugar desde donde surge la crítica y se gesta la propuesta abolicionista. A diferencia de lo que ocurre anteriormente, en que las teorías de la abolición se plantean de manera fundamental desde los ámbitos filosófico y político, en el moderno abolicionismo sus principales impulsores y teóricos son personas que provienen directamente del ámbito jurídico. Los miembros más representativos de lo que podríamos llamar el *movimiento abolicionista* son todos abogados, juristas o criminólogos que se desempeñan activamente en el mundo del Derecho, y no solo en el ambiente académico, sino también en el terreno práctico. Así entonces la crítica no surge desde fuera y de manera tangencial al Derecho, sino que son personas que se encuentran dentro del mismo sistema quienes plantean que éste debe desaparecer.

Por otra parte, la abolición del Derecho penal moderno en las anteriores doctrinas que le postulaban sólo era el resultado de una transformación social mucho mayor. De ahí incluso que los tratamientos que se hacen del tema sólo sean por aproximación, y la conclusión de que el Derecho penal deberá ser abolido más bien se intuya o derive de argumentos más generales, a que se

plantee directamente.²⁴³ Por el contrario, el abolicionismo contemporáneo hace de la supresión del Derecho penal (o de alguno de sus institutos) su bandera central de lucha. Sostienen que es posible abolir el sistema punitivo aquí y ahora, sin necesidad de transitar primeramente por una transformación política, económica y social mayor. Este es uno de los aspectos que les ha atraído numerosas críticas a los abolicionistas, incluso de aquellos, que si bien

²⁴³ Es sabido que MARX y ENGELS no le dedican mayor esfuerzo al análisis del sistema punitivo, y menos aún expresan de forma clara cómo habrán de ser las relaciones jurídicas en la nueva sociedad comunista. Recién con LENIN es posible encontrar algunas referencias más explícitas, pero tampoco ellas poseen un desarrollo demasiado acabado. LENIN en su libro «*El estado y la Revolución*», se aboca al estudio del nuevo Estado revolucionario, el que habrá de existir mientras se lleva adelante la *dictadura del proletariado*. Durante éste todos los individuos, y especialmente los provenientes de la vieja burguesía derrotada, habrán de ser educados para aprehender las reglas básicas de convivencia necesarias para la nueva sociedad. Aquí el Derecho penal seguirá existiendo, como una herramienta del proletariado para cautelar el desarrollo de la transformación social que se lleve adelante. Pero este sólo es un estadio intermedio, puesto que la consecuencia que se espera del proceso revolucionario es que el Estado finalmente desaparezca, y con él el Derecho penal como instrumento de dominación de clase.

Respecto de los autores anarquistas, estos al igual que el marxismo-leninismo entienden al Derecho penal, y particularmente a la cárcel, como una herramienta de dominación de la burguesía para mantenerse en el poder, y por tanto, al destruir el aparato estatal burgués consecuentemente también habrá de abolirse el sistema jurídico burgués. Pero a diferencia de aquellos, los anarquistas entienden que la desaparición del Estado será un hecho inmediato a producida la revolución, por tanto no existirá dictadura del proletariado y tampoco podrá hablarse de un Estado proletario o de un Derecho penal proletario. Los autores anarquistas clásicos, ven en gran medida en el delincuente a un rebelde que a través del delito se rebela contra la autoridad por las condiciones precarias en que se ven obligados a vivir. Por tanto, una vez desaparecidas las desigualdades sociales, el delito perderá también gran parte de su razón de ser. Pero además, estos autores en sus planteamientos también se ven fuertemente influenciados por el positivismo criminológico predominante en la época, y así aceptan la idea del delincuente como un sujeto enfermo, con deficiencias físicas y fisiológicas, que requiere tratamiento para poder resocializarlo. No obstante, proponen que debe ser la sociedad toda la que se debe encargar de acogerlos y reorientarlos hacia un comportamiento ético acorde a los requerimientos de la nueva sociedad. Kropotkin particularmente se niega a aceptar el reemplazo de la cárcel por otro tipo de instituciones, como el manicomio, para llevar adelante esta tarea. Es la sociedad quien debe vigilar a sus miembros para evitar que estos se desvíen, y es ella en su conjunto la que debe acoger al hermano, no buscando la venganza sino su curación.

comparten gran parte de su diagnóstico crítico, no comulgan en la misma medida con que bajo las condiciones históricas actuales se pueda, o incluso sea deseable, eliminar el sistema jurídico penal, particularmente si se toma en consideración que las normas en éste contenidas no sólo están ahí en función de reprimir a los individuos *desviados*, sino que ellas también dicen jugar un rol de protección, que al desaparecer el Derecho penal podría crear muchos más problemas que los actuales.

A continuación, abordaremos la exposición de los principales planteamientos del abolicionismo penal contemporáneo, en la opinión de sus exponentes más representativos, para posteriormente realizar una evaluación crítica de estos postulados, en función de si ellos son capaces o no de dar una solución a la actual crisis de legitimidad del sistema penal.

2. DEFINICIÓN DE ABOLICIONISMO PENAL CONTEMPORÁNEO

Antes de entrar a analizar lo que modernamente se entiende por abolicionismo, y las respuestas que este da frente a la crisis de legitimación del sistema penal, resulta necesario despejar qué entenderemos por abolicionismo en lo que sigue de este trabajo.

En doctrina el abolicionismo ha sido caracterizado de varias formas. Así por ejemplo, Stan COHEN se refiere a él como «una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su

reemplazo», y más adelante lo describe como «una mezcla peculiar de lo altamente concreto y lo profundamente visionario de un bajo nivel de ingeniería social y de un alto nivel de especulación epistemológica. Aquellos que lo practican se dedican a contar la cantidad de celdas que hay en Holanda, a observar cómo las comunas urbanas tratan a los miembros que no cumplen con sus deberes y a teorizar sobre la naturaleza del derecho medieval. Todo esto produce cierta confusión ("romanticismo" según las críticas tanto de la izquierda como de la derecha), pero siempre es una confusión creativa y estimulante, la mejor.»²⁴⁴

Por su parte Rolf F. de FOLTER, afirma que el abolicionismo puede ser entendido en dos sentidos diversos: uno amplio y uno restringido. En este último el término se utilizaría para describir aquellos casos en que sólo se pretende la supresión de un determinado aspecto del sistema penal. En cambio, en un sentido más amplio, se habla de abolicionismo cuando «no sólo una parte del sistema de justicia penal, sino el sistema en su conjunto es considerado como un problema social en sí mismo y, por lo tanto, la abolición de todo el sistema aparece como la única solución adecuada para este problema»²⁴⁵.

²⁴⁴ COHEN, Stan, «*El Abolicionismo*», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición, traducción de Mariano A. CIAFARDINI y Mirta L. BONDANZA. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989, p. 13.

²⁴⁵ De FOLTER, Rolf S., «*Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman,*

Massimo PAVARINI, en su introducción al libro de Nils CHRISTIE «*Los Límites del Dolor*», también sostiene que existirían al menos dos formas de abolicionismo: una que podríamos llamar «clásica», que es la de uso más extendido y utilizada originalmente para caracterizar las posiciones político culturales y los movimientos contra la pena de muerte y el uso procesal de la tortura, y que más recientemente se ha extendido para referirse a las posiciones de crítica a la pena perpetua del *ergastulum* o bien a la pena privativa de libertad. Y por otro lado se encontrarían aquellas posturas —como la que a su juicio sustenta CHRISTIE en su libro—, que son expresión de un movimiento de ideas contra —y en consecuencia por la abolición— de la totalidad del sistema de la justicia penal. A esta última forma de abolicionismo, prefiere llamarla «*abolicionismo penal radical*», para así distinguirla del «*abolicionismo institucional*», que busca fundamentalmente la supresión de la cárcel y otras formas de instituciones penales segregativas; y también del «*reduccionismo penal*», cuyo objetivo se encuentra en llevar adelante una contención y una drástica contracción del sistema jurídico penal.²⁴⁶

En un sentido similar al expresado por PAVARINI se pronuncia Eugenio ZAFFARONI. Para el profesor argentino, existen variadas formas de

Mathiesen y Foucault», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición, traducción de Mariano A. CIAFARDINI y Mirta L. BONDANZA. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989, p. 58

²⁴⁶ PAVARINI, Massimo, «*¿Abolir la Pena?, La paradoja del sistema penal*», en Revista «*No Hay Derecho*», N° 1, Buenos Aires: 1990, p. 4

abolicionismo, y así por ejemplo, habla de un abolicionismo anárquico de antigua data, y también afirma que el positivismo, el racionalismo, el cristianismo, etc., han dado origen a «*jusnaturalismos*» que llevados hasta el extremo «terminan postulando la prescindencia del derecho positivo, en la confianza de que esas leyes "naturales" liberadas del poder estatal bastarían para que las relaciones y los conflictos sociales se regulen y resuelvan conforme a ellas». Por eso, a la nueva corriente abolicionista surgida principalmente en los países del norte de Europa, prefiere llamarlas, como PAVARINI, «*abolicionismo radical*», en cuanto ellas en general postulan el radical reemplazo del sistema penal por otras formas de solución de conflictos, lo que a su vez las distingue de aquellos abolicionismos que sólo postulan la abolición de la cárcel, de la pena de muerte, etc.²⁴⁷ Según lo expresa Carlos Alberto ELBERT, el abolicionismo se caracteriza porque «no se interesa por una política criminal alternativa, sino por una alternativa a la política criminal.»²⁴⁸

Finalmente, FERRAJOLI coincide con los anteriores autores en la necesidad de separar aguas entre el abolicionismo y otras doctrinas que propugnan ciertos tipos de reformas penales, que pueden importar ya sea la desaparición de algún aspecto determinado del sistema penal —particularmente

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*», 2ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1998, p. 102.

²⁴⁸ ELBERT, Carlos Alberto, «*Manual Básico de Criminología*», 1ª edición, Buenos Aires: EUDEBA, 1998, p. 123.

en el ámbito institucional—, o la mera reducción del campo de acción de este. No obstante, prefiere usar una nomenclatura distinta a la utilizada por PAVARINI y recogida en el ámbito latinoamericano por ZAFFARONI. Así, propone reservar el uso del término *abolicionismo* —sin apellidos— exclusivamente para referirse a «aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social»²⁴⁹. Por su parte, aquellas teorías cuyo objetivo es la «abolición de la pena» reemplazándola por «tratamientos» pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, que en el fondo considera convergentes con el correccionalismo positivista, propone denominarlas teorías «*sustitucionalistas*». Mientras que reserva el término de «*reformadoras*», para referirse a aquellas doctrinas que patrocinan la reducción de la esfera de intervención penal, o la abolición en favor de sanciones penales menos aflictivas que la reclusión carcelaria.

Nosotros, en lo que sigue de este trabajo, adoptaremos esta última postura sustentada por FERRAJOLI, y por otros, reservando el uso del término «abolicionismo» para referirnos exclusivamente a aquel movimiento surgido

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», 1ª edición, Madrid: Trotta, 1989, p. 248.

principalmente durante la década de los '80 en Europa, que lleva la crítica deslegitimante del sistema penal hasta el extremo de afirmar que éste debería ser suprimido en su totalidad, reemplazándose por formas no punitivas de resolver los conflictos penales, menos «institucionales», y que pongan el acento en devolver el conflicto a los directamente interesados. Y en este sentido, distinguiremos el abolicionismo de otras doctrinas y movimientos que dirigen los dardos de la deslegitimación sólo a algunos aspectos del sistema penal, o que orientan su acción hacia procesos de despenalización como forma de hacer frente a la tendencia hipertrofiante que afecta en la actualidad al sistema penal, pero ello sin cuestionar *en sí* la existencia misma del Derecho penal, sino que sus propuestas se mueven dentro del sistema mismo, o a lo sumo plantean la necesidad de avanzar en algunas áreas hacia formas de respuestas no punitivas, pero más bien de manera excepcional y sólo para delitos de menor connotación social, como por ejemplo hacen los sostenedores de las modernas teorías de la justicia restaurativa, los cuales si bien reconocen la necesidad de reposicionar a las víctimas dentro del proceso penal, devolviéndoles la capacidad para cautelar sus derechos, incluso a través de mecanismos de clara tendencia privatizadora como es la mediación, ello sólo lo esbozan respecto de situaciones calificadas, reservándole aún al sistema penal formal amplias parcelas dentro de las cuales resulta válido su accionar.

Así entonces, en adelante cuando hablemos de *abolicionismo*, lo haremos para designar a la crítica más radical que se ha dirigido hasta ahora al sistema penal, que pretende la deslegitimación total del conjunto del control social punitivo, abarcando en ello tanto sus instituciones, prácticas, normas como discursos. Y que si bien en sus apreciaciones no resultan totalmente nuevas, toda vez que muchas de ellas ya habían sido enunciadas anteriormente por otras disciplinas, como la sociología y la criminología, su novedad estriba, como lo expresa POQUET, en «la propuesta final y en el sincretismo crítico que emplea para convertir a dicha propuesta en una meta ineludible»²⁵⁰

3. ANTECEDENTES DEL ABOLICIONISMO PENAL CONTEMPORÁNEO

El origen de las modernas teorías abolicionistas debe buscarse en el seno de lo que se ha conocido como «nueva criminología», «criminología crítica», «criminología radical» o también llamado «criminología marxista»²⁵¹. Es este un movimiento nacido al fragor de las fuertes convulsiones políticas y sociales ocurridas durante los años '60 y '70 en el pasado siglo, que siguiendo la senda abierta por las teorías del *labelling approach* vino en criticar la «criminología tradicional», fundada sobre un paradigma etiológico, que supone

²⁵⁰ POQUET, Alejandro, «*Temas de Derecho Penal y Criminología*», 1ª edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2005, p. 123.

²⁵¹ ANITUA, Gabriel Ignacio, «*Historias de los Pensamientos Criminológicos*», 1ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 407.

una realidad ontológica de la criminalidad cuya existencia se encontraría preconstituida al establecimiento de las normas y a la definición de las conductas como desviadas, razón por la cual postulaba que el estudio de la criminología debía centrarse sobre las condiciones (o causas) del delito y particularmente sobre la persona del delincuente.²⁵²

²⁵² BARATTA, Alessandro, «*Enfoque Crítico del Sistema Penal*» en BARATTA, Alessandro, «*Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*», Buenos Aires: Editorial B. de F., 2004, p. 90. En efecto, la base de lo que hasta ese momento se consideraba tradicionalmente como criminología se encontraba en una fuerte matriz positivista, la cual pretendía aplicar las reglas del método científico para explicar las razones y condiciones del comportamiento humano, el cual era considerado no más que el resultado de las relaciones causa-efecto entre los individuos y algunos aspectos de su ambiente. Dichas relaciones se presentaban como la constante de verdaderas leyes de comportamiento, que podían ser aplicadas a todos los hombres, es decir, que ante experiencias similares los individuos habrían de tener comportamientos también similares (PAVARINI, Máximo, «*Control y Dominación*», cit., p. 96.).

Esta forma de aproximación a la criminalidad, llevó a los criminólogos positivistas a centrar su punto de atención particularmente sobre la personalidad del delincuente, buscando una explicación «científica» que diera cuenta de las causas de su comportamiento «anormal» (RIVERA BEIRAS, Iñaki, «*Historia y Legitimación del Castigo. ¿Hacia dónde vamos?*», en BERGALLI, Roberto [coord.], «*Sistema Penal y Problemas Sociales*», 1ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 91). Como expone Teresa MIRALLES: «Desde sus inicios en el siglo XIX, la explicación científica de la criminalidad ha elaborado sus planteamientos a partir del presupuesto básico del carácter singular y distinto del comportamiento delincuente con relación al comportamiento adaptado a las normas sociales y jurídicas. Y lo que es más, en este origen singular del comportamiento delincuente está implícita una base patológica del individuo que lo lleva a cabo. Y a partir del momento en que se convalida científicamente esta afirmación, el científico se permite encauzar el estudio de la delincuencia a través de formulaciones que evidencien el «por qué» y las causas de tal singularidad.» (MIRALLES, Teresa, «*Patología Criminal: Aspectos biológicos*», en BERGALLI, Roberto, BUSTOS, Juan y MIRALLES, Teresa, «*Pensamiento Criminológico Vol. I. Un análisis crítico*», 1ª edición, Bogotá: Editorial Temis, p. 51.)

Esta pretendida aproximación científica que hace el positivismo a la criminalidad, considerada como un dato empírico, objetivo, estable y permanente, además supone una supuesta asepsia y neutralidad de quien realiza el análisis. En este sentido se entiende que sus opiniones no alteran en modo alguno el resultado de sus conclusiones, puesto que su única labor será, como en las ciencias naturales, demostrar científicamente cierta hipótesis de trabajo de acuerdo a los datos empíricos de la realidad, cuestión en que la ideología del investigador no tiene ningún rol que cumplir, puesto que la comprobación científica no es «opinable» sino sólo «demostrable». Además dado que se parte del supuesto que el delincuente es un «anormal», la labor del criminólogo habrá de abocarse a determinar qué hace a éstos (que son una minoría)

Esta forma de entender la criminología entra en crisis durante la década de los '60, particularmente de la mano del *labelling approach* (teoría del etiquetamiento), la cual —según se ha sostenido—, representó un gran salto adelante, hacia la elaboración de una teoría plenamente social de la desviación²⁵³. El *labelling approach*, partiendo de la crítica al reinante enfoque etiológico de la desviación, traslada el punto de atención desde *el delincuente* hacia los *procesos de criminalización*, en lo que se entiende un verdadero cambio de paradigma de la criminología. Para este no habría nada en los actos que intrínsecamente pudiera llevar a considerarlos ilícitos, el delito no tendría una naturaleza *ontológica* propia, sino que su definición arrancararía de una decisión política que lleva a que un hecho sea considerado criminal, por oposición a otro que no lo es, cuestión que no se manifiesta de la misma forma en todas las culturas ni en todos los países. De ahí entonces que la criminología debería atender más que nada a determinar qué lleva a que en un momento histórico determinado, se decida definir un acto como ilícito, cuales son las razones que hay detrás de este *acto de definición*. Y en este sentido, el análisis

distintos al resto de la sociedad, aceptándose acríticamente el orden legal existente, es decir, sin llegar a preguntarse *para qué* existe este orden ni *a quién sirve*, por cuanto esos no son problemas que el científico deba responder. (PAVARINI, Máximo, «Control y Dominación», cit., p. 97)

²⁵³ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul & YOUNG, Jock, «La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada», cit., p. 156. Aunque las teorías de la anomia y de las subculturas supusieron también un avance en el estudio de la criminalidad, al introducir los estudios sociológicos a la criminología, ellas aún seguían ancladas a la vieja concepción de que lo importante era analizar en particular a la persona del delincuente y las causas de la criminalidad.

debe dirigirse hacia el proceso de interacción entre quien tiene el poder de definición, y quien en definitiva sufre los efectos de esta definición, quien es por esta vía *encasillado* como criminal. De este modo, se rechaza la «noción positivista según la cual la población criminal constituiría una especie sujeta causalmente a determinados factores criminógenos; la única calidad que caracteriza a los criminales es *la manera* con la que son definidos y por lo tanto tratados. En esta perspectiva el paradigma interaccionista no puede más que destacar la *relatividad del comportamiento criminal*; y con esto evidencia su orientación hacia una perspectiva pluralista de la sociedad. En particular esta aproximación criminológica postula *la ausencia de un consenso general* sobre lo que está bien y lo que está mal, entre lo que es justo y lo que no lo es. Lo único que existe es el *proceso de interacción* a través del cual las definiciones (y por tanto también las definiciones de criminalidad) son atribuidas a ciertos comportamientos humanos. Y entonces lo que verdaderamente importa es estudiar cómo los sujetos encasillados *reaccionan* a estas definiciones.»²⁵⁴

Una importante consecuencia que se deriva de la teoría del etiquetamiento, es que ella, al fijarse en las formas en que los sujetos reaccionan frente al proceso de criminalización, concluye que un factor importante para el aumento de la criminalidad lo constituye también el hecho de

²⁵⁴ PAVARINI, Massimo, «Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico», cit., pp. 127-128.

que, al ser rotulado un sujeto como delincuente, en definitiva se sentirá empujado a asumirse como tal, adoptando los comportamientos que socialmente se le han atribuido, con lo cual termina por postular que son estos mismos procesos de criminalización los que ayudan a *crear* la delincuencia.²⁵⁵ De este modo, la *teoría del etiquetamiento* se transforma entonces en una herramienta de análisis dirigida a *deslegitimar la función ideológica de los aparatos de control social de tipo institucional*, puesto que si los sujetos tienden a internalizar en sí la visión que la sociedad tiene de ellos, y que se expresa a través del encasillamiento, entonces todo lo que ésta pone en acción para combatir a los criminales —controlándolos, juzgándolos, castigándolos, etc.— no tendrá como resultado sino acentuar la conciencia que estos individuos tienen de su *diferencia*, con lo que no se haría más que producir nueva criminalidad. De este modo la teoría del etiquetamiento, a diferencia del anterior paradigma positivista que se fundaba en la mantención del *statu quo* legal, postulará entonces una crítica a las finalidades oficiales de la política criminal, postulando que esta debe ser reformada, en el sentido de reducir el poder de

²⁵⁵ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul & YOUNG, Jock, «*La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*», cit., p. 159. Según se destaca en esta obra, los teóricos del etiquetamiento «se han esforzado por demostrar que ser definido o rotulado como desviado puede ser una etapa importante de un proceso más amplio. Siguiendo la tradición de George Herbert Mead, destacan que el yo es un producto social, que la forma en que actuamos y nos vemos como individuos es en parte consecuencia de la forma en que otras personas actúan con respecto a nosotros. Es obvio que si la gente nos ve extraños o diferentes del resto, probablemente nosotros también nos consideremos diferentes. Bien puede suceder, asimismo, que alguien considerado diferente sea tratado de manera diferente. Podemos tratar a la gente en forma distinta por ignorancia o prejuicio, pero el resultado es el mismo que se obtendría si las supuestas diferencias fuesen reales.»

definición, y por tanto de criminalización de los aparatos de control, y además apelará a un mayor aumento de la tolerancia, que permita aceptar la diversidad, lo que debía traducirse en una política criminal menos intervencionista, que se limite sólo a las ingerencias en la política social que sean estrictamente necesarias.²⁵⁶

Ahora bien, no obstante la importancia que significó el cambio de paradigma introducido por el *labelling approach*, ella al poco tiempo también comenzó a ser objeto de críticas, por considerarse que sus postulados resultaban insuficientes y eran incapaces de explicar determinadas situaciones que no cabían dentro de la teoría del mero etiquetamiento. Así por ejemplo, en la doctrina norteamericana se cuestionaba que el *labelling approach* presentara al desviado como un sujeto pasivo y que su situación sólo fuera producto del control. En este sentido, se utilizaba como ejemplo el caso de los delincuentes políticos, quienes deciden voluntariamente, como opción, ponerse al margen de la ley en su lucha contra el sistema. Y también se cuestionaba la ineptitud del *labelling approach* para el caso de los llamados delitos de cuello blanco, los cuales en general no se ven sometidos a un proceso de etiquetamiento, con lo que se reafirmaba la idea de que el delincuente es sólo el delincuente pobre.²⁵⁷

²⁵⁶ PAVARINI, Massimo, «Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico», cit., pp. 128-129

²⁵⁷ LARRAURI, Elena, «La Herencia de la Criminología Crítica», 3ª edición. Madrid: Siglo XXI Editores, 2000, pp. 101-102.

Tanto las ideas del *labelling approach*, como las críticas a ellas, surgidas en el ámbito criminológico norteamericano, fueron recibidas de manera entusiasta en Europa, principalmente en Inglaterra, en donde los cuestionamientos tanto al paradigma etiológico como a la teoría del etiquetamiento habrían de llevarse a sus más radicales consecuencias.

Un hito fundamental en el desarrollo de la criminología crítica será la aparición en 1973 del libro de TAYLOR, WALTON & YOUNG «*La Nueva Criminología*»²⁵⁸. En este, los autores realizan el primer estudio crítico referido a todas las teorías sociológicas precedentes que habían abordado el tema de la desviación, el control social y la respuesta penal, incluso aquellas que habían representado un cambio de paradigma respecto a la criminología tradicional, como el *labelling approach*.²⁵⁹ Por oposición a aquellas, en el libro los autores se encargan de idear un programa de análisis que debía ser utilizado en el futuro para desarrollar una teoría plenamente social de la desviación²⁶⁰, en el que habrá de cobrar especial relevancia el uso de las herramientas teóricas elaboradas por el marxismo²⁶¹. La aproximación que se hace al fenómeno de la

²⁵⁸ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul & YOUNG, Jock, «*La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*», Buenos Aires: Amorrortu, 1997.

²⁵⁹ YACOBUCCI, Guillermo, «*La Deslegitimación de la Potestad Penal. La crítica al poder sancionador del Estado*», Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 137.

²⁶⁰ LARRAURI, Elena, «*La Herencia de la Criminología Crítica*», cit., p. 111.

²⁶¹ Un hecho que destaca de «*La Nueva Criminología*», es que en él sus autores reivindican para realizar el análisis el recurso a los instrumentos ideológicos, filosóficos y

delincuencia ya no es centrándose en un punto de vista etiológico, en que el sujeto delincuente es lo principal, sino mediante el estudio de las estructuras sociales, principalmente institucionales, que influyen en la formación y aplicación del sistema penal, lo cual a su vez debía ser relacionado con las estructuras generales de poder que rigen el ordenamiento social en un momento histórico determinado, con el objeto de establecer en qué forma el Estado, las leyes y las instituciones legales son utilizadas para mantener el modelo económico capitalista, y cómo ello influye en la fijación de los actos considerados desviados. Además, y a diferencia de la posición contemplativa que le dan al criminólogo tanto la criminología positivista como el *labelling*

científicos del marxismo, particularmente el materialismo histórico. Aunque los autores reconocen que MARX en ninguno de sus escritos realizó un estudio acabado de la desviación, y que a lo más se cuenta con algunas menciones incidentales y escasas referidas al delito («*La Nueva Criminología*», cit., p. 234), y que incluso de estas puede derivarse el error en que habrían incurrido MARX y ENGELS al suponer la existencia de una relación negativa entre condiciones económicas y delito, llegando casi a adoptar una forma de determinismo económico que no aparece en el contexto de su obra, cuestión distinta resulta de la utilidad que tiene el uso de las herramientas de interpretación marxista para el ámbito de la criminología. Según señalan TAYLOR, WALTON & YOUNG: «Si el marxismo nos ofrece algo útil para apreciar las formas en que se genera y mantiene el conflicto social y en que este coadyuva a determinar el tipo y la cantidad de actividad delictiva y desviada en general, es más probable que lo encontremos en la teoría general de Marx que en las afirmaciones más concretas hechas como respuesta a cuestionamientos empíricos aislados.» («*La Nueva Criminología*», cit., p. 236). De igual opinión será posteriormente PAVARINI, quien afirma que no le parece «ni siquiera útil intentar elaborar una teoría global de la desviación y del control social en base a un examen de los clásicos marxistas, pues se limitaría a ser esencialmente filológica. Más útil, en cambio, es encontrar, en el conjunto de la reflexión marxiana, algunas indicaciones teóricas y metodológicas fundamentales. En particular, en este momento, me interesa aclarar cómo una aproximación a la cuestión criminal que se inspire en criterios metodológicos y teóricos de este tipo puede *en un futuro* llevar también a una teoría criminológica marxista capaz de desarrollar un conocimiento nuevo de los fenómenos que son objetos tradicionales de la criminología burguesa.» (PAVARINI, Máximo, «*Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*», cit., p. 149).

*approach*²⁶², la nueva criminología afirma que aquel debe ser un agente más dentro de la lucha por la transformación de la sociedad. Por tanto, su deber no está solo en desenmascarar y denunciar el sistema, sino también en colaborar activamente en la creación de las bases para el advenimiento de una nueva sociedad, en la que no existan las condiciones que hacen posible el delito y no exista la necesidad de criminalizar las actividades diversas.²⁶³

Aunque en sus orígenes la criminología crítica parte de ciertas premisas básicas compartidas por el conjunto de quienes se agrupan bajo esta corriente —la crítica al autoritarismo estatal y a la economía capitalista que manipulaba ciertos hechos a través de la agenda criminal mediante los llamados «pánicos

²⁶² En lo que atañe al *labelling approach*, la criminología crítica ha sostenido que este tiene efectos mistificantes e idealistas, lo cual se manifiesta, por ejemplo, en que a través de esta teoría se da la posibilidad de omitir la existencia de situaciones socialmente negativas y de sufrimientos reales, que en muchos casos pueden ser un punto de partida objetivo. Según lo expresa PAVARINI, en sus intentos por hacer frente al determinismo positivista, el *labelling approach* llegó al extremo de que, en pos de negar una realidad fenoménica de la desviación que no fuera producto de un proceso de encasillamiento, finalmente llegó también a negar toda realidad estructural en la explicación del comportamiento desviado. De este modo, la criminalidad en cuanto fenómeno se transforma por esta vía en pura apariencia de un juego formal de recíprocas interacciones. «Afirmando que criminal es sólo quien ha sufrido un proceso de criminalización se termina por perder de vista que la acción desviada es en primer lugar expresión de un malestar social, de un conflicto social. Si no se explican pues las razones políticas de por qué un cierto comportamiento es encasillado como desviado o de por qué un cierto sujeto es criminalizado, la criminalidad, además de ser una apariencia, llega a ser también un inexplicable accidente.» (PAVARINI, Máximo, «Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico», cit., p. 130. En el mismo sentido, BARATTA, Alessandro, «Enfoque Crítico del Sistema Penal», cit., p. 93.). Además, también se le ha criticado al *labelling approach* el hecho de que centre fundamentalmente sus análisis sólo en ciertos sectores, particularmente las capas más débiles y marginales del proletariado urbano, lo cual puede derivar en la consolidación del estereotipo dominante del criminal, con lo cual se olvida o subestima la criminalidad de los poderosos y la delincuencia de «cuello blanco» (BARATTA, Alessandro, «Enfoque Crítico del Sistema Penal», cit., p. 93).

²⁶³ LARRAURI, Elena, «La Herencia de la Criminología Crítica», cit., p. 114

morales»²⁶⁴—, difícilmente se puede hablar en este caso que existiera un grupo totalmente homogéneo y cohesionado, por cuanto en su interior convivían variadas matrices ideológicas de pensamiento —marxistas, anarquistas, liberales, etc.—, que no habrían de esperar muchos años para entrar en conflicto entre sí.

En principio, la unión entre «criminología» y «marxismo», no fue algo sencillo de materializar en la práctica. A sus sostenedores se les acusó de pretender llevar adelante una verdadera «hegemonía epistemológica», y de reemplazar el determinismo «biológico» del positivismo, por un determinismo «economicista». Ante esto, los criminólogos críticos tuvieron que afrontar la tarea de desarrollar una teoría que, por una parte, les permitiera escapar del materialismo determinista —que sustentaban muchos teóricos de la izquierda más ortodoxa— y por otra, les siguiera proporcionando las bases de su discurso en contra del positivismo. Pero además, necesitaban seguir aceptando una cierta cuota de determinismo, inevitable para sustentar su discurso respecto a que en el origen de la desviación cumplía un rol fundamental la *deprivación*, absoluta o relativa, producida por el modo de producción capitalista. Además, tampoco se podía estar en contra de toda forma de criminalización, pues también existen delitos cometidos por los «poderosos», como los delitos de cuello blanco, que no sólo no van en contra del sistema, sino que sirven para

²⁶⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio, «*Historias de los Pensamientos Criminológicos*», cit., p. 413.

reproducirlo y perpetuarlo. Y también se reconoce que el sistema penal podía además cumplir una importante labor de protección de los débiles frente a hechos socialmente graves, como el terrorismo de Estado y otros actos, individuales o colectivos, de atentado a los Derechos Humanos. Por su parte, respecto de los actos desviados cometidos por las capas más débiles, se hacía necesario aceptar que ellos no siempre tenían un sustrato de lucha contra el capitalismo, y que también con estos se podía provocar daño en otros individuos pertenecientes al mismo sector desposeído de que proviene el delincuente, siendo necesario ofrecerles protección.²⁶⁵

Entrados ya en los '80, se constató que había transcurrido más de una década sin que el programa de la criminología crítica se hubiera transformado en una realidad, y sin que se produjera el esperado cambio de paradigma. Ello se sumó a las distintas condiciones sociales imperantes en la época, en donde la lucha contra el sistema capitalista —y los valores que representa— ya no era la orden del día, y en que las preocupaciones sociales giraban en torno a «cruzadas morales», como la lucha contra la droga, que concitaba un cierto consenso respecto de la necesidad de hacerle frente, y en virtud de la cual se

²⁶⁵ Esto último también es destacado por autores marxistas, en cuanto no se debe olvidar que para el marxismo clásico la actitud del delincuente —el *lumpenproletariat* que Marx definiera en obras como «*La Ideología Alemana*» y «*El 18 Brumario de Luis Bonaparte*»— es caracterizada más bien como reaccionaria, ya que habitualmente no cumple un papel coherente dentro de la lucha de clases. Por el contrario, según afirmara Marx, el lumpenproletariado en la mayoría de los casos se alía con la burguesía, en contra del proletariado, por cuanto en gran medida depende de ésta para su diaria subsistencia, y actuando como tal constituye una fuerza contrarrevolucionaria.

comenzó a estructurar toda una nueva política criminal, amparada por un resurgir de los valores conservadores, y un aumento en la tolerancia para aceptar la ingerencia estatal en la vida cotidiana, acompañado por una mayor aceptación en la restricción de las libertades individuales. Además, hicieron una fuerte irrupción los movimientos feministas y los grupos políticos «alternativos» y «progresistas», que ya no estaban tan dispuestos a aceptar las clasificaciones de «izquierda-derecha», y ponían sobre el tapete nuevas temáticas, como el peligro de una guerra nuclear, los delitos económicos y ecológicos, etc., las cuales no siempre tenían una apropiada acogida en los partidos de izquierda tradicionales.²⁶⁶

A lo anterior cabe sumar que a diferencia del estancamiento que mostraba la criminología crítica, en el campo de los defensores del sistema, las posturas ideológicas no se mantuvieron estáticas. Estos ya no enarbolaban la bandera del positivismo, sino que habían avanzado a lo que YOUNG ha denominado una «criminología administrativa», particularmente ateórica, en donde la pregunta de *¿por qué delinque la gente?* dio paso a la de *¿cómo controlar la delincuencia?, ¿qué es lo más útil?, ¿qué funciona?*.²⁶⁷

²⁶⁶ LARRAURI, Elena, «*La Herencia de la Criminología Crítica*», cit., p. 194.

²⁶⁷ Según señala YOUNG «La naturaleza de la crisis en la criminología podría ser, llegados a este punto, un poco más clara: la criminología positivista de cuño socialdemócrata, el paradigma principal de la criminología anglo-americana de los últimos cincuenta años, sufrió un declive precipitado. Es verdad, por supuesto, que hay algunos positivistas, pero, simplemente fallaron en escuchar el último llamado del clarín. En su lugar, una nueva criminología

A principios de los '80 las diferencias en la criminología crítica se agudizaron e hicieron aparición las divisiones internas, con posiciones en algunos casos aparentemente inconciliables. Una de las primeras expresiones de la ruptura vino de parte de los criminólogos ingleses LEA y YOUNG, quienes en 1984 editaron un libro que lleva por título «¿Qué hacer con la ley y el orden?»²⁶⁸. En él sostienen que las discusiones llevadas en torno al delito y la criminalidad, habían hecho perder de vista que ésta causa efectos perjudiciales en sus víctimas, principalmente los pobres y los débiles, lo que, ante la ausencia de un discurso de «izquierda» que se hiciera cargo de la situación, había dejado el terreno libre para que prosperaran las ideas conservadoras de «ley y orden».

Frente a ello, enarbolan lo que denominan «realismo de izquierda», el cual si bien parte de la base que el delito es un producto endémico de las características patriarcales y de la estructura de clases del capitalismo industrial moderno, no se quedan en una visión idealista de éste, ni lo consideran una

administrativa ha avanzado —tranquila y rápidamente— sobre el negocio de la investigación y el asesoramiento de políticas. Su enfoque empiricista suele disfrazar el hecho de que se ha abandonado la búsqueda de generalizaciones causales y en cambio, adoptó una problemática neoclásica centrada en torno a principios de control efectivo. La criminología social-demócrata con su indagación acerca de la etiología del delito dentro de la esfera de la injusticia social, ha sido reemplazada por una criminología administrativa interesada en la tecnología y el control.» (YOUNG, Jock, «El Fracaso de la Criminología: la necesidad de un realismo radical», en VV. AA., «Criminología Crítica y Control Social 1. El poder punitivo del Estado», Rosario: Editorial Juris, 1993, p. 18).

²⁶⁸ LEA, John & YOUNG, Jock, «Qué Hacer con la Ley y el Orden», 1ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001

mera rebelión *romántica* contra el sistema, sino que lo ven como un medio a través del cual el sistema capitalista se perpetúa a sí mismo, creando división y agresión, inculcando en los pobres la ambición y el egoísmo de los ricos. Dado que el delito perjudica a los pobres, que deben soportar no sólo los ilícitos de los empresarios, sino también los de sus compañeros de *clase*, entienden que es un deber de los *socialistas* verlo como un problema que debe ser abordado de manera preferente, reconociendo que ha de ser enfrentado duramente, aunque sin recurrir a las medidas autoritarias que pregona el conservadurismo y la derecha. Para este combate debe recuperarse a la policía y utilizarse el sistema penal, elaborando a su vez un programa de control del delito que sea plenamente democrático, en tanto el problema del delito está inexorablemente vinculado a la democratización y al socialismo.²⁶⁹ A juicio de los autores, negar este problema, como hacen quienes plantean programas maximalistas o de

²⁶⁹ LEA y YOUNG exponen su posición en la *Introducción* de su libro, escrita especialmente para la edición latinoamericana, en los siguientes términos: « El realismo de izquierda sostiene que sólo una política socialista puede resolver el problema del delito pero no simplemente en el viejo sentido que le daba la democracia social, que consideraba que la eliminación de la pobreza eliminaría las causas del delito, sino de un modo más complejo, al reconocer que sólo un sistema de justicia penal democrático puede resolver con eficacia el problema del delito. Los Estados autoritarios no lo resuelven. En primer lugar, no tienen interés en el problema. Están demasiado ocupados reprimiendo a las masas. Si el delito debilita a las masas, entonces debe tolerarse. La policía tiene otras ocupaciones: arrestar a los radicales y hostigar a los sindicalistas. Tampoco tendrá una policía autoritaria ninguna posibilidad de solucionar el problema del delito porque las masas serán reacias a proporcionar información a una policía que las oprime. Las masas idearán su propia manera, imperfecta e ineficiente, de encargarse de los peores delincuentes o, en su defecto, serán gobernadas por ellos, por los señores de la droga y la delincuencia organizada. Sólo una policía democrática recibirá la confianza y el apoyo de las masas; sólo una policía democrática recibirá información de la sociedad que lleve a la aprehensión de los delincuentes. La democracia no es un obstáculo para la eficiencia del sistema de justicia y el control del delito sino que es un requisito previo.» LEA, John & YOUNG, Jock, «*Qué Hacer con la Ley y el Orden*», cit., pp. 3-4

«cambio total», como condición necesaria para resolver el problema criminal, no logran con su actitud más que conducir a la estratosfera teórica y a la inmovilidad, generando un tal rechazo social, que lo único que finalmente logran es conducir agua al molino de la consolidación de la falsa alternativa represiva.²⁷⁰

Frente a este cambio de paradigma impulsado por los realistas de izquierda, se levantó una posición contraria, para quienes el delito carece de la naturaleza «ontológica» que plantean los realistas, por cuanto lo que se denomina delito no son más que conflictos sociales, problemas, riesgos, etc. Nada dice que una situación de éstas en sí posea alguna característica intrínseca que pueda considerarse criminal, más allá de las propias definiciones que el sistema da para dichas situaciones, las cuales tampoco son idénticas sino que ellas varían dependiendo del contexto histórico y cultural, como se aprecia al comparar los ordenamientos jurídicos comparados. En palabras de STEINERT: «Los problemas son reales, el “delito” es un mito»²⁷¹. Para estos, resulta un error pretender tratar estas situaciones problemáticas con el Derecho penal, por cuanto a través de él nada se soluciona, sino que los problemas tienden a agravarse. En este sentido, denuncian que el sistema penal es

²⁷⁰ CIAFARDINI, Mariano, «*Sobre el Cambio de Paradigma*», Epílogo a la edición latinoamericana del libro de LEA, John & YOUNG, Jock, «*Qué Hacer con la Ley y el Orden*», cit., p. 277.

²⁷¹ Citado por LARRAURI, Elena, «*La Herencia de la Criminología Crítica*», cit., p. 198.

incapaz de dar respuesta a ninguno de los objetivos que se le arrojan: mediante él no es posible evitar los delitos, tampoco es capaz de resocializar a quien se designa como delincuente, y menos aún atiende a las necesidades de la víctima. Es por ello que afirman la necesidad de reemplazar el sistema de justicia penal formal por otros mecanismos alternativos, orientados a solucionar los conflictos mediante la relación directa entre las partes involucradas. Esta es la posición que se ha conocido como *abolucionismo*, y en ella nos detendremos particularmente en el curso de nuestro estudio.

Finalmente, entre abolucionismo y realismo de izquierda, también ha aparecido una posición que podría caracterizarse como intermedia —aún cuando, como dice LARRAURI, sea difícil caracterizarla como corriente—, que ha sido denominada «minimalismo», y su principal impulsor fue el profesor italiano Alessandro BARATTA. En ella, si bien se acogen muchos de los planteamientos críticos del diagnóstico abolucionista, se concluye que aunque la abolición del sistema penal puede ser deseable a futuro, resulta insustentable como estrategia en el momento actual, razón por la cual se hace necesario elaborar una teoría que si bien acepte la existencia y la necesidad del sistema penal, por otro lado lo limite sólo al mínimo necesario, con el objeto de atenuar lo más posible sus efectos negativos. Así, se aboga por un *Derecho penal mínimo*, limitado por principios legales, funcionales y personales, que tengan ante todo como objetivo la protección de los Derechos Humanos.

Ahora bien, LARRAURI afirma que pese a este fraccionamiento producido en el seno de la criminología crítica, resulta un error pensar que entre las distintas posturas se ha perdido toda relación entre sí. Por el contrario, muchas veces entre ellas las diferencias son más bien de matices, y la separación que para fines didácticos se hace entre estas tres corrientes principales también puede resultar algo arbitraria, por cuanto incluso al interior de las corrientes también existen diferencias, que acercan a algunos autores más o menos hacia otras posiciones, y entre quienes se consideran criminólogos críticos tampoco puede decirse que todos «militen» en alguna de ellas, sino que también los hay independientes, y otros que han sido etiquetados en alguno de estos «ismos» muy a su pesar.

Así entonces, el abolicionismo nace al alero de la crisis de la criminología crítica, transformándose durante la década de los '80 en una de las corrientes más influyentes al interior de ésta. Su ideario ha sido desarrollado principalmente por profesores pertenecientes a los países escandinavos y a Holanda, cuestión que no es de extrañar si se considera que su reflexión anti-punitiva está muy relacionada con los reclamos teóricos y prácticos expresados por la antigua tradición criminológica existente en esos países, particularmente en Holanda.²⁷²

²⁷² ANITUA, Gabriel Ignacio, «Historias de los Pensamientos Criminológicos», cit., p. 431.

Un hecho que destaca en el origen del abolicionismo, es que no sólo ha sido obra del trabajo teórico proveniente desde el mundo académico, sino que en él ha convergido además la experiencia práctica recabada por numerosos grupos que, surgidos al fragor de las luchas políticas y sociales de los años '60, adoptaron como objetivo trabajar por la reforma, e incluso la supresión, del sistema carcelario. Entre ellos destacan particularmente organizaciones como el KRUM de Suecia, el KRIM de Dinamarca, el KROM de Noruega, etc.²⁷³

En lo referente al ámbito teórico, si bien es posible encontrar antecedentes del abolicionismo ya en la década de 1970, en los trabajos de Hermann BIANCHI, y particularmente en el influyente texto de Thomas MATHIESEN «*The Politics of Abolition*», aparecido en 1974 —y que se señala

²⁷³ Mauricio MARTÍNEZ, sostiene que no obstante la importancia que estos movimientos tuvieron en los años '60 y '70, hoy en día ellos se encontrarían en una franca decadencia, lo cual iría de la mano con una política penal expansiva, donde la opinión pública en general exige una política criminal más dura y más facultades para la policía. (MARTÍNEZ S., Mauricio, «*La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*», cit., p. 24). Una opinión similar plantea Knut PAPENDORF, quien refiriéndose en particular a la organización KROM de Noruega, reconoce que pese a su larga existencia, ha tenido que variar su discurso en la actualidad debido a la situación poco favorable hacia una política criminal progresista, sobre todo si ella se la compara con el ambiente existente en los años '70 (PAPENDORF, Knut, «*La Historia de la Recepción del Libro de Mathiesen Superen los Muros y Qué Hace KROM Hoy en Día*», en VV. AA., «*Criminología Crítica y Control Social 2. Orden o Justicia, el falso dilema de los intolerantes*», Rosario: Editorial Juris, 2000, p. 203). No obstante, Mathiesen sigue sosteniendo que este tipo de organizaciones, principalmente por su carácter transversal —ya que KROM lo conforman tanto académicos como expresos— tienen aún una función importante, particularmente ayudando a crear lo que el llama un «espacio público alternativo», el cual tendría como elemento distintivo el estar constituido por «una cultura en la cual la argumentación, la crítica bien fundada y el pensamiento basado en principios sean valores dominantes; un espacio público que, en definitiva, logre competir de alguna manera con el espacio público superficial de los medios de comunicación». (MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión. Una Evaluación Crítica*» 1ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2003. Traducción de Mario Coroliano y Amanda Zamuner, p. 306).

como punto de partida del abolicionismo moderno—, no será sino a principios de los '80 que harán aparición los libros más representativos de la corriente: «*Peines Perdus*», de Louk HULSMAN y «*Limits to Pain*», de Nils CHRISTIE, de 1982 y 1983 respectivamente.

Aunque la doctrina está relativamente conteste en reconocer que los anteriores autores —MATHIESEN, HULSMAN y CHRISTIE— son los más representativos del abolicionismo moderno, resulta difícil afirmar que esta corriente de pensamiento tenga una imagen única, monolítica que permita representarla como un todo. Hay criminólogos, como ELBERT, para quienes incluso resulta complejo hablar de este como un «movimiento» —que es la forma en que, por ejemplo, ZAFFARONI se refiere a él²⁷⁴—, por cuanto si bien con el término se abarca un conjunto de ideas centrales, las diferentes posturas se encuentran lejos de presentar una coordinación expresa o tácita que les permita actuar como tal.²⁷⁵ Según lo expresa De FOLTER, el abolicionismo sería «la bandera bajo la que navegan barcos de distinto tamaño transportando distintas cantidades de explosivos. En cuanto a la manera en que deberán explotar no hay una única idea (...) la teoría abolicionista que abarque todas las características de los distintos enfoques abolicionistas del sistema de justicia

²⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*», cit., p. 102

²⁷⁵ ELBERT, Carlos Alberto, «*Abolicionismo: ¿Eclecticismo o Integración en la Criminología*», en MAIER, Julio y BINDER, Alberto [comp.], «*El Derecho Penal Hoy. Homenaje al profesor David Baigún*», 1ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 477

penal no existe»²⁷⁶. Es por ello que este autor prefiere referirse al abolicionismo como un «método». En este sentido, y recurriendo a la caracterización que HEIDEGGER hace de «método», sostiene que éste no puede aplicarse simplemente a una realidad jurídica predeterminada, por cuanto él también es elemento constitutivo de la realidad jurídica que libera, ya que el significado de algo no puede separarse del acceso al mismo. Así, entre el método y el objeto existiría una relación dialéctica, conocida en la tradición hermenéutica como el problema de la «aplicación». En palabras de DE FOLTER «la relación correlativa *a priori* entre el método y el objeto está presente en forma preeminente en el método abolicionista. El problema de la "aplicación" (*Anwendung*) del método a un objeto se ve radicalizado por el problema de la "elevación" y "supresión" (*Aufhebung*) del objeto. El método abolicionista lucha por la abolición del sistema de justicia penal en su totalidad. Esta lucha por la abolición nos da una indicación directa del status filosófico del método. Los objetos del método abolicionista no son esencias dadas, eternas e imperecederas. Así, podemos decir que el abolicionismo es antiplatonismo»²⁷⁷, y en cuanto tal sería imposible

²⁷⁶ De FOLTER, Rolf S., «Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault», cit., p. 59

²⁷⁷ De FOLTER, Rolf S., «Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault», cit., p. 59.

sostener la existencia de algo que pueda llamarse la «esencia del abolicionismo», dado el carácter fragmentario que éste tiene.

Por otro lado, STEINERT niega que el abolicionismo pueda ser considerado una «teoría» o un «paradigma», puesto que, en principio, carecería de la precisión y de los conceptos prescriptivos firmes, necesarios para que fuera reconocida como una teoría en sentido estricto. Y por otra parte, tampoco representa un «salto revolucionario» en la evolución científica, ni siquiera es «el presagio del fin de una ciencia normal tradicionalmente aceptada y del surgimiento de otra totalmente nueva», como para que pudiera pensarse en ella como un nuevo paradigma. Es por ello que prefiere caracterizarlo como una especie de «*teoría sensibilizadora*», en tanto lo que se pretenda por su medio será trascender los modelos, clasificaciones y presunciones tradicionales, pero sin llegar a presentar evidencias definitivas de esas nuevas ideas ni el inventario de sus propias herramientas conceptuales y metodológicas.²⁷⁸ Según agrega este autor: «Como teoría sensibilizadora, la perspectiva abolicionista merece crédito por su esencia intelectual que a la larga tendrá que ponerse a la altura de la perspectiva implícita de investigación práctica, pero que hoy debe aceptarse como una posibilidad para nuevos interrogantes».²⁷⁹

²⁷⁸ SCHEERER, Sebastian, «*Hacia el Abolicionismo*», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición, traducción de Mariano A. CIAFARDINI y Mirta L. BONDANZA. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989, p. 21

²⁷⁹ SCHEERER, Sebastian, «*Hacia el Abolicionismo*», cit., p. 22.

En otros autores, se pueden encontrar claras referencias a entender el abolicionismo como una «ideología», lo que en términos marxistas quiere decir *una falsa representación o conciencia de la realidad*. Así por ejemplo, LEA y YOUNG, se refieren recurrentemente al abolicionismo como un «idealismo de izquierda», en tanto es incapaz de hacerse cargo de los datos empíricos del entorno, negando la naturaleza ontológica del delito y mistificando las acciones desviadas producidas al interior de la clase obrera —sin entender que el delito muchas veces a quienes más daña no es a los poderosos, sino justamente a los sectores más vulnerables, y que el delincuente no siempre es una especie de «Robin Hood», que con sus actos pretende demostrar una rebeldía frente al sistema, una lucha en contra del orden establecido—. Para estos autores, el síndrome característico del idealismo de izquierda es que en él: «se pone mucho énfasis en el sistema de justicia criminal como agente autónomo que genera problemas. Se resta importancia al delito y se lo marginaliza, no se centra la atención en él. Se minimaliza o se niega la patología y la disfunción de los grupos oprimidos. Se considera que las causas del delito son obvias (por ejemplo, la pobreza) o que son el producto de la intervención del sistema de justicia criminal (por ejemplo, la guerra contra las drogas) o, más radicalmente, que son una quimera puesto que el delito no parece existir realmente fuera de las definiciones arbitrarias del derecho penal».²⁸⁰

²⁸⁰ LEA, John & YOUNG, Jock, «¿Qué Hacer con la Ley y el Orden?», cit., p. 7.

En el mismo sentido apunta FERRAJOLI, cuando critica al abolicionismo por su carácter «utópico»²⁸¹, señalando que : «El abolicionismo penal — cualesquiera que sean los intentos libertarios y humanitarios que pueden animarlo— se configura, en consecuencia, como una utopía regresiva que presenta, sobre el presupuesto ilusorio de una sociedad buena o de un Estado bueno, modelos de hechos desregulados o autorregulados de vigilancia y/o punición, con relación a los cuales es el derecho penal —tal como ha sido fatigosamente concebido con su complejo sistema de garantías por el pensamiento jurídico iluminista— el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista.»²⁸²

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», p.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», en BUSTOS RAMÍREZ, Juan [director], «*Prevención y Teoría de la Pena*», 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 43. Ante esta crítica que habitualmente se dirige al abolicionismo por su supuesto carácter «utópico», YACOBUCCI sostiene que en este caso el término «utopía» debería utilizarse en el carácter original que le dio Tomás Moro, y no en el que posteriormente utilizará Engels para referirse a cierta clase de socialismo idealista. De acuerdo con éste «utopía» se entiende como un «no lugar» o como «ningún lugar», es decir, como un sitio que no existe, planteándose entonces como útil a la reflexión en el orden social, ya que implicaría observar desde fuera nuestra realidad, de manera que el campo de lo posible queda abierto más allá de lo actual: es un campo de otras maneras posibles de vivir. En este sentido, YACOBUCCI sostiene que son injustas las críticas que se dirigen al abolicionismo criticándole su supuesto carácter utópico, al no plantear respuestas posibles a los problemas que plantean, en tanto la crítica, incluida la criminológica, es sobre todo denuncia y deslegitimación, sin necesidad de una propuesta sustitutiva. Así entonces, el abolicionismo sería entendido por YACOBUCCI en términos muy parecidos a los que expresa Zaffaroni, esto es, como un horizonte que sirva como norte a seguir. (YACOBUCCI, Guillermo, «*La Deslegitimación de la Potestad Penal. La crítica al poder sancionador del Estado*», pp. 276-277). Ver también ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*», p. 96, y POQUET, Alejandro, «*Temas de Derecho Penal y Criminología*», p. 154.

Aún cuando en cierta medida nos son atendibles las críticas antes expuestas en torno a la real naturaleza que tendría el abolicionismo, particularmente su carácter ideológico, lo ambiguo de muchos de sus planteamientos —que difícilmente lo hacen considerable como una teoría en forma—, y lo heterogéneo de sus postulados —al punto que podría decirse que hay quizá tantos abolicionismos como autores que adscriben a él—, en general hemos preferido seguir la caracterización que hace MARTÍNEZ — que también apoya en Chile BUSTOS—²⁸³, y entenderlo como una corriente más de pensamiento al interior de la criminología crítica. Aunque resulta cierto que en muchos aspectos gran parte de las críticas que se hacen al abolicionismo provienen precisamente desde el interior mismo de la criminología crítica — como las que le dirige el realismo de izquierda y también los minimalistas—, no es menos cierto que con ellos comparte un punto central, cual es la crítica deslegitimante al sistema penal imperante en la sociedad occidental contemporánea y su deseo por transformarlo radicalmente. Dentro de esta crítica —que ha caracterizado a este sector del saber criminológico desde sus orígenes—, el abolicionismo constituye su posición más extrema. Además, con otros criminólogos críticos, como BARATTA y ZAFFARONI, sólo lo separan una cuestión estratégica, de tiempos, pues estos también afirman como «deseable»

²⁸³ MARTÍNEZ S., Mauricio, «*La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*», pp. VII y 4.

la abolición del sistema penal, aunque consideran que aún no ha llegado el momento para que ello ocurra, y por eso, más realistamente, plantean que para el estado actual de cosas, resulta más adecuado sostener la necesidad de luchar por la máxima *reducción posible al sistema penal*. Es decir, mantener el Derecho penal reducido a su mínima expresión, mientras ello sea necesario y las condiciones sociales no posibiliten su completa disolución.²⁸⁴

Por otra parte, pese a lo fragmentado que puede aparecer el abolicionismo, pensamos que, sin necesidad de entrar en subclasificaciones engorrosas, todos quienes en general se entienden adscritos a él, pueden considerarse que constituyen una corriente, por cuanto no obstante las diferencias que presentan, —muchas veces sólo de matices—, entre ellos también es posible encontrar grandes similitudes, tanto teóricas como prácticas —e incluso experiencias de vida similares—²⁸⁵, y además a todos ellos al

²⁸⁴ ZAFFARONI lo expresa en los siguientes términos: «Es incuestionable, a nuestro juicio, que el derecho penal mínimo es una propuesta que debe ser apoyada por todos los que deslegitiman el sistema penal, pero no como meta insuperable, sino como paso o tránsito hacia el abolicionismo, por lejano que hoy parezca, como un momento del "unfinished" de Mathiesen, y no como un objetivo "cerrado" o "acabado".» (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*», pp. 110-111).

²⁸⁵ Como destaca ANITUA, es un rasgo común en varios de los principales autores abolicionistas el hecho de haber sufrido en carne propia los efectos del régimen nazi. Así por ejemplo, tanto Bianchi como Hulsman fueron arrestados durante la ocupación de Holanda. Bianchi debió pasar un tiempo en el campo de concentración de Hamersfoort, mientras que Hulsman sólo evitó seguir el mismo destino de BIANCHI gracias a que pudo escapar del tren que lo conducía a Alemania para cumplir su condena. Por su parte CHRISTIE, si bien no fue sometido a prisión, relata en sus libros la fuerte impresión que le produjo la ocupación de Noruega, y también los estudios que posteriormente llevaría adelante con ex-guardias de campos de concentración. Pensamos que no cabe duda, que el hecho de haberse visto enfrentados a una de las mayores expansiones del sistema punitivo que ha conocido la historia moderna, explica

menos los mueve un objetivo común: la abolición completa del sistema penal formal, tal y como lo conocemos.²⁸⁶

Es debido a lo anterior, que en la exposición del pensamiento abolicionista, hemos preferido apartarnos de gran parte de la literatura jurídica, que tiende a analizar por separado los planteamientos de cada uno de los autores que adscriben a esta corriente. Nosotros trataremos de hacerlo centrándonos en aquellos puntos en que su crítica deslegitimante se cruza, sólo puntualizando cuando fuere necesario, las diferencias que pudieren existir entre uno y otro autor.

en buena parte la posición que subsecuentemente han adoptado estos estudiosos, que los ha llevado a plantear que el sistema penal es uno de los mayores males que enfrenta la sociedad contemporánea. Como el mismo Hulsman ha declarado: «Fue la ocupación, la resistencia y la guerra lo que para mí desmitificó el Estado (...) Advertí entonces que las leyes y las estructuras, hechas teóricamente para proteger al ciudadano, pueden, en ciertas circunstancias, volverse contra él. Es decir, vi que era falsa la idea oficial que, por una parte, pretende que el Estado es necesario para la supervivencia del individuo y, por otra parte, lo legitima dotándolo de la representatividad popular». (HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», p. 11. Vid., además, ANITUA, Gabriel Ignacio, «*Historias de los Pensamientos Criminológicos*», p. 432)

²⁸⁶ En el mismo sentido lo entiende BOVINO al señalar: «Cuando hablamos del movimiento abolicionista nos estamos refiriendo a todos aquellos autores cuya propuesta es eliminar el sistema de justicia penal. Cada uno de los autores esboza distintas justificaciones para abolir el aparato punitivo estatal, y propone distintas estrategias para alcanzar dicho resultado. También las alternativas que ofrecen presentan diferencias. Sin embargo, se los denomina a todos ellos abolicionistas por compartir un mismo objetivo que los distancia de quienes, estudiando el sistema criminal, encuentran soluciones manteniendo su existencia. Para un abolicionista. entonces, el sistema penal en su conjunto es considerado como un problema social en si mismo y, por lo tanto. la abolición de todo el sistema aparece como la única solución adecuada.» (BOVINO, Alberto, «*La Víctima como Preocupación del Abolicionismo Penal*», en MAIER, Julio [comp.], «*De los Delitos y de las Víctimas*», 1ª edición, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1992, p. 263).

4. LA ACTITUD ABOLICIONISTA FRENTE AL DELITO

Como ya adelantamos, un punto central en el pensamiento abolicionista se encuentra en que esta corriente niega el carácter ontológico del delito, es decir, no acepta que los hechos descritos por la norma jurídica penal tengan una naturaleza intrínseca que los haga diferentes de otras conductas no tipificadas como delictivas.

Según señala BARATTA²⁸⁷, la base de la criminología tradicional se construye sobre la creencia de que el núcleo central de los delitos que definen los códigos penales de las sociedades civilizadas representan la ofensa de intereses fundamentales, condiciones de existencia esenciales a toda sociedad humana, razón por la que se afirma que los intereses protegidos por el Derecho penal son comunes a todos los individuos, en cuanto importa la protección frente a hechos cuya comisión repugna la conciencia de todo ciudadano normal. A esto BARATTA lo denomina: *Principio del interés social y del delito natural*. En virtud de este, en gran parte heredado del positivismo, se postula una idea naturalista y acrítica de la criminalidad —como en general de la desviación—, a la que se le reconoce un carácter ontológico. Es decir, «presupone que las principales figuras penales son violación de intereses y necesidades propios de

²⁸⁷ BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*». 1ª edición, 1ª reimpression. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004. Traducción de Álvaro Bunster, p. 37.

toda comunidad, y de tal modo las coloca fuera de la historia»²⁸⁸, de manera que el fundamento de la significación criminal de un hecho se retrotrae a antes de la definición mediante su tipificación penal, y la ley lo único que hace es reconocer positivamente una idea que se encuentra en la conciencia social colectiva.

En los años '60, comenzó a hacerse notar una fuerte crítica a aquella forma de entender la criminología que postulaba un fundamento ontológico para el delito y se acercaba a la delincuencia desde un punto de vista etiológico. Ello, según vimos, provino principalmente de la mano del *labelling approach*.

Como apunta BARATTA, de acuerdo con esta teoría: «la desviación no es algo que precede de las definiciones y las reacciones sociales, sino una realidad *construida* mediante las definiciones y las reacciones, que adquiere a través de ellas la cualidad desviada o criminal. Desde este punto de vista, la criminalidad no es, entonces, una cualidad ontológica, sino un estatus social que es atribuido a través de procesos (informales y formales) de definición y mecanismos (informales y formales) de reacción.»²⁸⁹ De esta manera, el acento de la teoría criminológica se desplazará desde la *criminalidad* a los *procesos de criminalización*: ya no será el acto en sí quien nos indicará su carácter de desviado, sino que tal adjetivo le será adscrito, no en función del acto, sino en

²⁸⁸ BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*», cit., p. 121.

²⁸⁹ BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*», cit., p. 121

función del status que los demás le atribuyan, hecho que acarreará que se manifieste a su respecto determinada reacción social, la que puede ser positiva o negativa, dependiendo de cuál es el impacto que aquel tenga en el resto, por lo que, independiente del carácter del acto, éste sólo será desviado en la medida en que los demás le den este carácter, es decir, en la medida que se lo etiquete como tal.

Aún cuando las teorías generales del *labelling approach* han sido objeto de numerosas críticas, provenientes tanto desde las posiciones de izquierda como las de derecha, resulta importante reconocer que sus postulados provocaron una verdadera «revolución copernicana»²⁹⁰, en la ciencia criminológica, que significó un cambio de paradigma en el estudio de la desviación recogido particularmente por la criminología crítica, en que el objeto de estudio se trasladó desde el delincuente y las causas de su comportamiento (paradigma etiológico) a los *órganos del control social*, que tienen por función controlar y reprimir la desviación (paradigma de la reacción social)²⁹¹.

Rescatando este cambio de paradigma del *labelling approach*, tanto abolicionistas como minimalistas llegan a la conclusión de que el delito no tiene

²⁹⁰ BARATTA, Alessandro, «*Problemas Sociales y Percepción de la Criminalidad*», en BARATTA, Alessandro, «*Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*», Buenos Aires: Editorial B. de F., 2004, p. 279.

²⁹¹ LARRAURI, Elena, «*La Herencia de la Criminología Crítica*», 3ª edición. Madrid: Siglo XXI Editores, 2000, pp. 28.

una realidad ontológica: «lo que es llamado delito, existe no por naturaleza, sino por definición, por intervención del sistema penal. Un comportamiento es "delictivo" solo porque así lo ha querido el sistema»²⁹².

Según sostiene CHRISTIE, el delito no es una «cosa». Sólo es un concepto que puede ser aplicado en ciertas situaciones sociales y cuando a una o varias partes les interesa que se aplique.²⁹³ Por tanto, el delito como tal no tiene una existencia independiente, sólo existen los actos, los cuales a menudo reciben distintos significados en los distintos contextos sociales, y uno de esos significados puede ser definirlo como delito, pero siempre es factible arrojarse algún otro²⁹⁴.

A juicio de HULSMAN²⁹⁵ las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual no se mantiene inmutable a través del tiempo y el espacio, sino que varía dependiendo de los distintos contextos. Por ejemplo, mientras algunas sociedades han castigado (o castigan) conductas como la homosexualidad, la brujería, la bigamia o la drogadicción, otras no lo hacen, e incluso ni siquiera consideran esas conductas un problema

²⁹² MARTÍNEZ S., Mauricio, «*La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*». 1ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1990, p. 42.

²⁹³ CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», cit., p. 101.

²⁹⁴ CHRISTIE, Nils, «*Una Sensata Cantidad de Delito*», 1ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Traducción de Cecilia Espelata y Juan Iosa, p. 9.

²⁹⁵ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», 1ª edición, Barcelona: Ariel Derecho, 1984. Traducción de Sergio Politoff, pp. 51 y ss.

sino parte de la normalidad del comportamiento aceptado. Esto demostraría que no hay nada en la *naturaleza* del hecho, en su *naturaleza intrínseca*, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o de un delito, lo cual se ve reafirmado si se analizan las distintas conductas descritas en los diferentes tipos penales: ¿Qué tienen en común los actos de violencia intrafamiliar, la conducción en estado de ebriedad, las agresiones producidas en el contexto anónimo de la calle, el robo con fractura en un domicilio privado, la fabricación de moneda falsa, mantener relaciones sexuales con animales, la tentativa de golpe de Estado, etc.? No hay ningún punto en común entre estos actos, salvo uno que es totalmente artificial: la competencia formal atribuida al sistema de justicia criminal respecto de ellos. El hecho de que estos actos, tan disímiles entre sí, sean objeto de criminalización es sólo producto de una decisión humana, esencialmente modificable: es la ley la que crea al «criminal»²⁹⁶. Como dice CHRISTIE: la institución penal es como el rey Midas, «mucho de lo que la policía toca y todo lo que la prisión toca, se convierte en delitos y delincuentes, y se desvanecen las interpretaciones alternativas de actos y actores»²⁹⁷

En opinión de este último autor, un punto central para llegar a clasificar como delictivo un acto se encuentra en la distancia que tenga el observador frente al acto observado. Mientras más lejano, resulta más fácil atribuir a un

²⁹⁶ HULSMAN, Louk, «La *Criminología Crítica y el Concepto de Delito*», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 90.

²⁹⁷ CHRISTIE, Nils, «*Una Sensata Cantidad de Delito*», cit., p. 12.

hecho un significado delictivo, es por ello que en ocasiones, pese a que muchos de los sucesos que ocurren al interior de una familia, o de una comunidad, podrían ser tomados por delitos e incluso ser denunciados a la autoridad como tales, ello no llega a ocurrir porque al estar los involucrados cercanos al hecho, tienen un mayor margen para comprender las múltiples variables que inciden en toda acción humana (psicológicas, sociales, históricas, etc.) y en base a ello puede comprenderse mejor lo que ha ocurrido, y llegar a perdonar al trasgresor o buscar una salida no punitiva para reparar su acto —«el delito es uno, pero sólo uno, dentro de los numerosos modos de clasificar los actos deplorables»²⁹⁸—.

Todo lo anterior hace sostener a HULSMAN la necesidad de abandonar el uso del concepto de «delito», y comenzar a hablar sólo de situaciones problemáticas, de conflictos, los cuales deben ser tratados fuera del sistema penal formal²⁹⁹.

Para los abolicionistas estas situaciones problemáticas son eventos que se desvían de manera negativa respecto del orden en el cual vemos y sentimos enraizadas nuestras vidas³⁰⁰, pero no por ello deben ser erradicados ni prevenidos, sino tratados de manera diferente, con instrumentos distintos al

²⁹⁸ CHRISTIE, Nils, «*Una Sensata Cantidad de Delito*», cit., p. 14

²⁹⁹ En este punto, entra en conflicto con otras corrientes de la criminología crítica, particularmente con el llamado «realismo de izquierda». (completar)

³⁰⁰ HULSMAN, Louk, «*La Criminología Crítica y el Concepto de Delito*», cit., p. 91.

sistema penal. El abolicionismo no quiere una sociedad sin conflictos, por cuanto considera que ellos son inmensamente valiosos ya que representan un fuerte potencial para la participación social de los ciudadanos. El gran peligro está justamente en que, al definírsele como delito, el sistema penal le roba el conflicto a los involucrados, particularmente a la víctima, y eso es algo que se debe evitar.³⁰¹

5. UN SISTEMA PENAL *LADRÓN*, QUE LE EXPROPIA EL CONFLICTO A LAS PARTES

Suele afirmarse en doctrina que hoy en día asistimos a un momento histórico de resurgimiento de la víctima dentro del proceso penal. Se habla de «resurgimiento» y no de «surgimiento», debido a que se reconoce que en tiempos más primitivos, ésta tenía una participación muchísimo más relevante que aquella que hemos conocido con posterioridad, y que, en general, se ha extendido casi hasta nuestros días. Como ejemplo de ello se cita el sistema de justicia penal germánico³⁰², que predominó mayoritariamente desde la caída del Imperio romano, y hasta entrada la Edad Media. En éste la infracción era

³⁰¹ CHRISTIE, Nils, «Los Conflictos como Pertenencia», en MAIER, Julio [comp.], «De los Delitos y de las Víctimas», 1ª edición. Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 1992, pp. 169 y ss.

³⁰² Sobre el sistema penal germánico, vid.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «Tratado de Derecho Penal. Parte General», Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 341 y ss; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, «Derecho Procesal Penal», Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 121 y ss; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, «Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General», 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, pp. 20-21.

entendida como un «quebrantamiento de la paz»³⁰³, en que quien trasgredía las normas se colocaba en un *estado de guerra* con la víctima y su familia, lo que permitía a estas ejercer la venganza, con el objeto de restablecer la paz quebrantada. Pero esta venganza no consistía sólo en la simple producción de dolor en la persona del enemigo o delincuente —venganza de la sangre— sino que ella importaba una total humillación de éste y de su grupo, por lo que sus objetivos también se entendían satisfechos en aquellos casos en que estos se avenían a realizar un acuerdo de composición, consistente en el pago de una multa al lesionado.³⁰⁴ Ese fue el sistema predominante en Europa durante varios siglos, que influyó fuertemente en el derecho foral, que se desarrolló en ausencia de un poder oficial y permanente de justicia, y en donde la relación privada víctima-victimario era lo central.

Paralelamente a este Derecho germánico, basado en la venganza privada, también con los siglos se fue consolidando un Derecho de origen canónico, que habrá de alcanzar primacía desde el establecimiento del Tribunal de la Inquisición, organizado por una bula de Inocencio III de 1206 y constituida oficialmente por Gregorio IX en 1230.³⁰⁵ Aquí el sistema de justicia penal sufre un cambio radical, pasando a predominar desde entonces un régimen que se

³⁰³ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, «*Derecho Procesal Penal*», Tomo I, cit., p. 122.

³⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, cit., p. 342.

³⁰⁵ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, «*Derecho Procesal Penal*», Tomo I, cit., p. 123.

basó en la expropiación del conflicto a las partes involucradas, para entregar su resolución a un organismo oficial centralizado, encargado de la persecución penal pública, que desplaza por completo la eficacia de la voluntad de la víctima, transformando todo el sistema en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos, en el cual ya no es relevante restituir a los involucrados al estado anterior a cometido el ilícito, o cuando menos a la reparación del daño causado, sino que lo principal se encontraba en utilizar al sistema penal como una herramienta de control social.³⁰⁶ Según señala BOVINO, «La idea de pecado es central en este diseño: el pecado, un mal en sentido absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal ya no es un daño provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de infracción como lesión frente a Dios o a la persona del rey. »³⁰⁷

Con la extensión del sistema inquisitivo, que se inspira en el aforismo *salus publica suprema lex est*, aparece la figura del procurador del rey, que a la larga dio origen al Ministerio Público³⁰⁸, el cual tenía por labor la persecución

³⁰⁶ MAIER, Julio, «*La Víctima y el Sistema Penal*», en VV.AA., «*De los Delitos y de las Víctimas*», Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 185 y ss.

³⁰⁷ BOVINO, Alberto, «*Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*», Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 90.

³⁰⁸ MAIER, Julio, «*Derecho Procesal Penal Argentino*», Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 296

penal en nombre del monarca. A decir de FOUCAULT: «Este curioso personaje que surge en Europa hacia el siglo XII se presentará como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre individuos, el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador doblará a la víctima, pues estará detrás de aquél que debería haber planteado la queja, diciendo: “Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco contra él”. De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima. Este fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales. El procurador, pues, se presenta como representante del soberano lesionado por el daño.»³⁰⁹

Asimismo, con el sistema inquisitivo aparece un nuevo fin en el procedimiento penal: la averiguación de la verdad, lo cual significa que la búsqueda de la verdad histórica o material se constituye en el objeto del proceso. La *inquisitio* o indagación será el modo de llegar a esta particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo

³⁰⁹ FOUCAULT, Michel, «*La Verdad y las Formas Jurídicas*», Editorial Gedisa, Barcelona, España, 1996, pp. 75-76.

ocurrido.³¹⁰ Con esto el imputado se transforma en un verdadero objeto de la persecución penal, que se justifica por la necesidad de llegar a la verdad de los hechos. Lo extraño es que no solo el imputado es redefinido —de sujeto a objeto—, sino que también la víctima, quien en el nuevo sistema, lisa y llanamente, queda fuera de toda escena, o a lo sumo, participa en el proceso como testigo, o como instrumento para que legitime, con su presencia, el castigo estatal³¹¹.

Como más arriba indicamos, los autores abolicionistas denuncian este sistema penal derivado de la inquisición, por cuanto al etiquetar como delitos lo que ellos denominan «situaciones problemáticas», realiza respecto de las partes una suerte de expropiación de sus conflictos, sustituyéndose el Estado en el lugar de ellas, a objeto de cautelar sus propios intereses y prescindiendo de aquello que los actores directamente involucrados en el asunto puedan pensar. Según lo expresa PAVARINI: «este proceso de expropiación se realiza a través de procedimientos formales puestos en obra por órganos "neutrales" (en el sentido de "extraños" a la situación) capaces profesionalmente de dar respuestas "incomprensibles" (existe una verdadera y propia "expropiación de

³¹⁰ FOUCAULT, Michel, «*La Verdad y las Formas Jurídicas*», cit., p. 79.

³¹¹ BOVINO, Alberto, «*Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*», cit., p. 91

sentido") a aquellos que son, como actor y como víctima, directamente partícipes en la situación producida con la acción definida como criminal.»³¹²

A través de este acto expropiatorio, el Estado transforma a la víctima en un perdedor por partida doble, ya que, por una parte, debe sufrir la privación o el menoscabo de un bien provocado por quien ha realizado la conducta desviada, y por la otra, se le niega la posibilidad de participar en su propio conflicto, el cual en adelante le es entregado a profesionales, quienes no tienen interés real alguno en su problema³¹³. Estos funcionarios, nunca escuchan verdaderamente a las personas implicadas, y hacen perder todo sentido al conflicto, que en adelante será traducido a un lenguaje técnico, marcado por el formulismo, a través del cual no es posible dar real cuenta de los hechos ocurridos, sino que se tiende a tratar todas las situaciones de una manera similar, sin considerar las particularidades de cada caso, las circunstancias que lo rodean y el estado personal de los involucrados.³¹⁴ CHRISTIE llega incluso a aseverar que en torno al delito se estatuye toda una cohorte de «ladrones profesionales», es decir, personas especializadas en robarle el conflicto a los involucrados, entre los cuales destacan fundamentalmente los abogados —que

³¹² PAVARINI, Massimo, «¿Abolir la Pena?, La paradoja del sistema penal», cit., p. 6

³¹³ CHRISTIE, Nils, «Los Límites del Dolor», cit., p. 126 y CHRISTIE, Nils, «Los Conflictos como Pertenencia», cit., p. 170.

³¹⁴ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa», cit., pp. 126-127.

actúan en lugar de las partes durante el juicio, utilizando sus propios argumentos y que traducen a su propio y particular lenguaje los hechos, no en la forma en que ellos ocurrieron, sino como ellos los perciben— y el «personal de tratamiento» — terapeutas, criminólogos, etc., fundamentalmente interesados en transformar la imagen conflictiva del caso en una no-conflictiva, a objeto de volver al delito en un blanco adecuado para el tratamiento—. ³¹⁵

Por otra parte, esta entidad al que se le entrega el tratamiento de las situaciones conflictivas —y no su «solución», ya que en la práctica es incapaz de resolverlas—, se caracteriza por corresponder a un sistema burocrático e irracional, en el que cada uno de sus componentes funciona de manera aislada, en compartimentos estancos, y en donde las personas que en él intervienen ejecutan su papel sin tener que preocuparse de lo que ha ocurrido antes ni de lo que vendrá después. ³¹⁶ El sistema está construido de manera tal que nadie se sienta directamente responsable por la suerte de quién ha caído en sus redes.

³¹⁵ CHRISTIE, Nils, «*Los Conflictos como Pertenencia*», cit., pp. 164-165. Refiriéndose a los abogados, este autor expresamente asegura que ellos «son particularmente buenos robando conflictos. Están entrenados para ello. Están entrenados para prevenir y resolver conflictos. Están socializados con un elevado grado de conformidad, que resulta sorprendente, en una sub-cultura cuyos contenidos están referidos a la interpretación de las normas y a la clase de información que puede ser considerada relevante en cada caso. Muchos de nosotros hemos experimentado, como legos, el triste momento de la verdad cuando nuestros abogados nos informan que nuestros mejores argumentos para la disputa con un vecino no tienen ninguna relevancia y que, por el amor de Dios, debemos mantenernos callados ante el tribunal. En su lugar ellos eligen y utilizan argumentos que nosotros podemos considerar irrelevantes o aun indebidos.» (CHRISTIE, Nils, «*Los Conflictos como Pertenencia*», cit., p. 164)

³¹⁶ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», cit., pp. 46 y ss.

Cada órgano cree cumplir nada más que una función específica, y así el policía únicamente se sentirá responsable por proveer las pruebas que el órgano acusador le solicite, mientras que este último sentirá que su labor se encuentra determinada en gran medida por aquello que la policía le transmita. El juez, amparado en su supuesta «imparcialidad», si bien será quien en definitiva determine la sanción, se sentirá amparado en que ello lo hace sólo en función de los antecedentes que se han sometido a su conocimiento por los intervinientes en el juicio, mientras que en las condiciones de la ejecución misma de la pena no tendrá participación alguna. Y finalmente, el órgano ejecutor de la sentencia, los que administran el sistema carcelario, no sentirán sino que cumplen con el deber de hacer cumplir una pena en cuya determinación a ellos no les cupo intervención.

Esta falta de relación de la parte con el todo, esta ausencia de sentido de lo particular —la «expropiación de sentido» de que hablaba PAVARINI— vuelve a la burocracia penal en un mecanismo «sin alma», como ha dicho HULSMAN³¹⁷. Además, este sistema no sólo daña a los directamente involucrados —víctima e infractor—, sino que él también le causaría un perjuicio a la sociedad toda, al robarle la oportunidad de hacer frente a una situación conflictiva, que como ya hemos dicho, los abolicionistas consideran valiosas en sí, dado que a partir de

³¹⁷ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», cit., p. 48.

ellas podría realizarse una labor pedagógica, que involucre una discusión acerca del sentido de las normas, que permita clarificar su contenido, permitiendo a las partes introducir todos aquellos hechos que ellas consideren relevantes, y que hacen de cada situación un caso particular, sin la distorsión que importa pasar por el filtro de los abogados, a quienes tal vez se les debería vedar su intromisión en estos asuntos.³¹⁸

6. LA CRÍTICA ABOLICIONISTA A LAS TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA PENA Y EL DERECHO PENAL

Para los abolicionistas, el sistema penal a más expropiar el conflicto a los directamente interesados y basarse en un hecho inexistente —el delito—

³¹⁸ En palabras de CHRISTIE: «el gran perdedor es cada uno de nosotros, en la medida en que nosotros somos la sociedad. Esta pérdida es, en primer lugar y principalmente, una pérdida de oportunidades para la clarificación de las normas. Es una pérdida de posibilidades pedagógicas. Es una pérdida de oportunidades para una continua discusión de lo que representa la ley de la tierra. ¿Cuán equivocado estaba el ladrón, cuán acertada la víctima? Los abogados, como ya vimos, son entrenados para estar de acuerdo sobre qué es relevante en un caso. Pero ello significa entrenamiento en la incapacidad para permitir a las partes decidir lo que ellas creen que es relevante. Significa que es difícil poner en escena, en el tribunal —lo que podríamos llamar—, un debate político. Cuando la víctima es pequeña y el delincuente grande —en tamaño o poder— ¿cuán reprochable es, entonces, el delito? ¿Y qué sucede en el caso inverso, el pequeño ladrón y el propietario de la gran casa? ¿Debería el delincuente, por estar bien educado, sufrir más, o tal vez menos, por sus pecados? O si es negro, o si es joven, o si la otra parte es una compañía de seguros, o si su mujer lo acaba de dejar, o si su fábrica irá a la quiebra si tiene que ir a la cárcel, o si su hija perderá a su prometido, o si estaba borracho, o si estaba triste, o si estaba loco? No hay fin para esto: Y tal vez no debería haber ninguno. Tal vez la ley Barotse, tal como la describió Max Gluckman (1967), es un mejor instrumento para la clarificación de normas, permitiendo a las partes en conflicto introducir cada vez, toda la cadena de viejos lamentos y disputas. Tal vez la facultad de decidir sobre la importancia y el peso de lo que se considera relevante debería serle vedada a los estudiosos de la ley, a los grandes ideólogos del control penal, y recuperada para llegar a decisiones libres en las salas de los tribunales.» (CHRISTIE, Nils, «*Los Conflictos como Pertenencia*», cit., pp. 170-171).

también ha demostrado ser una herramienta inútil, incapaz de dar satisfacción a los supuestos objetivos que a través de él se pretende cumplir. Es por ello que critican una a una todas las teorías que han pretendido cubrir con un manto de legitimidad al Derecho penal, argumentando que ellas se fundan en presupuestos falsos —o al menos no lo suficientemente demostrados—, insuficientes para justificar la existencia de una maquinaria que, en la mayoría de los casos, es causante de más problemas que aquellos que pretende solucionar.

6.1. La crítica a la ideología de la Rehabilitación

MATHIESEN caracteriza a las teorías sobre la rehabilitación —que como vimos en el capítulo II de esta memoria, fueron las dominantes durante gran parte del siglo xx —, como una ideología que entiende a la actividad de la prisión como medio para devolver al preso a la competencia social³¹⁹, siendo ella tan antigua como la existencia misma de estas instituciones, sin que el contenido de la concepción que la sustenta haya variado mucho en estos últimos siglos³²⁰. Es por esto último que analiza el contenido mismo de la ideología de la rehabilitación a partir de la experiencia histórica que significó la «Casa de Corrección» de Ámsterdam, la que, establecida hacia el año 1596,

³¹⁹ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 64

³²⁰ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 67

servió de modelo para el posterior establecimiento de otras instituciones de contenido y características similares en Europa³²¹. En esta casa de corrección, MATHIESEN identificará cuatro componentes que, a su juicio, constituyen la ideología de la rehabilitación, los cuales, *mutatis mutandi*, tendrían aplicación hasta nuestros días: el trabajo³²², la escuela³²³, la influencia moral³²⁴ y la

³²¹ Vid. FOUCAULT, Michel, «*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*», 1ª edición, 3ª reimpression, traducción de Aurelio GARZÓN DEL CAMINO Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004., p. 125.

³²² Uno de los primeros objetivos perseguidos al establecer la casa correccional de Ámsterdam (y no sólo de ésta, sino también de otras instituciones que le sucedieron siguiendo su modelo, como el correccional de Gante) era lograr que los individuos desviados asumieran una correcta internalización del valor que representa el trabajo; es por ello que, teóricamente, lo que se pretendía era que el preso tuviera una vida sana desarrollada en condiciones materiales adecuadas, que le permitieran acostumbrarse al trabajo, para que en el futuro anhelase poseer un buen empleo que lo facultara para bastarse a sí mismo y ser útil a la sociedad. (MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 67) Todo ello, en razón de que se sostenía que la ociosidad era el origen de la mayoría de los delitos y por ello era necesario someter fundamentalmente a mendigos, vagabundos y malhechores jóvenes, a un régimen que garantizase una especie de «pedagogía universal del trabajo», dirigida a quienes eran refractarios al mismo, con el objeto de colocarlos en un sistema de intereses donde el trabajo fuera visto como más ventajoso que la pereza (FOUCAULT, «*Vigilar y Castigar*», p. 126.). Para alcanzar este objetivo, en un memorando escrito por Jan SPIEGEL en 1589 se sostenía que era necesario que la casa contase con un programa de trabajo diferenciado, el cual representara las principales industrias de la ciudad, como la fabricación de calzado, producción de textiles, fabricación de objetos de madera, etc. Asimismo, se reservaba para los presos más «rebeldes» el cepillado de madera, que era visto como una especie de castigo, toda vez que constituía la labor más pesada de aquellas ideadas originalmente. No obstante, este último oficio habría de transformarse con el tiempo en el más importante y casi el único que debían desarrollar los presos, por cuanto era el único verdaderamente rentable y la institución debía autosustentarse económicamente. Cabe destacar que por el trabajo realizado los presos tenían el derecho a recibir un salario, lo cual constituía toda una innovación para la época, no obstante, como señala MATHIESEN, en los hechos esto no se reducía más que a un mero asiento contable, toda vez que de éste se le deducía a los presos una suma por gastos y mantenimiento (MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», pp. 70-71).

³²³ El plan de rehabilitación de la casa correccional de Ámsterdam también se sustentaba sobre la ideología de la escolarización. De ahí que a los presos, además de inculcárseles el «amor» al trabajo, también se les debía enseñar a leer y escribir. Según asevera MATHIESEN, uno de los motivos fundamentales que avalaba esta medida se hallaba en que el analfabetismo no permitía que los presos fueren catequizados adecuadamente, lo cual era de suyo importante, toda vez que así no se podía cumplir de buena manera con otro de los

disciplina³²⁵ —que en sí constituyen las bases de la ética burguesa, o como diría Max WEBER, de la ética protestante, que es la base de la ideología capitalista³²⁶—.

objetivos centrales de la rehabilitación, la edificación moral del preso. Esto se ve refrendado por el hecho de que el lugar donde se desarrollaban las clases era la capilla del establecimiento, y quien originalmente tenía a su cargo las labores de escolarización era el predicador. Asimismo, los textos utilizados para las clases incluían fundamentalmente textos de contenido religioso, como las epístolas de los apóstoles, los proverbios de Salomón y otros similares. MATHIESEN advierte que esta ideología de la escolarización es sólo complementaria a la ideología del trabajo, lo que se demuestra por el hecho de que, ya desde muy temprano se excluyó de los afanes educacionales a los individuos considerados más rebeldes y peligrosos, condenados a desempeñar el oficio de cepillado de madera. A estos sólo se les daba libros para que leyeran en sus celdas, y en caso de ser analfabetos, otro interno debía leerseles en voz alta. En todos aquellos casos en que entraba en conflicto la ideología de la escolaridad con los criterios de seguridad interna, la primera cedía ante estos últimos. Así, ya para el siglo XVIII señala Mathiesen que la escuela ya había desaparecido por completo, y a su juicio este conflicto entre seguridad y educación habría sido una de sus causas (MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», pp. 72-73).

³²⁴ Además de para educarlo y entrenarlo en el trabajo, también se esperaba que el encierro sirviera para reestructurar moralmente al preso, principalmente desde el punto de vista de su cercanía y temor a Dios. Para ello, estos debían concurrir periódicamente a los oficios religiosos que se efectuaban directamente en la casa correccional. Además, como ya dijimos, originalmente era el predicador quien impartía las clases, y los textos utilizados eran fundamentalmente de carácter religioso. Hay que destacar, que al igual que lo sucedido respecto a la escuela, los presos destinados a trabajar en el cepillado de madera también se encontraban excluidos de la asistencia a las actividades religiosas, por cuanto ellos eran considerados «una masa de personas sin ley y furiosas»³²⁴. Esto será paulatinamente cada vez más relevante, por cuanto con el tiempo los internos dedicados a este tipo de labores fue creciendo en porcentaje respecto de la población interna total (MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 75).

³²⁵ En la Casa Correccional de Ámsterdam, con el objetivo de inculcar y mantener la disciplina entre los presos se ideó una detallada lista de normas específicas, las cuales llevaban adosadas penas para el caso de incumplimiento. Estas penas, iban desde la privación parcial del alimento durante un período de tiempo determinado hasta la aplicación de otros castigos corporales, como azotes y la reclusión en calabozos. Eso sí, ninguna de estas penalidades eximían al interno de realizar sus obligaciones de trabajo, y muy por el contrario, la negativa a trabajar era especialmente sancionada (MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 77). Esta ideología de la disciplina, a diferencia de lo que ocurrió con las tres primeras, que tuvieron una escasa o al menos inestable aplicación práctica, si fue implementada de manera sistemática y por un largo período de tiempo.

³²⁶ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 83.

Ahora bien, aunque en opinión de MATHIESEN el recurso a estos cuatro componentes se ha mantenido constante, el énfasis puesto en cada uno de ellos ha ido variando a través del tiempo. Así por ejemplo: «Durante la primera parte del s. XVII se colocó aparentemente, al menos en Holanda, un énfasis en todos ellos. En las nuevas cárceles europeas “Filadelfia”, a fines del s. XVIII y comienzos del XIX, se puso un acento más selectivo en la influencia moral y la disciplina, mientras que los componentes trabajo y educación fueron más débiles. Esta era al menos la realidad de los países escandinavos, aunque cabe agregar que en las cárceles “Auburn” de Norteamérica también se puso gran énfasis en el trabajo»³²⁷.

En lo que respecta al momento actual, el acento estaría puesto fundamentalmente en la disciplina, y también algo en la escuela, mientras que el trabajo y la influencia moral estarían debilitados ideológicamente como sustento de la rehabilitación —aunque sin abandonarse totalmente—. Particularmente en crisis se encontraría el componente de *influencia moral*, por cuanto en su concepción más moderna ha perdido el carácter marcadamente religioso que ostentaba en el pasado, y se le ha identificado más bien con la «idea de tratamiento».³²⁸

³²⁷ MATHIESEN, Thomas, «Juicio a la Prisión», p. 80

³²⁸ La cual de acuerdo a numerosos estudios ha sido desacreditada, puesto que en su nombre el encierro podría verse prolongado indefinidamente, más allá de cualquier límite legal,

Las razones que da MATHIESEN para que la balanza se incline a favor de uno u otro componente dice que hay que buscarlas en los intereses propios del sistema carcelario, los cuales buscan realizarse independientemente de si ello ayuda o no efectivamente a la rehabilitación de los presos, por cuanto, en toda ocasión en que alguno de los componentes entre en conflicto con las necesidades de la cárcel, siempre se optará por favorecer a esta última. Así por ejemplo, los programas educacionales han sido restringidos, suspendidos o incluso suprimidos en los casos en que la disciplina interna así lo ha requerido, lo mismo ha sucedido con el componente *trabajo*.

Estos intereses propios del sistema carcelario, que determinan la correlación existente entre los cuatro componentes ideológicos de la rehabilitación, según MATHIESEN son definidos, formulados y comunicados desde fuera, y están por tanto determinados por las necesidades políticas, económicas y sociales del momento histórico en que la cárcel se desenvuelva. En este sentido, durante el siglo XVII era la concepción mercantilista, impulsada a través de la opinión pública de aquel entonces, la que exigía de la cárcel que esta fuera una unidad productivamente viable, y entonces el acento era puesto en el componente trabajo para satisfacer dichas exigencias. Lo mismo sucedía con el elemento disciplinario, que era visto como fundamental para responder a

y además todo indica que, independientemente del tiempo que dure el tratamiento, los resultados para el preso son siempre los mismos, y en la mayor parte de los casos magros.

la necesidad de contar con un trabajo lucrativo. Hoy en día, la preeminencia estaría puesta en la disciplina, acompañada de una cierta cuota del componente educacional, por cuanto el componente ideológico del tratamiento, que tuvo una buena cuota de relevancia durante la década de 1970-1980, como ya hemos destacado, se encontraría en un profundo descrédito.

Estos intereses externos formulados por la esfera política pública, son impuestos al interior de las prisiones y se mantienen incluso en contra de cualquier crítica que se realice respecto a la forma en que se llevan adelante los programas carcelarios, sea a través del uso directo de la fuerza o recurriendo a técnicas de neutralización de las críticas y propuestas reformadoras. De este modo, la cárcel se transforma en una institución básicamente conservadora, en donde cualquier cambio que se oponga a las directivas dominantes se hace imposible: «El conservadurismo de la sociedad carcelaria es un rasgo fundamental de la cárcel como institución»³²⁹.

Ahora bien, para MATHIESEN, independiente de cuál sea el o los componentes que primen en un momento determinado, la cárcel igualmente siempre ha sido y es incapaz de cumplir con un ideal rehabilitador, es decir, nunca ha logrado llevar a los presos de «regreso a la competencia». Basa esta afirmación en tres fundamentos:

³²⁹ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 80

1. La existencia de una larga serie de estudios empíricos en que se demuestra que, más allá del tipo de tratamiento a que se someta al preso, incluso si estos son muy intensivos, los resultados son siempre similares, y en la mayor parte de ellos deficientes, cuestión que queda particularmente de manifiesto si se analizan los datos referentes a la reincidencia.
2. Independiente de los resultados científicos obtenidos con el tratamiento, la realidad concreta muestra que al interior de las cárceles, en general, no existen las condiciones para que dicho tratamiento se lleve a cabo: «las cárceles están por lo general superpobladas, en malas condiciones y, en mayor o menor medida, son peligrosas para quienes las habitan. Además por regla general son aparatos autoritarios y burocráticos de gran magnitud. Esta es la vida de todos los días en la cárcel; una vida muy alejada de cualquier "situación de tratamiento"». ³³⁰
3. Finalmente, estudios sociológicos referidos a la cárcel como organización y a la comunidad de presos, demostrarían que el encierro es ineficaz para fomentar la rehabilitación, toda vez que él produciría un efecto contrario, conocido como «carcelización», en

³³⁰ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 91

virtud del cual quien es sometido a confinamiento incorpora en sí las costumbres, moralidad, hábitos y cultura general propios de la cárcel. Esto, sumado al hecho de que muchas personas son sometidas a prisión varias veces en su vida, provoca una verdadera espiral en que los sujetos van comprometiéndose de manera progresiva en la subcultura del interno, que se caracteriza porque en ella se genera una actitud de rechazo hacia quienes han provocado su encierro, es decir, un rechazo a la sociedad, representada fundamentalmente por los tribunales, la policía y la cárcel en sí, y bajo estas condiciones resulta imposible desarrollar cualquier tipo de tratamiento.

Por todo lo anterior, MATHIESEN concluye que la cárcel no es defendible desde el punto de vista de la rehabilitación, y, muy por el contrario, ella más bien «inhabilita» a quienes tienen la desgracia de caer en sus redes, cuestión que sería incluso reconocida por las autoridades responsables, respecto de lo cual cita una fuente sueca: «La investigación criminológica actual nos ha enseñado, sin embargo, que es ilusoria la idea de que somos capaces de mejorar al individuo castigado mediante un castigo que implique la privación de la libertad. Por el contrario, hoy se acepta comúnmente que estos tipos de

castigos redundan en una mala rehabilitación y un alto índice de reincidencia. Además, a menudo tienen un efecto destructivo sobre la personalidad.»³³¹

CHRISTIE coincide con MATHIESEN en cuanto a que el ideal de la rehabilitación no puede ser esgrimido como argumento para justificar el sistema penal. En su opinión, la idea de la rehabilitación entró en declive justamente porque se hizo manifiesta la «*hipocresía del sistema*», toda vez que más allá de los discursos, todos los estudios demostraban que los centros de tratamiento, en los que se pretendía reformar a los individuos, en el fondo no eran más que una cárcel como cualquiera, a la que se sometía principalmente a la gente provenientes de los sectores económicos más bajos. Además el tratamiento indeterminado a que se pretendía someter a los individuos en definitiva resultaba más doloroso para estos que el tradicional dolor inflingido a través de la prisión clásica. Todo ello redundaba en que, salvo quizá la pena capital, la prisión perpetua y posiblemente la castración, ninguna cura demostró ser más eficiente que las demás, puesto que ninguna sirvió como medio para impedir la reincidencia. De ahí que se haya hecho patente que el tratamiento es impotente como medio de control del delito.

No obstante, CHRISTIE advierte que este juicio es sobre la idea de rehabilitación como se ha dado efectivamente en la práctica, muy limitada por

³³¹ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 91

los medios disponibles para llevarla adelante, dado que nunca se han hecho esfuerzos reales por mejorar las condiciones de existencia de las personas al punto de hacer posible un verdadero cambio de comportamiento en ellas: «Nunca se ha emprendido una acción económica y social de tipo masivo. No se ha enriquecido a la gente pobre; no se han dado empleos de clase media a los trabajadores; no se ha ayudado a los jóvenes desarraigados a que realicen sus sueños ocultos; no se ha logrado dar nuevas relaciones sociales duraderas a la gente solitaria. Claro que no se ha hecho nada de esto, pues se requerirían reorganizaciones sociales que están fuera del alcance de los trabajadores en investigación criminológica».³³²

Según afirma CHRISTIE: la miseria y la desdicha deben combatirse por medio de pensiones y de ayuda social, no mediante la cárcel.

6.2. La crítica a las teorías de la Prevención general

CHRISTIE ve con preocupación el hecho de que a la muerte del ideal de la rehabilitación le haya seguido un rápido ascenso de la idea de la pena como disuasión, puesto que, a su juicio, ambas teorías se encuentran emparentadas, ya que las dos tienen en común un elemento manipulativo: «El tratamiento tiene

³³² CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», 1ª edición en español, 1ª reimpresión. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 34.

por objeto cambiar al delincuente; la disuasión es un intento de cambiar la conducta de la gente. En ambos casos es un dolor con un propósito».³³³

Por su parte, MATHIESEN sostiene que en la sociedad occidental contemporánea la noción de justificar el castigo en función de ciertos efectos preventivo generales que a través de él se pudieren alcanzar, se ha convertido en un verdadero paradigma. De acuerdo con ello, la teoría de la prevención general se constituye en un patrón coherente de pensamiento que da por sentado el efecto inhibitorio que el castigo ejercería sobre el resto de los individuos, para disuadirlos de cometer delitos, con lo cual a ésta se la considera una piedra fundamental en una sociedad bien organizada.

Este carácter paradigmático de la prevención general tendría varias consecuencias importantes. En principio ella funciona de manera tal que incluso los datos más contradictorios se dan como base de comprobación del patrón de comportamiento sustentado. Así por ejemplo, cuando ocurre un descenso en los índices de criminalidad, ello se interpreta como que el castigo ha cumplido efectivamente con el efecto preventivo general que se espera de él. No obstante, en aquellas situaciones en que ocurre lo contrario, es decir, cuando los mismos índices de criminalidad muestran un aumento, ello no se interpreta como una demostración de que el castigo no produce en los hechos ningún

³³³ CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», cit., p. 36.

efecto inhibitorio, sino que se aduce que las penas no son lo suficientemente duras, por lo que se propone aumentarlas para que ellas sean capaces de cumplir con la finalidad preventiva general, lo cual, a todas luces, es un contrasentido. Asimismo, ya que en tanto paradigma la prevención general constituye un hecho que se da por sentado, el peso de la prueba en los casos en que se intenta demostrar la falta corrección de su fundamento no se la hace recaer sobre los hombros de quienes sustentan esta teoría, sino justamente de quienes la critican: «se supone que la prevención general funciona; por tanto habría que probar lo contrario»³³⁴. Finalmente, este carácter paradigmático de la prevención general se caracteriza porque a ella se la hace descansar sobre un mero supuesto de sentido común, en tanto se afirma que la sola experiencia indica que en los sujetos el miedo a las consecuencias indeseables es un factor sumamente motivador para evitar que estos lleguen a transgredir la ley, y ello independientemente de cualquier evidencia empírica sobre el hecho.

Ahora bien, MATHIESEN concluye que pese a su carácter paradigmático, la teoría de la prevención general tampoco es capaz de dar un sustento firme a la justificación de la cárcel, y no sólo de ella, sino que su crítica puede ser extendida a todo el sistema; opinión que fundamenta del siguiente modo:

³³⁴ MATHIESEN, Thomas, «Juicio a la Prisión», p. 104; CHRISTIE, Nils, «Los Límites del Dolor», cit., pp. 38 y ss.

Los resultados obtenidos de las investigaciones de campo que se han llevado adelante sobre la materia, en modo alguno serían capaces de demostrar ese supuesto efecto intimidante sobre los individuos que los inhibiría de cometer delitos. Incluso en aquellos casos en que se reconoce que no es el castigo en sí, sino la sola posibilidad, o representación, de recibirlo la que cumpliría los mejores efectos preventivos, el criminólogo noruego sostiene que los resultados obtenidos de los estudios son demasiado magros como para poder concluir que efectivamente se cumple el fin perseguido. En su opinión, en el caso de los delitos más graves, en que los índices de detección son efectivamente altos, existirían otros factores, independientes del sistema de justicia penal, que incidirían en el aumento de este tipo de ilícitos, cuestión que quedaría demostrada, por ejemplo, en un estudio realizado en 1987 referido a la delincuencia juvenil en Alemania, del cual claramente puede concluirse que en el caso de los delitos graves el efecto preventivo de cualquier riesgo experimentado subjetivamente es del todo inexistente.³³⁵ Tratándose de delitos de menor gravedad, MATHIESEN explica que en ellos el índice de detección es muchísimo más bajo producto de la naturaleza propia de la sociedad industrializada, que provoca una gran fragmentación entre sus componentes destruyendo las redes sociales que serían las únicas que permitirían ejercer un efectivo control sobre este tipo de hechos. Así, de nada serviría destinar más

³³⁵ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 112

recursos al ente policial con el objeto de aumentar las posibilidades de detección, debido a que el nivel de control tendría que aumentar tanto para poder ser efectivo, que ante ello sería menester construir un verdadero Estado policial y de vigilancia, que considera inaceptable.³³⁶

Además agrega que en la teoría de la prevención general subyace la idea de que a través del castigo el Estado puede comunicar a sus miembros determinados mensajes que apuntan a disuadir, educar moralmente y formar hábitos en la población. Este proceso de comunicación tiene un carácter complejo. Consiste en una transferencia de significado entre las partes interactuantes, que en el caso particular de la relación entre el Estado y sus súbditos adquiere la característica de ser predominantemente en un solo sentido: desde el Estado hacia los individuos. A esto es a lo que el autor denomina una *política de significación*.³³⁷

Como el significado no puede transferirse directamente, es menester recurrir a determinados *portadores de significado* —palabras, figuras, expresiones, etc.—, que también pueden ser denominados «signos». Estos signos una vez transferidos necesitan ser decodificados por el receptor de ellos, quien los interpreta, motivo por el cual estos sólo pueden operar dentro de un contexto de entendimiento. En este sentido, el mensaje que se quiere

³³⁶ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 113

³³⁷ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 119

comunicar no dependerá sólo del carácter que adopte éste externamente, sino también, en gran medida, de la significación que a él le dé quien realiza la decodificación. Para que la comunicación sea posible, es menester que exista un entendimiento previo o estructura de signos común entre emisor y receptor, para que el significado que se cree en éste último pueda ser común a las dos partes: «el significado se genera mediante la relación que se establece entre una realidad externa —lo que llamamos hechos y objetos—; signos —la lengua y otras expresiones perceptibles—; y la interpretación —el proceso de integrar el signo en una estructura más amplia de signos—. Vale decir entonces que el significado, se genera por la interacción entre estos tres aspectos o elementos.»³³⁸

A juicio de este autor, el castigo implementado por el Estado con vistas a alcanzar los efectos previstos de la prevención general fracasa en varios aspectos de este proceso comunicativo.

En principio, los hechos que se quieren comunicar generalmente son demasiado imperceptibles para que tengan un efecto real en la actitud de quienes interpretan. En este sentido, MATHIESEN sostiene que habitualmente los partidarios de la prevención general recurren al uso de lo que él llama «casos *testigo*» para fundamentar la idoneidad de sus afirmaciones. No obstante, en su

³³⁸ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», pp. 120-121

opinión, y siguiendo en este caso a CHRISTIE³³⁹, sostiene que estos casos *testigo* en general no son más que situaciones excepcionales en que, por ejemplo, un alto nivel de detección o un endurecimiento ostensible del castigo traen como consecuencia determinados efectos sociales. Pero estos casos habitualmente son totalmente diferentes de las situaciones a que se ve enfrentado, por ejemplo, un juez en su labor diaria. Normalmente el juez en su práctica debe decidir entre sanciones que están bastante próximas entre si — tres o seis meses de cárcel, condena con o sin beneficios, etc.—, mientras que los casos testigo de prevención general implican diferencias drásticas entre estímulos tales como la policía versus el no control de la policía, o la impunidad absoluta versus el castigo. Situación similar ocurriría en el ámbito legislativo, en donde la complejidad y lentitud de éste traería como consecuencia que las normas —como aquellas que fijan el límite de castigo para determinados delitos— generalmente sólo cambien en forma gradual y/o en términos de detalles.

En atención a lo anterior, sería absurdo esperar que variaciones de tan baja entidad —sea en la práctica judicial o legislativa— pudieran tener un real impacto en el comportamiento de quienes han de interpretar el mensaje, por cuanto éste adquiriría un significado distinto entre emisor y receptor.

³³⁹ CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», cit., p. 41

Llevado a términos prácticos, esta dificultad en la transmisión del mensaje en los términos esperados por el emisor adquiere especial manifestación en la sociedad contemporánea en que el anonimato a que lleva la industrialización y la urbanización provoca que, en la generalidad de los casos, los mayores recursos destinados a la policía no se traduzcan en un incremento ostensible en la detección de los crímenes de baja entidad. Por ello, las medidas que a este respecto toma la autoridad difícilmente serán percibidas de igual modo por la ciudadanía.

Situaciones en que una medida traiga aparejada un gran aumento en la posibilidad de detección —que en definitiva es la única forma de que la prevención general adquiera significado, ya que por más que se estableciera pena de muerte hasta para los delitos menos importantes, si efectivamente no hay forma de detectar su comisión, el impacto obtenido sería nulo—, son del todo atípicas. Y en los casos en que indudablemente se produce un gran cambio al interior de una sociedad, ello habitualmente ocurre en un proceso largo, por acumulación de pequeños cambios, que en la perspectiva del cambio global resultan casi imperceptibles, y así son recibidos por la sociedad.

En lo que respecta a los medios a través de los cuales el Estado trata de comunicar este mensaje que se pretende entregar usando el castigo, habitualmente se recurre a los medios de comunicación masiva, los cuales constituyen organizaciones complejas que representan intereses muy distintos

que el de entregar comunicación sobre la ley. Estos medios centran particularmente su atención en la relación entre noticias y ventas, por lo que el acento lo ponen doblemente sobre noticias sorprendentes y noticias que venden, cuestión que distorsiona la información que se transmite en general, y más aún la comunicación de la información sobre el delito, por cuanto se privilegian sobre todo las desviaciones graves, la violencia y el sexo³⁴⁰, por lo que los detalles más o menos refinados de la legislación y la práctica condenatoria llegan al público con dificultad y pocas veces son reconocibles.³⁴¹

³⁴⁰ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 125.

³⁴¹ El proceso por medio del que se determina la información que habrá de llegar al público responde a dos características. En un primer momento, se produce lo que en sociología de la comunicación se denomina «filtración», en el que se deja fuera de la agenda noticiosa de manera sistemática, y a veces total, todo lo que se refiera a los detalles de la legislación y la práctica condenatoria, y las opciones entre sanciones que están cercanas entre sí y corresponden a la rutina cotidiana de la política criminal, por ser todo esto «poco atractivo» para el gran público, es decir, *no vende*. Una vez realizada la filtración se pasa al siguiente momento, el del «enfoque». Acá, entre aquellas informaciones que han sobrevivido a la filtración se prioriza para determinar cuáles habrán de tener más preeminencia, aquellas que irán, por ejemplo tratándose de un medio escrito, en la portada, cuáles en las páginas centrales, cuál será el espacio dedicado a cada una etc. Asimismo, también se determina a qué noticias es menester darle un tratamiento especial, sobre cuáles habrá que hacer entregas sucesivas, etc., y todo ello en función de analizar cuáles de las noticias disponibles pueden causar un mayor impacto en la opinión pública, y que por tanto conciten una mayor atención. Como explica MATHIESEN: «Tanto la diferencia como la relación entre filtración y enfoque son importantes. Mediante la filtración se elimina el material no sensacionalista y no dramático, mientras que a través del enfoque se pone de relieve el material sensacionalista y dramático. Esta es la diferencia principal entre los dos conceptos. Pero como ya lo mencionamos, el enfoque simultáneo sobre lo sensacionalista y lo dramático se lleva a cabo después de la filtración, vale decir, luego de haber hecho la primera selección. He aquí pues la relación principal entre los dos. El material no sensacionalista y no dramático que sobrevive a la filtración sigue siendo parte de la noticia, sólo que ocupa un lugar relegado debido al enfoque realizado.» (MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 126).

Si bien existen diferencias de matices entre los diversos medios —prensa escrita, radio, TV—, el proceso en general es más o menos similar. Así entonces, el grueso de la información «jurídica» resulta radicalmente distorsionada, creándose una sensación ambiente de que hay una criminalidad mucho más grave y violenta que la que efectivamente existe. Y

Finalmente, también resulta relevante el contexto en que se efectúa la interpretación del mensaje que se pretende comunicar a través del castigo. Este habrá de ser entendido de muy diversa manera dependiendo del medio en que se desenvuelve el receptor. Posiblemente para aquellos que se encuentran del «buen lado» del camino, el castigo, o su posibilidad, no signifique nada más que un obstáculo adicional para llevar a cabo hechos que de todas formas no llegaría a cometer, aún si es que el castigo adosado a este fuera de menor entidad. En cambio, tratándose de aquellos sujetos inmersos en un ambiente cruzado por los problemas sociales, en que predominan el alcohol, la droga, las disfunciones familiares, los problemas laborales y la falta de expectativas educacionales, el mayor castigo no será interpretado como una amenaza de sanción disuasiva, sino, posiblemente, como mayor opresión, mayor moralización o mayor rechazo. Esto es lo que lleva a MATHIESEN a sostener que: «la prevención general funciona con relación a aquellos que no la "necesitan". Con relación a quienes la "necesitan", no funciona.»³⁴²

Otro aspecto en el que centra su atención MATHIESEN para deslegitimar las teorías de la prevención general tiene su asiento en principios morales.

todos los esfuerzos cotidianos por comunicar el discurso preventivo general, que se manifiesta principalmente en la persecución diaria del delito masivo pierde todo sustento, por cuanto en la mayoría de las ocasiones ni siquiera llega el público masivo, que se informa principalmente a través de los grandes medios de comunicación.

³⁴² MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 129

En primer lugar, retornando a la vieja concepción kantiana de que el hombre siempre es un fin en sí mismo, y no puede ser utilizado como medio para la consecución de otros fines, MATHIESEN se pregunta que cuál es el fundamento moral para castigar a alguien —incluso con más dureza— a fin de evitar que otras personas, totalmente distintas que aquel individuo, lleguen a cometer iguales actos.

En su opinión, lo anterior es aún más grave, toda vez que habitualmente aquellos individuos usados como instrumentos y castigados para provocar en otros el respeto a la ley, pertenecen a los sectores más marginados de la sociedad, gente pobre y fuertemente estigmatizada, que requiere asistencia más que castigo.

Para MATHIESEN —quien responde a una matriz ideológica marxista—, el sistema penal posee un marcado carácter de clase, en donde la igualdad «formal» de la ley, carente de toda referencia a «dases» es incapaz de hacer superar la desigualdad. Aunque la ley pueda estar redactada en términos que debería ser aplicable de igual forma para todas las personas, en los hechos ello no ocurre de este modo, toda vez que la ley penal no amenaza ni al capital privado ni a la explotación internacional de las naciones débiles, sino que se ensaña sólo con las personas provenientes de las clases bajas que han cometido actos de hurto o similares. Incluso afirma que frente a conductas parecidas la ley responde de distinta manera si quien la realiza es una persona

acomodada o un desposeído.³⁴³ Además, la gente de los estratos altos de la sociedad, en los casos en que comete actos ilícitos, tiene mayores posibilidades de encubrirlos, por cuanto estos actos habitualmente se insertan dentro de un sistema organizativo complejo en donde es factible valerse de métodos muy difíciles de descubrir. E incluso en aquellos casos en que efectivamente los ilícitos son detectados, el rico puede fácilmente solucionar el asunto y evitar el castigo mediante acuerdos a los que llega con la autoridad, como ocurre principalmente en materia impositiva. Y en aquellas situaciones en que esto último no es posible, al menos cuentan con los recursos para pagar una mejor defensa.

Finalmente, MATHIESEN sostiene que este carácter de clase del sistema penal también se demuestra en el hecho de que los mayores recursos que el Estado destina para perseguir el delito van enfocados a aquellos ilícitos de los que habitualmente cometen los sectores más bajos, mientras que respecto de aquellos que cometen los sectores altos, como los grandes delitos económicos, generalmente reciben una menor atención y menores esfuerzos policiales y judiciales: «El punto principal es que el juez en raras ocasiones se ve enfrentado a casos similares protagonizados por individuos de distintas clases sociales. En virtud del proceso descrito anteriormente, quienes son llevados ante los tribunales son, por lo general, aquellos delincuentes que han cometido

³⁴³ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 133.

delitos tradicionales y sufren en mayor o menor medida la pobreza. Más allá de que exista igualdad o no ante los tribunales, son precisamente estos últimos quienes terminan en nuestras cárceles.»³⁴⁴

Volviendo al tema de la prevención general, todo lo anterior hace concluir a MATHIESEN que: «El proceso sistemático por el cual la igualdad formal de la ley penal es incapaz de poner freno efectivo a la desigualdad (más bien la enmascara), torna más urgente la cuestión moral: al castigar a las personas en aras de la prevención general, en realidad se está sacrificando, en gran medida, gente pobre y estigmatizada para mantener a otros en la buena senda.»³⁴⁵

Al concluir respecto de si la cárcel es o no defendible desde el punto de vista de la prevención general, MATHIESEN asegura que si bien cada uno de los argumentos desarrollados precedentemente, actuando por separado puede no dar una respuesta concluyente, de la interrelación de todos ellos es posible derivar una base sólida para sostener que, así como la cárcel no es capaz de cumplir con los objetivos establecidos para la rehabilitación, tampoco es capaz de provocar la prevención general y evitar así que nuevos delitos lleguen a cometerse.

³⁴⁴ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 135

³⁴⁵ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 135

6.3. Crítica al modelo neoclásico o Justice Model

Tal y como señalamos en el capítulo anterior, a mediados de los años 70 se fue consolidando, principalmente en Estados Unidos, todo un movimiento de crítica al proceso penal, y a la ideología y la práctica resocializadora, que tuvo expresión en la aparición de un gran número de publicaciones en que se detractaba el welfarismo penal y su «modelo de tratamiento individualizador»³⁴⁶.

Aunque heterogéneas, estas teorías tomadas en conjunto, y en tanto opuestas al «modelo médico» o de «tratamiento» entonces reinante, pasaron a conformar lo que se denominaría «Modelo de Justicia» o *Justice Model*³⁴⁷, que nucleaba un cúmulo de exigencias y propuestas dirigidas a reformar el sistema jurídico penal, las cuales, siguiendo a ZYSMAN QUIRÓS³⁴⁸, pueden sintetizarse en 6 puntos, altamente interrelacionados entre si:

1. proporcionalidad entre castigo y delito;
2. penas determinadas;
3. crítica a la discrecionalidad judicial y penitenciaria;

³⁴⁶ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», 1ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005. Traducción de Máximo Sozzo, p. 110.

³⁴⁷ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona*», en Iñaki Rivera [coord.], «*Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*», 1ª edición. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

³⁴⁸ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona*», cit., p. 268.

4. crítica a la disparidad en la determinación de las penas;
5. sustancial reducción de las penas de prisión, privación del derecho a la libertad —estrictamente— y rehabilitación como opción de carácter voluntario, y
6. afianzamiento de la noción del debido proceso legal.

Debido al carácter de las reivindicaciones impulsadas desde el *Justice Model*, que en mucho recordaban a las viejas ideas, valores y filosofía de la Ilustración, a esta corriente también se le ha llamado «neoclásica»³⁴⁹.

³⁴⁹ En la concepción «clásica» del Derecho penal, una de las consignas centrales que se enarbolaba era la exigencia de que se establecieran con claridad, y previamente, la sanción que habría de aplicarse a cada delito, la cual debía ser en todo proporcional a la gravedad del acto cometido. Enfocadas en su marco histórico, estas ideas habían surgido desde la burguesía, como un intento para frenar las arbitrariedades existentes durante el régimen de justicia feudal, en que enfrentados a idéntica situación, un noble habitualmente resultaba absuelto o sólo debía pagar una multa, mientras que al burgués se lo condenaba, y debía sufrir en su cuerpo las consecuencias de este castigo, que incluso podía consistir en la muerte del culpable. Es por ello que la nueva clase que ascendía en el poder buscó establecer un freno ante estas iniquidades, exigiendo igual castigo, no importa si quien era juzgado era noble o plebeyo, para lo cual se sostuvo que la medida del castigo debía ser establecida firmemente de antemano, de acuerdo con la gravedad del hecho, y no de acuerdo con el rango social del culpable o la discreción del juez. Quien mejor expresara estas ideas fue BECCARIA en su célebre *Tratado*, en el cual asevera que: «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.» Y respecto a la proporcionalidad, más adelante agrega: «No sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.» (BECCARIA, César Bonesana, Marqués de, «*Tratado de los Delitos y de las Penas*», Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993, pp. 61 y 68). En términos generales, el movimiento «neoclásico» recoge lo central de estas ideas acrisoladas durante la

Pese a ser numerosas las publicaciones que se enmarcan en la corriente neoclásica³⁵⁰, dos son las obras que se destacan como fundamentales por la literatura especializada: «*Struggle for Justice*» (1971); y «*Doing Justice: The Choice of Punishments*» (1976), elaborado por el *Committee for the Study of Incarceration*, bajo la dirección de Andrew von HIRSCH.

«*Struggle for Justice*» es considerado el primero y más radical de los trabajos que iban enfocados a la crítica del sistema penal imperante, fuertemente enfocado en la rehabilitación. Según GARLAND, él destaca no sólo por su contenido, sino porque a diferencia de otros escritos sobre la materia, la crítica surgió desde el interior de la socialdemocracia welfarista, aún cuando se tratara de una versión radicalizada de la misma.³⁵¹ En efecto, el encargado de elaborar este informe fue el *Working Party of American Friend's Service Committee*, un vástago de la comunidad cuáquera de los Estados Unidos, la misma que anteriormente había introducido en ese país la idea del tratamiento,

Ilustración, aunque no de manera mecánica, sino al amparo de experiencias e influencias teóricas más recientes.

³⁵⁰ Para un estudio más acabado del *Justice Model* y las diferentes corriente neoclásicas, vid.: ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*El Castigo Penal en EE.UU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente*», en Iñaki Rivera Beiras [coord.], «*Mitologías y Discursos sobre el Castigo. Historias del Presente y Posibles Escenarios*», 1ª edición. Barcelona: Anthropos, 2004, pp. 253 y ss; Zysman Quirós, Diego, «*La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona*», cit., pp. 265 y ss.; GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., pp. 110 y ss.

³⁵¹ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., p. 112.

que tuvo su mayor expresión en las directrices de los tratamientos aplicados en la Cárcel de Pensilvania.³⁵²

Este Comité estaba conformado por académicos, activistas y ex-prisioneros, quienes se alineaban explícitamente al naciente movimiento por los derechos de los presos, el cual se consideraba parte de una lucha aún mayor por alcanzar mejores niveles de justicia social, económica y racial. En su Informe, publicado poco tiempo después de los graves sucesos acaecidos en la cárcel de Attica el 9 de septiembre de 1971, estos declaraban abiertamente que «el modelo del tratamiento individualizado, el ideal hacia el que los reformadores nos han orientado por lo menos desde hace un siglo, es teóricamente inconsistente, sistemáticamente discriminatorio en su aplicación e incompatible con algunos de nuestros conceptos más básicos de justicia»³⁵³.

El principal punto en que el informe centraba su ataque era el uso discriminatorio que se hacía del aparato del poder punitivo, particularmente de la prisión, la cual era vista como una herramienta dirigida especialmente a reprimir a los afroamericanos, los pobres, los jóvenes, y otras diversas minorías culturales. Los autores argumentaban que el modelo del tratamiento correccionalista individualizado no cumplía otra misión sino encubrir este uso

³⁵² CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», cit., p. 51.

³⁵³ Citado por: GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., p. 110.

discriminatorio del poder estatal, legitimando y extendiendo los abusos cometidos, mientras disimulaba la dura realidad del castigo con una retórica benigna y llena de eufemismos.

Asimismo, se criticaba la «penología progresista», por considerarse que ella estaba llena de paternalismo e hipocresía, por su fe ingenua en que el castigo podía dar resultados útiles, y por su deseo de imponer «tratamientos» con o sin el consentimiento de los condenados. Por otro lado, también se atacaban las teorías deterministas y los métodos positivistas de la criminología correccionalista, al igual que sus supuestos de que la violación de la ley penal es sintomática de una patología individual y de que las costumbres de las clases medias blancas constituyen un sinónimo de las normas de salud social.

Pero donde el Informe dirigió su ataque más feroz, fue hacia el poder penal discrecional, encarnado en las condenas indeterminadas orientadas hacia el «tratamiento» y en las medidas de seguridad preventivas, por cuanto se afirmaba que ello era utilizado de forma sistemática para discriminar y reprimir, en función de las necesidades de control de las instituciones penales o de los intereses políticos de la clase dominante.³⁵⁴

Con posterioridad, en 1976, vio la luz otro texto que, si bien no era tan radical en su crítica como «*Struggle for Justice*», es considerado como el

³⁵⁴ Cfr. GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., pp. 110-111.

trabajo que mayor influencia habrá de producir en la postura neoclásica. Nos referimos a «*Doing Justice: The Choice of Punishments*», el cual fue resultado del estudio llevado adelante por un grupo heterogéneo de expertos del más alto nivel, denominado *Committee for the Study of Incarceration*, aunque debido a que fue Andrew VON HIRSCH quien dirigió al grupo y además fue el encargado de dar su redacción final al Informe, habitualmente se lo señala a él como representante principal de la postura, quien la habrá de seguir sustentando incluso en trabajos más nuevos, como «Censurar y Castigar»³⁵⁵, aparecido en 1993.

Según apunta GARLAND³⁵⁶, un aspecto a destacar de *Doing of Justice*, es que él, a diferencia de lo ocurrido con el resto de los trabajos críticos aparecidos en la época, se sale del marco utilitarista para abrazar explícitamente una filosofía retribucionista del castigo, a la cual se ha denominado *just desert* o *justo merecimiento*³⁵⁷. Este es un hecho no menor, si se toma en consideración el amplio descrédito en que se encontraban las tesis retribucionistas en aquella época, las cuales habían sido ampliamente abandonadas por la mayoría de los estudiosos de la ciencia criminal, puesto que recordaban demasiado a los

³⁵⁵ VON HIRSCH, Andrew, «*Censurar y Castigar*», 1ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 1998. Traducción de Elena Larrauri.

³⁵⁶ GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», cit., p. 116.

³⁵⁷ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*El Castigo Penal en EE.UU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente*», cit., p. 253.

postulados del talión y de la venganza. En atención a esto, von HIRSCH habría de esforzarse por separar aguas entre la idea de retribución clásica y la de venganza, popular y estatal, proponiendo el uso de otro concepto, el de *merecimiento*, menos cargado de las implicancias que encerraba el de retribución, y más relacionado con la idea de derechos individuales, en que la búsqueda de la pena se dirige hacia el culpable por lo que efectivamente ha hecho, y no se ve al castigo como medio para lograr beneficios sociales³⁵⁸. Como señala GARLAND, en *Doing of Justice* se destacaba: «la superioridad moral de los castigos proporcionales que miraran hacia el pasado —la «pena justamente merecida»— y los peligros inmorales y autoritarios de las medidas penales basadas en predicciones sobre la criminalidad futura o en evaluaciones del carácter y modo de vida del individuo».³⁵⁹ En este sentido, el justo merecimiento se enarbola como una teoría de la justicia aplicada al castigo penal, que criticaba a la rehabilitación, y su idea de la pena como instrumento preventivo de naturaleza utilitarista, por cuanto era incapaz de conciliarse con límites precisos para determinar el castigo a aplicar. Esta teoría rescata el arsenal teórico de las formulaciones kantianas y parte del penalismo clásico contenido en las ideas de BECCARIA y BENTHAM, que liga a la idea de

³⁵⁸ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «El Castigo Penal en EE.UU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente», cit., pp. 255-256.

³⁵⁹ GARLAND, David, «La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea», cit., p. 116

retribucionismo, las de proporcionalidad y prevención general.³⁶⁰ Así, en la concepción del justo merecimiento, la severidad de la pena debe ser proporcional al delito cometido, lo cual, además de ser éticamente plausible, cumpliría la función de otorgar a los jueces una guía a la hora de llevar adelante su labor, cuestión que otras teorías raramente les ofrecen. De este modo, según ha señalado HIRSCH, «El principio de proporcionalidad —que las sanciones sean proporcionalmente severas a la gravedad de las infracciones— aparece como una exigencia de justicia. La gente siente que los castigos que se adecuan a la gravedad de los delitos son más equitativos que aquellos que no lo hacen.»³⁶¹

Ahora bien, según expone MATHIESEN, aunque en la fundamentación declarada de la teoría neoclásica del *justo merecimiento* se encuentra un fuerte acento en un ideal de justicia, en base al cual determinar las penas aplicables en proporción al delito cometido, este ideal no se encuentra sólo, sino que además le acompañaría una cierta acentuación en la defensa social — combinada con nociones de justicia— y especialmente en la prevención general. Lo que se expresaría en que haya una distinción entre la razón de

³⁶⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «El Castigo Penal en EE.UU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente», cit., p. 255.

³⁶¹ VON HIRSCH, Andrew, «Censurar y Castigar», cit., p. 31.

existencia del castigo en la sociedad —por qué se castigan ciertos actos— y la razón de la concreta organización y uso del sistema penal.³⁶²

En lo que se refiere al *por qué* han de castigarse determinados actos como delitos, la teoría neoclásica no se conforma con acudir sólo a criterios de justicia, sino que en ello mira ciertos requerimientos de utilidad social, razón por la que la fundamentación del castigo en sí habría que buscarse más bien en criterios de prevención general, que sólo en fines retributivos.

Distinto ocurre respecto de la razón de la organización concreta y uso del sistema penal. Aquí expresamente se niega toda posibilidad de que se recurra a criterios utilitaristas, por cuanto la razón del uso de las escalas del castigo y la determinación concreta del castigo debe responder a criterios exclusivos de justicia. Dicha justicia, a juicio de MATHIESEN, podría caracterizarse como una «justicia de la balanza en equilibrio», es decir, lo que se pretende es un equilibrio entre dos valores que pueden ser mirados como equivalentes, en este caso: delito y castigo. Así, el valor del castigo se determina según la objetabilidad o gravedad del delito, cuestiones ambas que dicen relación con la culpabilidad del delincuente y el daño o el peligro que el acto haya causado.

Aquí es donde MATHIESEN ve el primer gran problema de la teoría neoclásica del justo merecimiento basado en la justicia. Para poder determinar

³⁶² MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 184.

el castigo adecuado, sería necesario primero conocer la objetabilidad o gravedad del delito, pues sólo en base a ella podría afirmarse que un determinado castigo resulta proporcional al hecho cometido. La forma que se ha dado para resolver la objetabilidad/gravedad de un delito, es, primeramente, comparar ese delito con otros delitos, es decir, «se considera el delito individual dentro de un contexto de otros delitos, y se determina la objetabilidad o gravedad del delito individual mediante una comparación»³⁶³. La pregunta que lógicamente resulta a este respecto es, ¿y cómo habrá de determinarse la objetabilidad/gravedad de esos otros delitos que servirán de punto de comparación para establecer la objetabilidad/gravedad del primero? Pues, según se expresó en un Informe aparecido en Finlandia en 1986 —país en donde más acogida han tenido las ideas neoclásicas— la solución sería fijar la objetabilidad/gravedad de estos otros delitos por «lo que el delito merece en términos de castigo, es decir, por el valor de castigo»³⁶⁴. O sea, en este caso estaríamos ante un claro ejemplo de razonamiento circular, toda vez que de acuerdo con esto, el castigo debería fijarse en razón de criterios de objetabilidad/gravedad del delito, pero a su vez dicha objetabilidad/gravedad habrá que fijarla en base al castigo merecido, con lo que no hacemos otra cosa que volver al punto de partida.

³⁶³ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 193.

³⁶⁴ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 194.

Según MATHIESEN este carácter circular del razonamiento no es algo achacable en exclusiva a las teorías neoclásicas, y a los Informes que en ella se han inspirado, sino en general a todas las teorías absolutas, siendo aquel tan antiguo como éstas.³⁶⁵ A su juicio, el problema de no darle una salida a la circularidad es que, si bien reconoce que en muchos de los planteamientos neoclásicos hay una gran cuota de buena fe, que pretende reducir la aplicación de castigo, en los hechos, ello también podría usarse para fundamentar una petición de castigos más severos y un aumento en las cifras carcelarias, por cuanto en ambos casos el argumento de la «justicia» podría resultar igualmente útil. Por ello para que sea posible una proporcionalidad entre castigo y delito, es necesario fundamentar de manera independiente la objetabilidad/gravedad del delito, por un lado, y la severidad del castigo, por otro, aunque, en su opinión, incluso si se solucionara este problema, surgirían igualmente otros que harían muy difícil dictar justicia equitativamente.³⁶⁶

Otro aspecto en que desde el abolicionismo se critica la concepción neoclásica, dice relación con el hecho de que conceptos como «objetabilidad» y

³⁶⁵ En este punto MATHIESEN reconoce que quien ha hecho los esfuerzos más grandes por evitar caer en un razonamiento circular es von Hirsch, quien intenta establecer criterios independientes de seriedad. No obstante, concluye que ni siquiera este último autor logra salir bien parado de este asunto, toda vez que en definitiva, él recomienda, al menos en lo concerniente a delitos básicos como el hurto, violencia y fraude, atenerse a la definición legal del delito y el conocimiento común disponible de sus probables efectos. No obstante, apunta Mathiesen, parece imposible evaluar la definición legal del delito, sin tener en cuenta el valor del castigo, con lo que caeríamos nuevamente en el razonamiento circular. MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 196

³⁶⁶ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 197.

«gravedad» llevan necesariamente a la noción de criterios morales para valorar el delito, lo que si bien sirve como criterio independiente para romper el pensamiento circular, trae aparejados otros graves obstáculos para la aplicación de un *justo merecimiento*.

En primer lugar, la evaluación moral —y con ella la percepción de la gravedad o la objetabilidad del delito— no se mantiene estática, sino que ella cambia a través del tiempo, cuestión que puede producirse no sólo en períodos históricos relativamente largos —como ha ocurrido, por ejemplo, con la idea que se tiene respecto de la blasfemia o la homosexualidad—, sino también en períodos relativamente cortos, como ocurre en aquellas situaciones en donde se producen cambios drásticos en la valoración moral que se hace de los sucesos —los llamados períodos de pánico moral.

Y así como la valoración moral varía en el tiempo, también lo hace a nivel espacial. Como ejemplo de ello, tenemos la distinta valoración que frente a hechos similares se hacen en diferentes sociedades, e incluso, las percepciones cambian al interior de una misma sociedad, cuando nos movemos entre los distintos grupos o subgrupos que la conforman.

Según afirma MATHIESEN: «la evaluación moral de la gente está lejos de ser completamente flexible. Pero tampoco es completamente fija. Varía lo

suficiente, incluso en períodos cortos y entre grupos, como para complicar la evaluación moral de gravedad y objetabilidad.»³⁶⁷

Aún más, la valoración moral de la gravedad y la objetabilidad se torna aún más compleja si se toma en cuenta que quienes se ven atrapados por las redes del delito —al menos de los delitos más comunes— son generalmente personas que pertenecen a los sectores pobres de la población, gente altamente golpeada económica, psicológica y socialmente, quienes finalmente son los que acaban cumpliendo largas penas en las cárceles. Ante esto, cabe preguntarse ¿merece igual castigo un acto cometido en una situación de carencia material —absoluta o relativa—, que el mismo acto cometido bajo otras circunstancias?

Según opina CHRISTIE, uno de los grandes problemas de las teorías neoclásicas es que tienden a la simplificación, y no se hacen cargo de las grandes diferencias que existen al interior de la sociedad, centrando su atención solamente en los individuos y no en las estructuras sociales. Así, citando a Greenberg y Humphries, este autor afirma: «una filosofía que trata de dar a cada quien su merecido enfoca la atención en el perpetrador individual únicamente. Si yo pierdo mi empleo porque la economía se está contrayendo y luego robo para mantenerme a mí y a mi familia (o si tengo poca edad y robo

³⁶⁷ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», p. 201.

porque el Estado ha aprobado una legislación en contra del trabajo de los niños, o si golpeo con rabia porque el color de mi piel me somete a una discriminación que reduce mis oportunidades) el modelo del castigo merecido indica que debo ser castigado por mi acción indebida, aunque quizá no tan severamente como se me castigaría en mis circunstancias actuales. No es necesario negar por completo la responsabilidad individual en estos casos para ver que, al colocar mi culpabilidad y el castigo que debo recibir en el centro de la atención, se relegan otros temas a la periferia: la dinámica de la economía capitalista; la manera en que adjudica beneficios y daños entre las clases, razas y sexos, y al hacerlo degenera las condiciones estructurales a las cuales responden los miembros de la sociedad cuando violan la ley; y la forma en que los intereses de clase están representados en la ley o excluidos de ella. Todo esto se descuida en favor de una abstracta preocupación moral por la conducta del delincuente individual.»³⁶⁸

Altamente relacionada con el punto anterior es otra de las críticas dirigidas por el abolicionismo a la teoría neoclásica. De acuerdo con esta, a la complejidad que presenta analizar moralmente una conducta para fijar la objetabilidad y la gravedad de un delito, se suma el hecho de que las percepciones varían dependiendo de la posición que tenga quien realiza esta valoración.

³⁶⁸ CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», cit., pp. 61-62.

Según sostiene CHRISTIE, el neoclasicismo pretende colocar al castigo en una posición aséptica, en que la aplicación de éste se vuelve una función casi automática, incapaz de perturbar la conciencia de quien deba ejercerlo. Al centrar la atención exclusivamente sobre el individuo, se ve a éste como el único culpable de su situación, realizándose de este modo una conexión automática entre el delito y el castigo, en virtud de la cual una vez que un acto ha sido clasificado como delito, la cantidad de sufrimiento que habrá de aplicarse también ha sido en gran parte decidida. De este modo, se absuelve al ejecutor individual de cualquier tipo de responsabilidad personal por aplicar el sufrimiento, ya que, al ser el criminal quien actuó primero, fue él quien inició toda la cadena de acontecimientos que desembocaran en la aplicación de un castigo: «El dolor que sigue ha sido creado por él, no por aquellos que manejan los instrumentos que producen tal dolor».³⁶⁹

Sobre este particular, MATHIESEN llama la atención sobre numerosos estudios que indicarían que mientras más cercano se encuentra, respecto del acto y del individuo, quien debe decidir sobre el castigo, mayor es la cantidad de matices y más liberal el punto de vista que frente al caso se adopta. Y que, como contrapartida, mientras mayor es la distancia que se tenga, más superficial se vuelve la actitud. Esto trae como consecuencia que a la hora de determinar la gravedad o la objetabilidad de un delito, con miras a fijar la

³⁶⁹ CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», cit., p. 66.

severidad del castigo que le corresponde, la valoración se relativice dependiendo de cuan involucrado está en el hecho quien tiene a su cargo realizar esta valoración.³⁷⁰

Finalmente, la teoría neoclásica es criticada por los abolicionistas porque parte de una falsa creencia de que el dolor producido con el castigo tiene el mismo carácter que el producido en la víctima por medio del delito, y que por tanto puedan mirarse como equivalentes a la hora de fijar la cantidad de castigo que habrá de traer aparejado un determinado delito.

Particularmente en lo que dice relación con el encarcelamiento, MATHIESEN pone de relieve que él involucra múltiples formas de padecimiento en quien lo sufre, que no siempre están determinadas de manera objetiva y preestablecidas en la norma penal, las que van más allá de la sola privación de libertad, que ya de por sí implica un rechazo moral deliberado del delincuente por parte de la comunidad libre.

En efecto, aparte de esta —y siguiendo en este punto a Gresham SYKES—, MATHIESEN destaca que la cárcel también implica una privación de bienes y servicios, que en virtud de las concepciones arraigadas en la sociedad occidental, envuelve un ataque profundo a la personalidad del individuo — pensemos por ejemplo en los baños existentes al interior de las cárceles, o en

³⁷⁰ Cfr. MATHIESEN, Thomas, «Juicio a la Prisión», cit., pp. 204 y ss.

la imposibilidad de consumir ciertos productos, o en la obligación de dormir hacinados, compartiendo espacios reducidos con personas desconocidas, etc.— . Además, ella también significa una privación de las relaciones heterosexuales, que provoca problemas no sólo fisiológicos, sino también psicológicos en quien sufre la privación. Cuestión que se ve agravada si se toma en cuenta que habitualmente los presos viven al interior de las cárceles en condiciones de seguridad precarias, compartiendo con otros hombres que en general tienen un largo historial de conductas violentas, y los que, al verse privados de relaciones heterosexuales, tienden a caer en conductas homosexuales, en donde aquellos más débiles llevan las de perder. Y esta sensación de inseguridad en algunos presos a veces resulta tan angustiante que prefieren ser sometidos a situaciones de total aislamiento antes de tener que compartir una vida en esas condiciones con otras personas. Entonces el aislamiento se considera un mal menor, pese a que, en la mayoría de los casos, él es más bien tomado como una forma de castigo disciplinario para quienes incumplen las normas al interior de las cárceles.

Asimismo, el encarcelamiento también trae aparejada una fuerte pérdida de autonomía. Y ello no sólo relacionado con la falta de libertad de desplazamiento que implica el encierro, sino que a su vez, al interior de las cárceles, los sujetos se ven sometidos a rígidos regímenes destinados a controlar su conducta hasta el más mínimo detalle.

Por otro lado, a la anterior lista de padecimientos hay que sumar el poder con que la cárcel ejerce el castigo. Las autoridades a cargo de los presos controlan una serie de beneficios y cargas, tanto formales como informales, que pueden llegar a ser muy relevantes para la vida del preso, o al menos mucho más que para alguien que se encuentre en libertad —pensemos, por ejemplo, en la prohibición de recibir visitas, o cartas, o en la prohibición de salir al patio, o de verse privado de libros para matar el tiempo, etc.—.

Toda esa larga lista de situaciones que pueden producir dolor en el preso, muchas de las cuales no pueden ser evaluadas en propiedad desde fuera de la cárcel —o al menos no por alguien que no ha sufrido en carne propia el encierro—, hacen que el valor real del castigo sea muy difícil de mensurar, cuestión que se ve agravada si se toma en cuenta que muchas de estas medidas no siempre son recibidas de igual forma por las distintas personas que se ven sometidas a ellas. Así, mientras para alguien puede ser intrascendente verse privado de la literatura por un período determinado, para otro puede tornarse en algo casi insoportable; y si esto ocurre con algo tan pedestre, hay que imaginar lo que sucede con medidas muchos más aflictivas, como verse privado de la posibilidad de ver a la familia o de salir a tomar el sol.

Lo anterior hace afirmar a MATHIESEN que no es posible «compensar» el padecimiento de quien se ve sometido al castigo con aquel que sufre quien es víctima de un delito. No son entidades comparables que puedan ponerse sobre

una balanza con el objeto de equilibrarlas. No se puede comparar el dolor recibido por haber perdido un televisor, con aquel sentido por quien es sometido por ese hecho a un período de prisión; así como tampoco puede compararse estar un tiempo en la cárcel, por más largo que éste sea, con el dolor de haber perdido un ser querido. Los padecimientos en estos casos son tan diferentes que no pueden en modo alguno ser comparables, o al menos no de una manera tan precisa para servir de sustento a los valores, escalas y proporcionalidad o equilibrio en el castigo. Como se pregunta MATHIESEN: «¿Cuánta privación de libertad, servicios médicos, autoestima y autonomía personal se necesita para equilibrar el ingreso a una casa con intención de robo o el vandalismo en una casa veraniega? En este ejemplo hipotético, las dos "versiones" del padecimiento contienen factores tan complejos y una dosis tan importante de subjetividad, que la justicia proporcional, la justicia de la balanza equilibrada, se desmorona.»³⁷¹

Luego de analizar detenidamente las que, a su juicio, son las principales implicancias de la teoría neoclásica que funda en la justicia su justificación del castigo, MATHIESEN termina por concluir que ella no es adecuada para justificar la pena, y particularmente la cárcel. En su opinión, la premisa básica sobre la que se pretende sustentar la teoría neoclásica es la de considerar que el valor de castigo asignado a los actos delictivos puede ser medido en términos de

³⁷¹ MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión*», cit., p. 219.

tiempo que se le sustrae al individuo. Aquí, el tiempo es considerado una entidad objetiva y una medida de proporción, lo cual sería erróneo. Tanto legisladores como jueces pasan pretenden convertir al tiempo en una abstracción, pasando por alto que éste, llevado al ámbito de la prisión, no es objetivo ni intersubjetivo, sino que totalmente relativo, en tanto depende de todas las variables descritas precedentemente. Además, éste tampoco es una escala de proporción, por cuanto el castigo, entendido como padecimiento y ejercicio de poder, no tiene un punto cero absoluto, y por tanto no resulta adecuado comparar y decir que tal padecimiento es dos veces más doloroso que otro, o que tal aplicación de poder es dos veces mayor que tal otra. Incluso, según él ha quedado demostrado que una misma medida tiene diferentes impactos dependiendo del sujeto a quien se le aplica, y así, aunque el encierro en una celda de castigo es sin duda diferente que la negación de un permiso o la censura de correspondencia, en modo alguno resulta claro que una u otra sea peor que aquel, sólo son distintos, nada más.

Según agrega CHRISTIE, el neoclasicismo lleva en sí un mensaje oculto de vital importancia: que el delito es una cuestión objetiva de tal magnitud, que en virtud de él resulta lícito echar a andar todo el poderío de la maquinaria estatal, decidiéndose de antemano todo lo que ocurrirá en adelante. Y en esto se deja fuera completamente a la víctima, y también a quien ha cometido la violación de la ley, considerado como un ser humano integral, que va mucho

más allá del acto en sí, sino que se inserta en un contexto, del cual la postura neoclásica no se hace cargo, sino, por el contrario, su mensaje se convierte en la negación de la legitimidad de toda una serie de opciones, posibilidades y valores que, a su juicio, deberían también tomarse en consideración. Según afirma: «Es una afrenta a mis valores, y creo que también a los valores de mucha gente, construir un sistema en que se conceda tal importancia a los delitos que estos decidan, con una prioridad absoluta sobre todos los demás valores, qué es lo que debe suceder al perpetrador de determinado delito.»³⁷² Además, la postura neoclásica también haría aparecer al castigo, a la inflicción de dolor, como la única alternativa legítima, como la única variable aplicable, y ello, en opinión de CHRISTIE resulta inaceptable.

7. LA PROPUESTA ABOLICIONISTA

Como señalamos en la primera parte de este capítulo, el abolicionismo penal contemporáneo que hemos venido estudiando, se caracteriza porque no ve ninguna salida para el actual sistema de justicia penal, por lo que éste no solo necesita ser reformado, como postula el minimalismo, sino suprimido totalmente.

³⁷² CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», cit., p. 60.

Un sistema que se basa en un objeto inexistente —como a su juicio es el delito— y en una concepción falsa de la sociedad —entendida como un todo consensual en que sólo el acto delictivo hace excepción a la normalidad—, que ha demostrado su inutilidad para cumplir cualquiera de las funciones manifiestas por él declaradas —no es capaz de resocializar, no previene la aparición de nuevos actos desviados, y por tanto causa un dolor inútil—; que tampoco puede materializar un ideal de justicia —no distingue entre las diferentes situaciones que hay detrás de cada acto que es definido como delictivo, y pretende tratar todos los casos de la misma forma—; que es altamente selectivo y discriminatorio —no trata de igual forma a los poderosos que a los oprimidos—; que por el contrario, en lugar de dar solución a situaciones problemáticas las crea o las agrava, provocando más dolor que aquel que pretende evitar; que reprime las necesidades humanas —si el delito es la respuesta a necesidades humanas frustradas, nacidas de las injusticias sociales, al castigar el delito se está a su vez reprimiendo a los mismos que se ven más afectados por la privación económica, social y moral, con lo que se los castiga doblemente—; que es totalmente contrario a todo humanismo, pues ve en el hombre un verdadero *enemigo de guerra*; que para llevar a cabo sus fines recurre al uso de los mismos valores que pretende negar —la cárcel y la pena no son sino formas de violencia con las que se pretende disminuir la violencia, lo que es un contrasentido—; que no es totalmente sincero en torno al dolor que causa en quienes caen en sus redes —la cárcel es mucho más que

mera privación de libertad, y afecta también otros derechos básicos de las personas—; un sistema que no responde a la lógica horizontal de la sociedad en que viven víctimas y victimarios, sino que actúa de manera vertical y autoritaria —las sanciones son impuestas por un ente extraño, poderoso, que responde al prototipo del autoritarismo militar—; en definitiva, un sistema que estigmatiza, causa dolor inútil, que generalmente usa al hombre como medio y no como fin, que obliga e impone y no busca acuerdos, que olvida a la víctima y sus intereses, que trata de satisfacer sólo objetivos propios expropiando el conflicto a los involucrados y a la sociedad en su conjunto, un sistema con todas estas características carece de toda legitimidad para seguir operando en la realidad social y por tanto ha de ser abolido.

Ahora bien, este es el diagnóstico abolicionista, que en muchos puntos concuerda con la crítica al sistema penal que se ha venido enarbolando desde el interior de la criminología crítica, y particularmente por el minimalismo. Pero ¿cuáles son las propuestas que los abolicionistas hacen para llevar adelante la supresión del Derecho penal?

Este es el punto donde la corriente abolicionista muestra sus principales falencias, y donde puede ser objeto de las mayores críticas.

Como ya dijimos, para el abolicionismo moderno su propuesta no va enmarcada dentro de una teoría más general de transformación radical de la sociedad. La supresión del Derecho penal no es la consecuencia de la

transformación o desaparición del Estado. El abolicionismo no es revolucionario sino esencialmente reformista, cree que los cambios al sistema de justicia penal, su desaparición, es algo que puede lograrse *aquí y ahora*, bajo las mismas condiciones sociales, políticas y económicas imperantes. Piensa que es posible abolir el sistema penal del Estado capitalista sin necesidad de hacer caer a su vez el Estado capitalista, lo que como mínimo puede parecer utópico, y no toma en cuenta elementos básicos de la teoría política. El Derecho penal es parte sustancial del Estado moderno, es uno de los mecanismos a través de los cuales el Estado logra mantener su control por sobre los individuos. Al quitarle al Estado el poder monopólico sobre el uso legítimo de la violencia, gran parte de él se vería menoscabado, e incluso podría pensarse que desde ese mismo momento estaría condenado a su desaparición.

Por otra parte, cuando a los abolicionistas se los cuestiona acerca de cómo materializar la supresión del Derecho penal —sin que ello de paso a un estadio de total anarquía que provoque una vuelta a un sistema en que impere la venganza privada—, estos se niegan a dar o exponer un programa integral para hacerlo. En gran medida los abolicionistas se quedan en la mera crítica al sistema, exponen todas sus debilidades, pero no son capaces de plantear una alternativa en forma, que responda a una teoría social científica, que vaya más allá del mero cuestionamiento moral. Además, enfocan casi todo su ataque en sólo como el Derecho penal es, en su ser, sin abordar mayormente el deber ser,

es decir, sin hacerse cargo de los principios y objetivos, manifiestos y latentes, que al menos en teoría el Derecho penal está llamado a satisfacer, los que van bastante más allá que la mera represión de las conductas desviadas.

No obstante lo anterior, de la lectura de las numerosas publicaciones abolicionistas, y particularmente de los trabajos de sus máximos exponentes, es posible extraer algunos elementos básicos sobre cómo habría de ser la abolición del Derecho penal, y por qué habría que remplazarlo.

7.1. Un cambio en los conceptos

Dado que para los abolicionistas el delito ontológicamente no existe, el concepto que este implica y su significado debe ser extirpado de raíz. Por eso proponen que se realice un total recambio en el uso de las palabras utilizadas para referirse a lo que, para ellos, no son más que *situaciones problemáticas*, sustituyéndolas por otras que resten dramatismo al medio, que sean menos emotivas, aún cuando con ellas se siga designando comportamientos que se considere socialmente indeseados.

HULSMAN lo expresa del siguiente modo: «Para empezar, hay que cambiar de lenguaje. No se podría superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica. Las palabras *crimen*, *criminal*, *criminalidad*, política *criminal*, etc., pertenecen al dialecto penal. Ellas reflejan los *a priori* del sistema punitivo estatal. El suceso calificado de

«crimen», separado desde el principio de su contexto, extraído de la red real de interacciones individuales y colectivas, presupone un autor culpable; el hombre a quien se presume «criminal», considerado como perteneciente al mundo de los «malvados», está proscrito desde el comienzo.»³⁷³

Además, para los abolicionistas tampoco se deberían usar términos como *culpa* y *culpable*, porque ellos están cargados de un alto grado de significados morales, y son muestra de la influencia religiosa en el origen de la moderna justicia criminal. En su reemplazo se propone el uso de términos provenientes de otros ámbitos de las relaciones sociales y que fueron utilizados en la antigüedad: como deuda, obligación, error, etc. Asimismo, en lugar de emplear conceptos que impliquen la *violencia* y el *castigo* como respuesta para alguien que ha provocado una de estas situaciones problemáticas, proponen el recurso a términos a los que se les desligue de toda referencia al uso de la fuerza, pasando en adelante a usarse palabras como penitencia, reparación, reconciliación, etc., que tendrían un contenido más humanitario.

Con todo esto, lo que se persigue es despojar a la solución de conflictos que actualmente caen bajo el ámbito penal de toda implicancia estigmatizadora, que excluya a los sujetos y presuponga el uso de la fuerza como respuesta a los comportamientos. La idea es que ya desde el uso mismo del lenguaje se

³⁷³ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», cit., pp. 84-85.

demuestre que lo que se persigue es la reconciliación y no la exclusión. Es decir, lo que se pretende es desarrollar otro lenguaje «que permita discutir las cuestiones de la justicia penal y de los problemas públicos que generan reclamos de criminalización sin la influencia del actual "parloteo sobre control"». ³⁷⁴

7.2. Una justicia participativa y comunitaria

Es un hecho que de nada serviría un mero cambio en el uso de los términos si en el fondo el sistema sigue operando de la misma manera. No porque se recurra al uso de *eufemismos* el Derecho penal va a perder toda la significancia de comportamientos que ha ido adquiriendo con el paso de los años, y así lo entiende HULSMAN: «Cambiar el lenguaje no basta si se conservan, bajo las palabras nuevas, las categorías antiguas. Si, por ejemplo, se atribuye al término "suceso no deseable" el mismo contenido de la noción legal de "crimen" —un solo acto puesto en la mira, una responsabilidad que se carga en cuenta a un solo autor visible, etc.—, permanecemos, sin percatarnos de ello, en la lógica fundamental del control social que conocemos.» ³⁷⁵

³⁷⁴ HULSMAN, Louk, «*La Criminología Crítica y el Concepto de Delito*», cit., p. 106.

³⁷⁵ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», cit., pp. 85-86.

La pregunta que surge entonces es: ¿por qué remplazar el sistema penal actual? ¿Cómo se deben tratar estas *situaciones problemáticas* a futuro?

Para los abolicionistas uno de los problemas de lo que ellos caracterizan como *sociedades postindustriales*, es que las personas se han ido alejando cada vez más unas de otras, se han perdido los contactos, ya nadie conoce a nadie, lo que prima es el anonimato en las relaciones. En este contexto, se vuelve habitual estar dispuesto a entregar la solución de nuestros conflictos a otro —en este caso al Estado—, sin que los sujetos tengan control alguno sobre su accionar. Una vez que el conflicto queda en manos de la maquinaria estatal se vuelve totalmente ajeno a los involucrados, y seguirá en adelante el curso que el Estado considere más conveniente, de acuerdo a sus intereses, independiente del parecer de las partes. Cuando no hay contacto, cuando no se conoce al otro, resulta mucho más sencillo infligirle dolor, por ello la organización institucional del Estado está también concebida para que nadie se haga cargo del destino del sujeto a quien se habrá de castigar. Nadie se siente culpable por los padecimientos del sujeto desviado. Por lo anterior los abolicionistas pregonan el retorno a los valores de las sociedades más primitivas, en que la mayoría de los conflictos se resolvían mediante el contacto directo entre las personas. Si la víctima tomara conocimiento de la historia de vida del delincuente, de las causas que lo llevaron a delinquir, de las implicancias reales que habrá de tener el encierro respecto de éste, tal vez no

estaría ya tan dispuesta a que se lo juzgue y castigue con el máximo rigor de la ley —como habitualmente se pide en los casos en que se ha sido objeto de un delito—. Por su parte, si el delincuente llegara a conocer realmente a quien ha sido su víctima, podría experimentar el dolor que a ella le ha causado, posiblemente sentiría vergüenza por sus actuaciones y estaría mucho más dispuesto a realizar un acto de contrición para obtener el perdón del ofendido³⁷⁶. Un modelo en que se escuche a la víctima y al ofensor, sin las ingerencias arbitrarias y autoritarias externas del Estado, eso es lo que promueve el abolicionismo.

Para lograrlo los abolicionistas proponen el retorno a una justicia comunitaria y participativa, que ponga cara a cara a los involucrados a objeto de que aborden el tratamiento del conflicto que ha surgido entre ellos. La idea en este caso no es centrarse en un procedimiento que mire al pasado, que pretenda necesariamente resolver el conflicto. CHRISTIE afirma que es perfectamente posible *vivir con el conflicto*, que no es menester resolverlos todos, por eso prefiere hablar de *hacerse cargo del conflicto*, de participar en él. Pero ello no significa necesariamente un retorno a la justicia privada que deje fuera todo interés social. Por el contrario, el Estado a través de sus agencias puede también intervenir, pero rompiendo los vínculos burocráticos que encadenan los órganos de la justicia penal en una empresa de muerte,

³⁷⁶ CHRISTIE, Nils, «Los Conflictos como Pertenencia», cit., pp. 169 y ss.

reemplazándolos, en todas las instancias judiciales inevitables, por un procedimiento en que prime la proximidad psicológica de los involucrados. De este modo se suprimiría la maquinaria represiva, y en adelante al juez penal lo reemplazaría un juez civil (o administrativo), que tendría un rol específicamente protector de los derechos humanos y las garantías individuales. Éste sólo habría de actuar en aquellos casos en que las partes así se lo solicitaran, sea porque las vías intermedias de solución han fracasado, o porque las partes las han impugnado.³⁷⁷ Como bien señala POQUET: «Los abolicionistas no están en contra de cualquier pena, sino de aquella impuesta por un juez por completo ajeno a la "situación-problema" y sin el consentimiento de los principales protagonistas. Cualquier medida será ilegítima para ellos si los interesados no reconocen a la autoridad ni se someten voluntariamente a la sanción que aplica. Pero si hay acuerdo de las partes, el dolor o la coerción que se imponga, dentro de ciertas pautas, tendrá potencialidad para reactivar pacíficamente el tejido social, para revitalizar la comunidad, surgiendo nuevas modalidades de relación entre los hombres y facilitando las instituciones los procesos sociales naturales.»³⁷⁸

Una justicia comunitaria, que promueva la cercanía entre los involucrados, en que sólo estos tengan el poder decisorio último sobre la forma

³⁷⁷ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», cit., p. 125.

³⁷⁸ POQUET, Alejandro, «*Temas de Derecho Penal y Criminología*», cit., p. 137.

en que habrá de dársele curso a su conflicto, en que las medidas se tomen por consenso y no por imposición, en que se quite todo manto de formalidad al procedimiento y se use un lenguaje claro y directo, sin los formulismos técnicos ni los enrevesamientos que gustan a los abogados, en que los profesionales de la administración de justicia desaparecen —porque las partes concurren directamente, sin representantes, y el juez ya no es un sujeto investido de la dignidad pública, sino una persona común, llamada a guiar a las partes en la toma de los acuerdos cuando ellas lo requieran—, en que la situación problemática se aborde integralmente, con todas las particularidades que le sean propias en el contexto social y geográfico en que se desarrollan, con un Estado reducido a su mínima expresión, que interviene exclusivamente cuando lo hace necesario la diferencia de poder de los involucrados, y únicamente para equilibrarlos. Ese es el modelo propuesto por el abolicionismo para remplazar el sistema penal actual.

7.3. La abolición gradual del sistema penal a través de la decriminalización

Un aspecto en el que los abolicionistas entroncan con parte de las propuestas provenientes de otras vertientes de la criminología crítica, está en plantear la sustracción inmediata al sistema penal formal de un conjunto de comportamientos que, a su juicio, no requieren ser tratados al interior de aquel —que debería reservarse sólo para aquellas conductas consideradas más

graves—. Este planteamiento ha quedado plasmado en un documento confeccionado en 1980 por el COMITÉ EUROPEO SOBRE PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD, en cuya elaboración el pensamiento abolicionista tuvo un rol preponderante, particularmente a través de uno de sus exponentes más destacados: el criminólogo holandés Louk HULSMAN.

En el «*Reporte sobre Decriminalización*»³⁷⁹ si bien no se afirma la abolición inmediata del sistema penal, ello, en cierta medida, resultaría como consecuencia lógica de una labor progresiva de decriminalización, tal y como se propone en el documento. En este se sostiene que el sistema penal habrá de seguir subsistiendo en el intertanto, aunque de manera subsidiaria y ajustado a los criterios de mínima intervención, debiendo además paralelamente aplicarse otros mecanismos de resolución de conflictos ubicados tradicionalmente en el ámbito civil y administrativo, de forma tal que se vaya reduciendo cada vez más el terreno de acción reservado para la justicia penal formal, allanando el camino para una política de decriminalización más generalizada.³⁸⁰

El *Reporte* entiende a la decriminalización como «aquellos procesos por los cuales la “competencia” del sistema penal para aplicar sanciones, como una

³⁷⁹ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*», Buenos Aires: Ediar, 1987. En adelante «*el Reporte*».

³⁸⁰ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*», p. 56.

reacción ante cierta forma de conducta, se suprime respecto de esa conducta específica»³⁸¹. Es decir, en términos generales, la decriminalización consiste en extraer del ámbito de acción del Derecho penal ciertos comportamientos que dejan de considerarse en adelante delictivos³⁸². En el *Reporte* además se hace hincapié en la necesidad de distinguir entre dos formas o mecanismos diferentes a través de los que se puede llevar adelante este proceso decriminalizador, los cuales responden a criterios y necesidades diferentes sobre las que habrá de estructurarse el debate:

- ❖ *Decriminalización de jure o stricto sensu*: se identifica con el concepto de decriminalización que dimos anteriormente, esto es, mediante ella es el sistema penal quien deja de tener competencia respecto de determinados asuntos, sea porque se le da un total reconocimiento legal y social al comportamiento decriminalizado (como ocurre, por ejemplo, cuando el sistema jurídico deja de considerar delito la relación homosexual consentida entre adultos, o el aborto voluntario o el adulterio); sea porque se cambia la apreciación del rol que el Estado debe jugar en determinadas áreas o se realiza una distinta valoración de los Derechos

³⁸¹ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*», p. 19

³⁸² CERVINI, Raúl, «*Los Procesos de Decriminalización*», 2ª edición, Montevideo: Editorial Universidad, 1993, p. 61.

Humanos que llevan a que el Estado se abstenga de intervenir ante ciertos hechos. Además, este tipo de decriminalización también puede consistir en que, si bien la conducta se sigue considerando social y jurídicamente indeseable, y el Estado mantiene su competencia sobre ella, se opta por la decriminalización, como ocurre en aquellos casos en que el Estado se abstiene de intervenir frente a determinadas situaciones conflictivas, y le entrega su resolución a las partes directamente interesadas, o cuando las penas para ciertos actos son sustituidas por otro tipo de sanciones, como podría ser una multa de carácter disciplinario, en el caso de que un delito de escasa importancia se transforme en infracción administrativa o fiscal.³⁸³

- ❖ *Decriminalización de facto*: en ella, si bien no cambia la competencia que el sistema de justicia penal formal tiene sobre los hechos, de todas formas se presenta una reducción gradual de la reacción efectiva que el Estado realiza respecto de ellos. Es decir, si bien el suceso conflictivo sigue siendo considerado social y jurídicamente delito, la decriminalización se produce porque, no

³⁸³ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*», pp. 20-21; CERVINI, Raúl, «*Los Procesos de Decriminalización*», pp. 61-62; MARTÍNEZ, Mauricio, «*La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*», Bogotá: Editorial Temis, 1990, p. 110.

obstante ello, el Estado decide no intervenir en determinadas situaciones, como ocurre con los llamados «delitos sin víctima», los delitos que se originan en el enfrentamiento entre las creencias tradicionales y el pensamiento moderno, y particularmente en relación con delitos menores contra la propiedad e infracciones de tránsito.³⁸⁴

Según la criminóloga venezolana Lola ANIYAR DE CASTRO, en el último caso no estaríamos propiamente frente a un caso de decriminalización, sino más bien de depenalización, que abarca todas las formas de degradar la pena de un delito sin que el hecho pierda su carácter de ilícito penal, o como lo define el *Reporte*: «todas las formas de atenuación dentro del sistema penal»³⁸⁵. De acuerdo con ANIYAR DE CASTRO, esta forma de decriminalización (o depenalización en su concepto) puede tener varios orígenes, como la sobrecarga del sistema penal o los criterios de policía, que constituyen el primer filtro de criminalización, como ocurre por ejemplo en aquellos casos en que se decide no investigar un delito. También puede originarse en que el público desconozca el carácter delictivo de un hecho, y por ello no lo denuncie, o sabiendo su naturaleza criminal prefiera llegar a un arreglo privado, sin recurrir

³⁸⁴ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*», p. 20; MARTÍNEZ, Mauricio, «*La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*», p. 110.

³⁸⁵ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*», p. 23.

a la justicia. Asimismo, puede tener como base el neutralizar los efectos de una criminalización forzada o legitimadora como ocurre en casos de «delitos de cuello blanco».³⁸⁶

En el *Reporte* se sostiene que en muchas ocasiones el proceso de decriminalización de facto puede traer como consecuencia que se adopte una medida que implique la decriminalización de *iure*, por eso ambos no habría que mirarlos como expresiones totalmente independientes sino como partes de un mismo proceso continuo³⁸⁷.

Ahora bien, aunque se reconoce que son las formas de decriminalización de facto las que han tenido un uso más extendido en la realidad social, el *Reporte* —como en general hacen los autores abolicionistas— centra su estudio en la decriminalización de *iure*, debido a que los impactos jurídicos y sociales que se obtienen de ella, además de su permanencia en el tiempo, rebasan en gran medida a los obtenidos con la otra forma de decriminalización, cuestión atendible si se toma en cuenta que en los casos de la decriminalización de facto habitualmente ella se debe a meros criterios de naturaleza administrativa — como aquellos que tienen que ver con el poder de decisión de la policía o del Ministerio Público—, o a cuestiones contingentes —como la sobrecarga del

³⁸⁶ CERVINI, Raúl, «Los Procesos de Decriminalización», p. 63.

³⁸⁷ CONSEJO DE EUROPA, «Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980», p. 20

sistema penal formal o la decisión que de *motu proprio* toman las partes involucradas de no someter determinados hechos al conocimiento judicial—, cuestiones ambas que pueden variar con el sólo cambio de las circunstancias. En el caso de la decriminalización de *iure*, ella habitualmente implica una medida legislativa, que tiene —o se espera que tenga— cierto carácter de permanencia en el tiempo, y requiere un acto concreto de igual carácter para volver a criminalizar las conductas previamente decriminalizadas.

De entre las formas de decriminalización de *iure*, el punto de atención del abolicionismo lo hegemoniza particularmente el referido a aquella en que, si bien no varía la opinión que se tiene respecto de lo indeseable de una conducta y a la competencia que el Estado tiene respecto de ella, se opta por decriminalizar entregando directamente la resolución del conflicto a los involucrados, o la decriminalización se combina con medidas alternativas en nombre o por iniciativa de organismos del Estado o de otras organizaciones comunitarias, lo que en el *Reporte* se denomina «Decriminalización tipo C»³⁸⁸.

³⁸⁸ Sobre los tipos de decriminalización y su nomenclatura en el *Reporte* vid. CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» pp. 21 y 166-167.

Respecto a las razones para fundamentar el proceso decriminalizador, si bien, como señala Emilio GARCÍA MÉNDEZ³⁸⁹, son múltiples y de índole diversa, pueden subsumirse en dos categorías centrales:

- a) El convencimiento del legislador de que los costos sociales de la criminalización resultan superiores a los beneficios.
- b) La consideración de que resulta más apropiado la adopción de medidas alternativas al sistema penal.

En efecto, en el *Reporte* se sostiene que en todo debate sobre criminalización-(de)criminalización se debe analizar, primeramente, si no existen o no son subjetivamente factibles mejores enfoques «no criminales» para enfrentar las situaciones o hechos que se consideran indeseables o problemáticos, debiendo preferirse aquellos en lugar de los estos últimos en todos aquellos casos en que sea posible. Para esto resulta además relevante analizar si los costos sociales de la decisión de criminalizar no resultan mayores que los beneficios que se espera obtener con la medida, o si estos costos son mayores en el caso de que se opte por una salida «tradicional» que aquellos que podrían importar el recurso a medios ubicados fuera del sistema de justicia penal formal. A este respecto, los autores del *Reporte* remarcan que

³⁸⁹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, «De los Problemas Sociales y de la (De)criminalización. A propósito del Report on decriminalisation, de 1980», en CONSEJO DE EUROPA, «Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980», pp. 277-283

habitualmente se sobreestiman los beneficios del sistema de justicia penal basándose en concepciones erróneas o en postulados no suficientemente demostrados que «derivan fundamentalmente de las presunciones implícitas en la propia doctrina penal y casi no tienen en cuenta las diferencias entre estas presunciones y la realidad social»³⁹⁰. En este punto el *Reporte* es coincidente con la crítica general dirigida desde el abolicionismo —aunque no sólo por parte de éste— en torno a que el sistema penal rara vez cumple en la práctica los fines con los cuales se justifica habitualmente su existencia.

En lo que se refiere al uso de medidas alternativas, cobra relevancia el concepto de «*diversificación*», definido como «la interrupción o suspensión de los procedimientos criminales en casos en que el sistema de justicia penal tiene formalmente competencia»³⁹¹. Esto constituye un instrumento central para el proceso de decriminalización, toda vez que por su intermedio se pone el énfasis en la libertad individual de las personas, lo cual en lo específico se concreta en intensificar los derechos procesales de la parte injuriada, otorgándole mayores mecanismos para que intervenga directamente en la resolución de la situación problemática.³⁹² Así por ejemplo, en este sentido la diversificación implica en

³⁹⁰ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» p. 62.

³⁹¹ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» p. 23.

³⁹² GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, «*De los Problemas Sociales y de la (De)criminalización. A propósito del Report on decriminalisation, de 1980*», cit., p. 278.

algunos casos la remisión del caso a los directamente involucrados, a quienes se les puede ofrecer la ayuda de un organismo externo para enfrentar el problema. Del mismo modo, también puede consistir en otorgar competencia a una entidad ubicada fuera del sistema penal, con el objeto de ayudar al delincuente a que supere los problemas que le llevaron a delinquir.

Aún en el ámbito de las alternativas, el *Reporte* también contempla algunos otros mecanismos por medio de los cuales hacer frente a las situaciones problemáticas, que pueden ser utilizados en lugar de la criminalización o para prevenirla. Así por ejemplo, se postula que debiera promoverse, en los casos que lo permitan, un cambio en la esfera simbólica del hecho, que implique una transformación de la evaluación que se tiene respecto del hecho que se considera indeseable, lo que importa no sólo un cambio en la opinión que se tiene socialmente respecto de él, sino también trasladar la atención desde los «*sujetos*» que lo han cometido a las «*estructuras*» que lo han hecho posible o que han provocado que él llegue a ocurrir, con el objeto de analizar la pertinencia de transformarlas. En este sentido, lo que el *Reporte* postula es buscar un aumento en la tolerancia de ciertas formas de conducta, lo que a su juicio constituye una importante alternativa a la criminalización.³⁹³

³⁹³ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» p. 176.

La prevención técnica también sería un instrumento alternativo adecuado para avanzar en el proceso de decriminalización, lo que implica la «introducción de cambios en el ambiente físico por medios técnicos influyendo con ello en las situaciones problemáticas»³⁹⁴. En este sentido lo que se pretende es actuar antes de que la situación problemática ocurra, con el objetivo de precaverla, pero en este caso el énfasis se pone sobre todo en el uso de instrumentos preventivos que actúen sobre el mundo físico, y no exclusivamente sobre las condiciones subjetivas de los individuos como postulan las tradicionales teorías de la prevención general. Si bien el *Reporte* asume que esta alternativa puede no solucionar definitivamente la aparición de determinadas situaciones problemáticas, si sostiene que ella puede ayudar al menos a reducir su frecuencia.

Otra alternativa que se propone en el *Reporte* es la *(re)organización social*, lo cual entre otros implicaría generar condiciones para el desarrollo de condiciones generales de vida que ayuden a crear sociedades más integradas en que los sujetos tengan mayores posibilidades de desarrollarse en condiciones individuales y socialmente más favorables. Asimismo, esta alternativa también podría implicar el cambio de ciertas formas de relaciones

³⁹⁴ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» p. 176

familiares que podría cambiar las dimensiones de la violencia doméstica y las reacciones a la misma.

La opción por avanzar en la reorganización social también habría de implicar una reorganización en las instituciones y en los mecanismos de control social, lo cual podría incidir fundamentalmente en la disminución del daño causado por los hechos indeseables y en la prevención de la extensión de sus efectos nocivos. Según se constata en el *Reporte*, el menoscabo causado por estos hechos no sólo abarca aspectos físicos y materiales, sino que también cuestiones inmateriales como la sensación de desamparo que sufre quien es víctima de uno de ellos, razón por la que resultaría beneficioso para evitar esto reforzar el rol que tienen los directamente involucrados, aumentando las posibilidades de auto-ayuda y el recurso a mecanismos «compensatorios» como forma de enfrentar el hecho una vez ocurrido.

Finalmente, el *Reporte* también propone cambios en la forma de control social, reemplazando aquel que realiza el sistema penal formal por otros que sean capaces de resolver el conflicto mejor, más rápido y que además económicamente sean más rentables. En este sentido, se habrán de preferir siempre aquellos que importan una relación más directa entre las partes involucradas, como son la familia, la empresa, la escuela, etc., en cuanto ellos tendrán en general un sentido más positivo y reparador que los contemplados

por los sistemas legales más formales.³⁹⁵ Sólo en el caso de que estos mecanismos de control fallen, se debe avanzar hacia otras formas más institucionales de control, como las intervenciones del sistema médico o de asistencia social. Los medios legales de control social sólo deben reservarse como un último recurso, y en este caso se deben preferir aquellos de naturaleza compensatoria o conciliatoria, reservando los mecanismos penales sólo para aquellas situaciones en que ninguno de los otros mecanismos ha resultado adecuado.

Ahora bien, como ya antes señalamos, el Comité de expertos que participó en la elaboración del *Reporte*, si bien sostiene la necesidad de trasladar gran parte de los hechos que actualmente se encuentran bajo la tutela del sistema penal formal a otros sistemas, particularmente el civil, en modo alguno consideran que ello sea la panacea, al menos no en la forma en que este último se encuentra actualmente concebido, puesto que en él también se pueden presentar ciertos problemas. Es por ello que postulan la necesidad de que éste se adapte con el fin de «cubrir las necesidades y cumplir con sus tareas como “alternativas” en un proceso gradual de decriminalización *de facto* y *de jure*».³⁹⁶

³⁹⁵ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» p. 179

³⁹⁶ CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» p. 56.

Como podemos observar, en términos generales el *Reporte* recoge gran parte de las críticas y las propuestas hechas por los autores abolicionistas. Plantea que el sistema penal es una fuente de problemas, que no es capaz de cumplir los objetivos manifiestos que se le atribuyen, y que por tanto debe reducirse en gran medida su ámbito de acción, remplazándolo por mecanismos no punitivos que involucren a los directamente interesados, prefiriendo salidas conciliatorias o compensatorias por sobre el recurso a la pena, especialmente si ella es la privativa de libertad. Pero en lo que el *Reporte* se diferencia del abolicionismo —o quizá podría decirse, en lo que los abolicionistas en este caso trazan— es a considerar la posibilidad de que junto a estos mecanismos alternativos siga perviviendo una parte del sistema penal tradicional, aunque reservado exclusivamente para algunas situaciones excepcionales.

8. TOMA DE POSTURA: OPINIÓN CRÍTICA SOBRE LOS PLANTEAMIENTOS ABOLICIONISTAS

En este capítulo hemos intentado exponer a grandes rasgos el origen y los planteamientos del abolicionismo. Hemos señalado que esta es una corriente no homogénea que surge al interior de la criminología crítica, que pretende negar todo valor al sistema penal, y por tanto sostiene la necesidad de que sea suprimido totalmente, remplazándolo por otros mecanismos no punitivos de solución de conflictos.

En general la principal valoración que se hace del discurso abolicionista es su capacidad para realizar una crítica externa al sistema penal, que devela sus problemas fundamentales, estructurando un alegato deslegitimante que aparece como atractivo —o al menos interesante— de estudiar. A este respecto, no podemos menos que compartir muchas de las críticas que realiza esta corriente. También pensamos que el sistema penal actual, tal y como opera en la práctica, está muy lejos de cumplir alguno de los roles que de él se esperan —salvo quizá el de servir como medio de represión—. En general no es capaz ni de evitar la comisión de delitos ni de contener la reincidencia. Al contrario, muchas veces quienes caen dentro de las redes del mecanismo penal entran en viaje sin retorno. La sociedad no está dispuesta a acoger a quienes han cometido un delito, y por eso busca centrar en él todo el máximo rigor de su espíritu de venganza, y una vez que el sujeto ha pagado su pena, ya ha quedado estigmatizado con la marca del delincuente, y resulta muy difícil que logre borrarla y reinsertarse en una vida social normal, por lo que en gran parte de las ocasiones no le queda otro camino que seguir delinquiendo. Asimismo, el Derecho penal es en verdad altamente excluyente y discriminador. No trata a los distintos sujetos de igual manera dependiendo del sector social al que pertenezcan. Muchas veces los crímenes de los poderosos —que resultan ser de una dañosidad social y económica mayor que muchos de los delitos comunes—, no reciben el mismo rechazo ni la misma dureza en la sanción, que aquellos cometidos por los más débiles. El sistema penal es una herramienta

importante en la mantención de la opresión y las desigualdades sociales. En general él tiene por objeto la criminalización de los sectores más socialmente vulnerables, a través de él se pretende cautelar la seguridad y la tranquilidad de quienes todos lo tienen, en desmedro de quienes no poseen nada.

La situación es aún más preocupante en nuestra realidad actual, en que todos los conflictos sociales, producidos en gran medida por las desigualdades económicas en que vive la población, pretenden solucionarse a través de salidas punitivas. En lugar de buscar una solución a los problemas que causan la aparición de la delincuencia, se actúa sobre sus efectos, reprimiendo a quienes habitualmente no han tenido siquiera oportunidades reales de llevar adelante una vida social normal —o lo que se considera *normal*—. Generalmente se dice que el delincuente es un individuo desviado, al que lo mueve la mera ambición y el dinero fácil, que le teme al trabajo honrado y por eso delinque. Sin embargo no se piensa que ese *trabajo honrado* que tanto se pregona, tratándose de los sectores marginales, sin acceso a una educación de calidad, y que se cría viviendo en la miseria y con la privación de elementos básicos —económicos, sociales, culturales, psicológicos—, que le permitan desarrollarse en propiedad, en gran parte de los casos no es sino el recurso a un sueldo mínimo, con un trabajo alienante que no le permite subsistir ni aún satisfaciendo sus necesidades más fundamentales. Entre trabajar 8 horas diarias, bajo condiciones físicas o síquicas deplorables, sin opción de pasar

tiempo con la familia ni de desarrollar actividades de esparcimiento, para recibir a fin de mes un sueldo de hambre, que apenas alcanzará para comer, y la alternativa de robar, sin duda a veces parece más atractivo esto último. En especial si tomamos en cuenta que en sociedades como la nuestra, en que del consumo se ha hecho un verdadero culto, quien nada tiene no es nadie, y por tanto los que se ven privados de acceder a esas *bondades* de la modernidad, se verán impelidos a recurrir a métodos alternativos para consumir como lo hace el resto. En esos casos no se piensa en las consecuencias, sólo se responde a los estímulos que entrega la sociedad a través de los más diversos medios. Si el principal valor en el mundo moderno es consumir, entonces todo es válido para cumplir con él.

Ahora bien, todas estas críticas que hace el abolicionismo al sistema penal no son en modo alguno novedosas. Como apunta PAVARINI³⁹⁷, el abolicionismo no hace otra cosa sino servirse de un discurso que ya anteriormente ha sido planteado por otras corrientes y sectores de la criminología. Desde la aparición de la criminología crítica muchos de los tópicos abordados por el abolicionismo en su ataque deslegitimante del sistema penal ya habían sido planteados. Incluso antes existieron sectores que hicieron notar que el derecho penal en general no es más que una herramienta para mantener las desigualdades sociales y evitar las rebeliones en contra del sistema.

³⁹⁷ PAVARINI, Massimo, «¿Abolir la Pena?, La paradoja del sistema penal», cit.

Además de carecer de originalidad, el discurso abolicionista también tiene claras falencias desde el punto de vista de la rigurosidad científica. Sus propuestas nacen fundamentalmente del voluntarismo y la indignación moral frente a la barbarie del sistema penal, por eso recurre a todos los elementos que tiene a su alcance para fundamentar su crítica deslegitimante, sin reparar que muchas veces dichas herramientas pueden ser contradictorias entre si.

El excesivo voluntarismo del discurso abolicionista se demuestra en el hecho de que es incapaz de reparar en que bajo el actual modelo de sociedad sus planteamientos no son sólo utópicos, sino además indeseables. Una transformación tan radical como la que el abolicionismo postula, resulta imposible si no se la acompaña de un cambio también radical del entorno social. El modelo penal actual se ha ido estructurando a lo largo de los años de la mano del Estado moderno. No hay sociedad en que el Estado no cuente con un sistema punitivo acorde a sus requerimientos, que en gran medida se entiende como su herramienta máxima de control social. Si el abolicionismo pretende eliminar el sistema penal, entonces no basta con ello, sino que además debería proponer una transformación del Estado en general, y eso no aparece en sus escritos. Tampoco el abolicionismo es capaz de señalar quién habrá de llevar adelante ese cambio. Pareciera que éste fuera posible solo por *arte de magia*, confiando en la mera buena fe de los sujetos, incluso de los sostenedores del sistema. En este punto recuerda demasiado a los postulados

de los socialistas utópicos, que creían era posible cambiar la sociedad sólo mediante la denuncia que provocaría un cambio en la actitud de las personas, lo cual en su momento ya fue denunciado por MARX como de una ingenuidad ideológica inaceptable.

Como anteriormente dijimos, si no hay un cambio social radical, las consecuencias derivadas de los planteamientos abolicionistas no sólo son criticables, sino altamente indeseables.

Como ha señalado FERRAJOLI, las alternativas a la existencia del sistema penal no son para nada halagüeñas³⁹⁸. Que el Derecho penal desaparezca como mecanismo de contención daría pie al resurgimiento de la venganza privada, que acarrearía mayores problemas que los actualmente existentes. Si los abolicionistas creen que basta la desaparición del sistema penal, para que las personas cambien su actitud y sean capaces de acoger a los individuos que se han comportado de una manera indeseable, perdonándolos, están equivocados, eso es confiar demasiado en una bondad intrínseca del ser humano y desconocer la historia de por qué el sistema penal existe.

El Derecho penal justamente se gestó como una forma de evitar las iniquidades del recurso a la venganza privada, especialmente en aquellos casos

³⁹⁸ FERRAJOLI sostiene que son cuatro los modelos alternativos a la existencia del Derecho penal: a) Los sistemas de control social-salvajes; b) Los sistemas de control estatal-salvajes; c) Los sistemas de control social-disciplinarios o autorregulados; y d) Los sistemas de control estatal-disciplinarios (FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», cit., p. 41)

en que existe una diferencia notoria de fuerzas entre víctima y ofensor —que en el caso de la venganza privada pasa a su vez a ser víctima—. El Derecho penal no sólo es un mecanismo de control social, sino que también él cumple una función de protección de los individuos desviados, para evitar que sean objeto de la venganza privada y se vulneren sus Derechos Humanos básicos.

Por otra parte, el Derecho penal también ha sido concebido como un conjunto de principios y mecanismos para proteger a los ciudadanos del poder discrecional del Estado. Para los abolicionistas pareciera que basta con que desaparezca el Derecho penal para que dicha protección ya no sea necesaria —si el Estado no puede hacer uso de la fuerza a través del sistema penal, entonces el Derecho penal ya no sería necesario—. Pero en este caso se olvidan que el traspaso de la resolución de conflictos al ámbito privado o administrativo no impide que en él se puedan reproducir también las arbitrariedades, que el sistema llegue a transformarse en algo que sea fuente de tanta iniquidad como el sistema penal actual. Podrían contestar los abolicionistas que para esto ellos proponen que se reserve al Estado la facultad de intervenir en aquellos casos en que sea necesario para cautelar los derechos humanos de una de las partes. Entonces, ¿por qué no proponen lo mismo dentro del sistema penal actual? ¿Por qué buscan la solución fuera del Derecho penal, haciéndolo desaparecer, y no abogan mejor por una reforma de éste?

Quizá uno de los problemas de los autores abolicionistas es que ellos centran su análisis sólo en el *ser* del Derecho penal, en sus manifestaciones prácticas actuales, y se desentienden casi por completo de su *deber ser*. Puede que el Derecho penal, tal y como está configurado hoy en día, trasgreda muchos de los principios que supuestamente deberían inspirarlo. Pero que algo no funcione como se quiere no necesariamente implica que ese algo no sirva, tal vez la solución está en que precisamente se lleve al Derecho penal hacia el cauce que desde la Ilustración hasta acá se le ha señalado como deseable — cauce que hoy se encuentra absolutamente desbordado.

Finalmente, esa *apología* que hace el abolicionismo del control social informal como principal mecanismo para evitar la comisión de nuevos ilícitos no sólo es de dudosa efectividad, sino que en caso de que él efectivamente se llevara hasta sus últimas consecuencias sería del todo peligroso para la vida en democracia. En este supuesto lo que se espera es que la sociedad en su conjunto despliegue un estado de permanente tutela para controlar a sus miembros y evitar que delincan, pero esto significaría vivir en una sociedad de panoptismo total, en que los sujetos se verían permanentemente sometidos a vigilancia, y en que habría de esperarse una ingerencia social en todos los problemas que surjan, incluso los más privados, lo que a nuestro juicio es inaceptable.

CONCLUSIONES

Al proponernos la realización de esta memoria, quisimos dar respuesta a dos preguntas que nos surgieron:

- ❖ ¿Es efectivo ese tópico recurrente de que el Derecho penal se encuentra en crisis?
- ❖ Si la respuesta a la pregunta anterior era afirmativa, ¿es la abolición del Derecho penal la respuesta más adecuada a esa crisis?

Al abordar nuestro estudio, el primer problema que nos surgió fue establecer en base a qué se podía realizar la evaluación del sistema jurídico penal para determinar si esa crisis era real o sólo un lugar común más de los que suelen encontrarse en doctrina. Dado que el Derecho no es una ciencia exacta, sus proposiciones no son demostrables empíricamente, sino sólo argumentables, y la valoración que de sus normas y de su *ser* y *deber ser* se haga no podrá nunca ser totalmente aséptica, sino que implicará necesariamente una toma de posición del observador frente al objeto de estudio. Y esto es particularmente relevante tratándose del Derecho penal, por cuanto es quizá de las áreas del Derecho, aquella más influenciada por

concepciones políticas y filosóficas de diverso cuño. Sin duda la respuesta a nuestras preguntas no habría de ser la misma si partíamos de una posición *autoritaria* del Derecho —que lo entienda sólo como castigo y represión—, que si recurriamos a una matriz ideológica más *liberal*.

De entre los numerosos modelos disponibles, optamos por basar nuestro análisis en la concepción minimalista y garantista del italiano Luigi FERRAJOLI, por cuanto consideramos que ella era la más completa y la que mejor interpretaba nuestra propia opinión sobre lo que el sistema penal debe ser. De acuerdo a este modelo, la evaluación de un determinado sistema penal debe realizarse en base a dos puntos de vista diferenciados, pero estrechamente relacionados entre sí: por una parte debe encontrar sustento en determinadas ideas de valoración externa de justicia, que den sentido a la existencia del sistema en cuestión. Y por otra, debe a su vez dar satisfacción a los requerimientos internos fijados por los principios que el propio sistema ha establecido como fundamentales, que responden a una objetivación de ideales de justicia de vieja matriz que han sido incorporados a los sistemas, traduciéndolos en normas objetivas que se encumbran en los escaños más altos del ordenamiento positivo, particularmente en la Constitución —aunque no sólo en ella.

Siguiendo el desarrollo del modelo *ferrajoliano*, concluimos que para que un sistema pasara la prueba de la legitimidad, era necesario que externamente

fuera capaz de cumplir un doble fin preventivo de carácter negativo: evitar la comisión de nuevos delitos, y además protegiera a los individuos delincuentes de las arbitrariedades del sistema y de la venganza privada.

Por su parte, desde el punto de vista interno, este sistema debía tener una coherencia intrínseca expresada en que las normas de inferior jerarquía dieran cumplimiento a los requerimientos de aquellas superiores.

Sólo un sistema penal que fuera capaz de satisfacer ambas exigencias, podría ser considerado legítimo desde el punto de vista garantista. Es decir, un sistema que propugne la máxima reducción posible de la violencia en la sociedad: tanto la proveniente de los individuos que no acepten acatar las normas mínimas de convivencia, como la que deriva del accionar estatal y que se traduce en la imposición de penas —que no son otra cosa que dolor y violencia sistémica organizada, en contra de los trasgresores, pero que no afectan exclusivamente a estos—. Sólo en la medida de que el sistema penal sea capaz de disminuir la dañosidad social producida por el delito, sin a su vez aumentar innecesariamente los males que pudieran derivar del control de éste, puede ser, en nuestra opinión, considerado un sistema penal legítimo, de ahí que hayamos remarcado en su oportunidad que al momento de hacer los juicios de valoración del sistema penal, no sólo deben ser tomados en consideración los fines a que éste debe orientarse, sino también los medios para satisfacer dichos fines, por cuanto, por mucho que se valore, por ejemplo, un ideal de

seguridad, si los mecanismos necesarios para llevarlo a cabo resultan poco idóneos, y a la larga provocan más daño que el que evitan —o pretenden evitar—, o si por el contrario existen otros medios más económicos en términos de daño social que la respuesta punitiva, entonces esta última carece de legitimidad y se debe evitar su uso.

En el segundo capítulo, expusimos a grandes rasgos las características principales del Derecho penal contemporáneo, abordamos el estudio de su desarrollo histórico y de cómo el modelo resocializador que inspiró gran parte del siglo XX ha dado paso a un verdadero sistema de Derecho penal administrativo, en que lo importante no son las causas del delito o cómo reinsertar a los individuos desviados, sino determinar *qué funciona*, cómo se da una sensación de seguridad a los ciudadanos, aunque ésta sólo sea aparente.

Contrastada la realidad de la operatividad del sistema penal con el modelo de legitimación propuesto en el Capítulo I, no pudimos menos que concluir que el sistema penal actual efectivamente se encuentra en una crisis de legitimación profunda.

Por una parte, el sistema ha demostrado ser incapaz de satisfacer ninguno de los objetivos que externamente se le arrojan. No logra resocializar a los delincuentes —los índices de reincidencia son en general muy altos—, no evita la comisión de nuevos delitos —los niveles de delincuencia en gran parte de los países, incluido el nuestro, son cada vez mayores, aún cuando se hayan

estabilizado en el último tiempo—, la población no se siente segura, ni siquiera aplicando sólo violencia sobre los delincuentes —que no otra cosa son las tasas cada vez más altas de encarcelamiento, y las penas progresivamente más gravosas—. Menos aún la respuesta punitiva ha servido para reafirmar a las personas en su confianza hacia la vigencia de la norma, ni ha permitido realizar ideal alguno de justicia, aunque fuera meramente retributiva.

Además, el sistema tampoco está logrando ya defender al individuo desviado del recurso a la venganza privada, toda vez que hoy no resulta extraño encontrarse en las noticias casos —en Chile y el resto de Latinoamérica—, en que la población, ante la impotencia de un sistema que ellos visualizan como inoperante, recurren a hacer justicia por sus propias manos, llegando incluso al linchamiento y la muerte de algunos sujetos —efectivamente aún son situaciones aisladas, pero no por ello dejan de ser preocupantes.

Por otro lado, llevados al análisis del sistema de acuerdo a los requerimientos internos de legitimación, la situación no es mejor. La autoridad política, a objeto de dar una aparente muestra de tranquilidad a los ciudadanos, no duda en transgredir permanentemente los principios más básicos de lo que se considera un Derecho penal propio de un Estado Democrático de Derecho. Existe una hiperinflación punitiva, en una sociedad que ha llegado a creer que la solución a todos los problemas de la delincuencia se encuentra en un

aumento de las penas y en mantener a más y más personas encerradas. Se hace caso omiso a principios como el de legalidad —entendido en sentido amplio, no sólo respecto a que cada delito debe estar sancionado por una ley anterior, sino que además esta ley que sanciona una conducta debe encontrarse conforme a las normas que le son superiores jerárquicamente, incluso las de rango internacional—. Qué decir de otros principios como los de proporcionalidad —hoy en día en Chile es más grave venderle droga a una persona que cortarle un miembro o incluso asesinarla— o el de mínima intervención —que se haya reñido con toda la emergencia inflacionaria—.

Un sistema penal como el actual, que trasgrede de tal forma los principios más básicos del modelo garantista, sin duda está en crisis. Y ello no sólo porque objetivamente sea así, sino porque además existe una sensación generalizada de que éste es inútil, que no proporciona tranquilidad ni disminuye los riesgos. Es decir, tanto objetiva como subjetivamente el modelo penal no sale bien evaluado.

Ante esto la respuesta generalizada, tanto desde la autoridad como desde el hombre común, es dejarse dominar por el pánico, y responder frente al delito de una manera irracional, que pretende actuar sólo sobre los síntomas del problema y no sobre sus causas. Al paso que vamos podemos fácilmente llegar en pocos años a niveles de encarcelación como los de Estados Unidos —los más altos del mundo, y ni aún así ellos han sido capaces de dar una solución

real al problema. No tendría por qué ser distinto en nuestro caso—. De hecho, ya estamos entre los más altos de Latinoamérica.

El mayor inconveniente que vemos en esto, es que las personas han ido perdiendo toda valoración de sus libertades —las mismas que tanto esfuerzo costó ganar—, y reaccionan hasta con beneplácito cada vez que estas son restringidas en pos de la seguridad —como por ejemplo ocurre cuando se reducen los beneficios procesales, o se instalan cámaras en cada uno de los espacios públicos que interfieren gravemente con nuestra intimidad—. Cualquier cosa es válida para sentirse resguardados, aunque en algunos años el pánico moral actual nos vaya a pasar la cuenta, y ni siquiera nos percatemos cuando estemos viviendo en un completo Estado panóptico y policial, sometidos al control más aberrante de nuestra vida cotidiana.

Ahora bien, si nuestra respuesta a la primera pregunta de esta memoria es afirmativa, si efectivamente el Derecho penal contemporáneo se encuentra en crisis, ¿resulta entonces legítimo pensar como hacen los abolicionistas que la solución se encuentra en suprimir de raíz el sistema penal?

Como vimos en el Capítulo III, el abolicionismo sin ser demasiado original, expone gran parte de las falencias del actual sistema, y tal vez sea este su mayor mérito: realizar un diagnóstico meridianamente acertado de lo que el Derecho penal actual es en la realidad. Pero no sucede lo mismo con sus propuestas de solución.

El voluntarismo abolicionista que pretende suprimir el Derecho penal sin a su vez transformar de manera radical el modelo social en general, no sólo resulta impracticable, sino también indeseable. Pretender que bajo las actuales condiciones del Estado capitalista, en que los mismos abolicionistas reconocen impera la desigualdad y la injusticia social, es factible eliminar el único mecanismo que limita en cierta medida la arbitrariedad en el uso del poder estatal, resulta del todo cuestionable.

Los partidarios del abolicionismo son incapaces de elaborar una teoría general de la coerción que sirva como alternativa a la pena y que explique, con un mínimo de detalle que las haga viables, cuáles habrán de ser las instituciones concretas que abordarán la resolución de los conflictos que actualmente caen bajo la órbita punitiva. Aquellos sistemas autocompositivos intermedios que algunos autores —como CHRISTIE y HULSMAN— propugnan, tal vez pueden ser aplicables en aquellos delitos que se refieren al honor o a la propiedad, sin embargo, ¿qué ocurre con aquellos crímenes que importan atentados en contra de la vida y la integridad de las personas? ¿Es posible acaso que todos los conflictos suscitados por ellos sean solucionados a través de mecanismos civiles llevados a cabo entre las víctimas y los victimarios? Resulta difícil de creer, toda vez que en estos casos es factible pensar que muchas víctimas, o parientes o personas cercanas a las víctimas, frente a la imposibilidad de obtener *justicia* por medio de los canales institucionales,

recurrirán a la venganza privada, que es también otra forma de imponer una pena, aunque mucho más arcaica y peligrosa para la paz social. Además, en estos casos ¿la sociedad deberá reaccionar de la misma forma ante un criminal propiamente tal que frente a una víctima que busca venganza? ¿Se encuentran ambos sujetos en la misma situación y deben, por tanto, recibir igual tratamiento jurídico?

Por otra parte, existen determinados tipos de delitos frente a los cuales no sólo se espera una reacción penal, sino que además se requiere que esta sea lo más enérgica posible. Pensemos por ejemplo en los crímenes contra la humanidad. ¿Bastaría que frente a ellos el inculpado pida perdón para que se entienda satisfecha la necesidad de justicia? ¿Son válidos los actos de arrepentimiento y las medidas compensatorias cuando un individuo ha intentado exterminar a un sector determinado de la población, como ocurre con el genocidio? De ninguna manera. Existen casos en que resulta imperativo que la sociedad de una muestra clara de que hay ciertos comportamientos que no tolerará bajo ninguna circunstancia, y que, por el contrario, reaccionará con la mayor dureza para evitar que este tipo de hechos vuelvan a repetirse en el futuro. ¿Acaso se puede dar una solución civil al terrorismo de Estado? ¿Es posible siquiera pensarlo? Si ante la violencia de una dictadura, no son los tribunales de justicia los llamados a ponerle freno al apetito violentista de quienes detentan el poder, ¿quién habrá de hacerlo? ¿Se podría buscar acaso

un acuerdo entre víctima y victimario en este supuesto? ¿El criminal que toma el poder por la fuerza, y no duda en hacer desaparecer personas si ello sirve a sus intereses, estaría dispuesto a buscar un acuerdo con sus víctimas? ¿Se les podría pedir a ellas que renuncien a la única forma de *venganza* —o reparación— que acepta el Estado de Derecho, y se conformen con una mera compensación pecuniaria, por muy alta que esta fuera?

Como bien apunta FERRAJOLI, las alternativas que hay entre la existencia del Derecho penal garantista y su abolición, son totalmente indeseables. En este caso, todos los modelos se caracterizan porque en ellos no existe garantía alguna en contra del abuso y el arbitrio, siendo el más peligroso aquel que este autor llama de *control estatal-disciplinario*³⁹⁹. En él, efectivamente es posible disminuir la incidencia y la comisión de los delitos mediante una acción preventiva policial, sin embargo, el costo que esto acarrea a las libertades de los individuos —incluso de aquellos que no se encuentran en la actitud de cometer delito alguno—, es demasiado alto. Se puede tratar de evitar que los sujetos delincan mediante un despliegue indiscriminado de fuerzas policiales en la calles que faciliten el control de todos y cada uno de los miembros de la

³⁹⁹ Sobre ellos dice este autor: «Son un producto típicamente moderno y sobre todo un peligro en el futuro, los cuales se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de policía y de seguridad pública a través de técnicas de vigilancia total, tales como aquellas introducidas, además del espionaje sobre los ciudadanos por obra de potentes policías secretas, por los actuales sistemas informáticos de registro generalizado y de control audiovisivo» (FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», cit., p. 41).

sociedad, y también se puede recurrir a formas más sutiles de control, como el uso de micrófonos, cámaras de televisión instaladas en lugares públicos, hogares y centros de trabajo, o el recurso a otros sistemas informáticos de vigilancia a distancia que hagan posible tener a los sujetos en todo momento vigilados, al modo de un moderno Panóptico, mucho más capilar y penetrante que el edificio carcelario diseñado por BENTHAM, cuyo riesgo es que sirva no sólo para prevenir el delito, sino también llevar adelante el gobierno político de la sociedad.

Frente a esta alternativa de control tan penetrante, la defensa del Derecho penal equivale entonces a la defensa de la libertad, en cuanto significa una técnica de control que garantiza incluso la libertad para delinquir, a costa de que penda sobre los individuos la amenaza de sufrir una condena en el caso de que ello ocurra. Aunque la prohibición y la restricción penal traen aparejadas limitaciones a la libertad, éstas son mucho menores que las necesarias para el mismo fin, con la sola prevención policial.

Pese a sus falencias, sólo el Derecho penal bajo las condiciones actuales resulta un sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de maximización de la libertad de los ciudadanos. Que en la práctica, en su ser, el Derecho penal no esté satisfaciendo los objetivos que de él se espera, no puede desprenderse sin más que sea necesaria su desaparición. Al contrario, el objetivo que han de perseguir quienes aboguen por la total vigencia

del Estado de Derecho, por el respeto irrestricto a los derechos y libertades individuales y colectivas, es que el sistema penal se adecue a lo que han sido sus principios inspiradores básicos, que se abandonen todos los intentos autoritarios por desnaturalizarlo.

En nuestra opinión el gran aporte que han hecho los abolicionistas —y no sólo ellos, sino en general el pensamiento crítico— no está tanto por el lado de las respuestas a la crisis del Derecho penal, sino fundamentalmente en haber puesto de manifiesto de manera descarnada las múltiples falencias del sistema, lo que ha dado la posibilidad de que se genere un amplio debate en torno a ello, que es, a nuestro juicio, el primer paso para buscar soluciones reales a los problemas actuales de la operatividad del sistema. No creemos que en el momento actual sea posible exponer «recetas» o simples «decálogos de principios», «declaraciones de buenas intenciones» para solucionar la crisis. Quien diga que tiene una respuesta única y valedera a todo evento para resolver las distintas problemáticas que aquejan al sistema penal sin duda estaría faltando a la verdad y estaría pecando de presuntuoso.

Las soluciones a las crisis no es algo que vaya a salir del cerebro de un solo individuo, y tampoco se puede pretender que sea el sistema mismo el que idee las bases necesarias para hacerlo. Creemos que el camino más adecuado en estos momentos es llevar adelante un debate amplio de ideas, que sea capaz no sólo de realizar un diagnóstico, sino que también vaya elaborando

propuestas provenientes de los más diversos sectores, que implique aproximaciones multidisciplinarias al tema e involucre al conjunto de la sociedad civil a fin de ir diseñando un nuevo programa que explicita lo que esperamos hoy en día, como sociedad en su conjunto, de un sistema penal para estos tiempos.

No cabe duda que los principios y directrices surgidos desde la Ilustración que han servido de guía al funcionamiento de los sistemas punitivos, cumplieron en el pasado una importante labor, sin embargo, mucho tiempo ha pasado ya desde que estos fueron formulados y las necesidades actuales del mundo contemporáneo hace imprescindible revisar dichos principios, para reformularlos de acuerdo a lo que hoy se requiera. Estamos seguros que hay muchos de ellos que hoy siguen manteniendo una plena vigencia, pero también habrá otros que deban repensarse y muchos nuevos que se deberán elaborar y consagrar positivamente.

Decimos que es necesaria una participación amplia del conjunto de la sociedad para buscar las respuestas a la crisis, porque creemos que el tema es tan complejo, que no bastará con sólo involucrar al aparato estatal y a los operadores del sistema para que ello pueda hacerse. Si analizamos dialécticamente nuestra sociedad, podremos percatarnos que la crisis del sistema penal no es sino un síntoma más de una crisis aún mayor por la que ésta transita. Por eso pretender resolver sólo las falencias del sistema penal sin

incidir a su vez sobre otros aspectos de la realidad nos parece por lo menos ingenuo.

Somos totalmente contrarios a esas visiones reduccionistas que pretenden explicar el fenómeno delictivo sólo en base a un número limitado de antecedentes —como por ejemplo, la falta de capacidad cognitiva de ciertos sectores, o una virtual actitud de guerra hacia la sociedad, como se sostiene desde la lógica del Derecho penal del enemigo; o sólo debido a las desigualdades económicas como se sostiene desde algún sector autodenominado más «progresista»—. La explicación del por qué de la comisión de delitos y el explosivo aumento que ellos han experimentado, requiere necesariamente una aproximación que de cuenta de la complejidad de nuestras sociedades modernas. El origen de ello no es algo que pueda reducirse a tal o cual causa particular, sino que responde a un sustrato variado de situaciones generales y particulares que es necesario analizar. A nuestro entender, así como hay factores psicológicos y sociológicos que permitirían explicar la delincuencia, también hay otros de naturaleza económica, cultural, educacional, histórica, demográfica, política, etc., que también deben de considerarse a la hora del análisis. Y así como en la base del delito hay situaciones complejas, entonces las respuestas que se planteen frente a ello también requieren hacerse cargo de esta complejidad, y no pretender dar respuestas burdamente simplistas, al modo de «recetas mágicas», como

sostener que bastaría con someter a prisión u otra forma de vigilancia extrema a todos los sospechosos de desviación para que los índices de delincuencia se vean disminuidos. Incluso en el caso de que ello sirviera para reducir las cifras —lo que ha demostrado ser cuestionable—, en el fondo sólo se estaría actuando sobre los síntomas de la enfermedad sin atacar sus causas más profundas, por lo que el problema únicamente se estaría enmascarando, sin resolverlo realmente.

Antes de pensar en castigar y someter a violencia a un individuo que transgrede las normas, deberíamos primero plantearnos en que grado nosotros como sociedad somos también culpables de que eso suceda. No basta con culpar al otro de los males si no somos, a la vez, capaces de mirarnos a nosotros mismos y determinar nuestro propio grado de participación en los hechos, y eso es algo que se debe hacer a todo nivel. Por ejemplo, si como sociedad permitimos la existencia de profundas diferencias económicas y sociales, con ciudadanos de primera, segunda y hasta tercera categoría, si hay sectores a los que se les niega casi por completo el acceso a los beneficios de la modernidad y a los tan publicitados logros de los equilibrios macroeconómicos, si mientras en países como el nuestro hay sectores que acumulan cada vez más riquezas, mientras otros tienen dificultades hasta para satisfacer sus necesidades mínimas, ¿podemos culpar entonces a esos otros por querer acceder a los beneficios que sólo han sido reservados para una

reducida elite de privilegiados?; y eso teniendo particularmente en cuenta que como sociedad hemos aceptado que se instale una verdadera lógica del «exitismo» basado en el consumo, en donde quien no consume entonces no es digno de ser considerado un par, un semejante.

El delincuente común no es necesariamente un rebelde, sino por el contrario, muchos de ellos en el fondo lo que hacen es aceptar totalmente los valores que el sistema les impone como fundamentales, pero ante la imposibilidad de procurárselos por los medios que el sistema acepta deciden entonces acudir a otros, que en su medio no siempre son considerados como negativos, así como en ciertos círculos empresariales las argucias para evadir las cargas impositivas de origen fiscal muchas veces no son rechazadas, sino por el contrario, valoradas muy positivamente como parte del «espíritu emprendedor» que todo empresario debe tener para triunfar, aunque ello signifique cometer delitos tan o más graves que los realizados por alguien que roba por necesidad, toda vez que los daños económicos y sociales de la criminalidad de «cuello blanco», es tan o más preocupante que la proveniente de la criminalidad de los desposeídos. A nuestro juicio no hay diferencia alguna entre quien roba para vivir y quien lo hace para aumentar su riqueza, ambos son hechos totalmente repudiables, y si al menos en el primero puede a veces ser entendible, en el segundo en modo alguno puede ser justificable, y sin embargo el sistema trata de forma muy distinta ambas situaciones, reservando

toda la ferocidad de su poder para perseguir al primero y haciendo a veces «vista gorda» con el segundo o dándole salidas alternativas que el primero no tiene.

Creemos importante aclarar, por si se ha entendido así, que no es nuestra intención sólo culpar a los «poderosos» del aumento de la delincuencia, como hacen algunos desde una óptica muy populista. También en los sectores marginales es posible encontrar antecedentes del por qué esto ocurre. Cuando las personas en sus barrios se quejan de que los jóvenes se han vuelto una verdadera amenaza, que viven en la droga y la delincuencia, deberían pensar qué hicieron ellos, en su momento, para evitar que esto ocurriera. ¿Se preocuparon acaso cuando esos jóvenes eran niños, y sabiendo que vivían en ambientes de violencia familiar y de privación económica, lo dejaron pasar, miraron para otro lado, sin pensar que también era un problema de ellos? Cuando esos jóvenes tuvieron dificultades para transitar de buena forma el período escolar, cuando debieron salir tempranamente de la infancia para sumarse al mundo de quienes deben ganar el sustento diario, ¿hicieron algo para evitarlo o actuaron como aquel personaje de DICKENS, que ante la solicitud de dinero para obras sociales respondía que ya bastante hacía con pagar los impuestos que permitían mantener hospitales, orfanatos y cárceles?

Como vemos, es fácil culpar al otro por la proliferación de los males sociales, pero si queremos realmente buscar soluciones de fondo, hay que

primero partir por evaluar cuáles son nuestras propias responsabilidades en el estado actual de la situación, y actuar en concordancia, partiendo por cambiar la actitud personal, y no esperando que las soluciones vengan desde fuera, que sea el Estado quien resuelva los problemas, cuando en términos amplios, el Estado somos también todos nosotros.

A nuestro juicio todo intento por superar la crisis del sistema penal, y particularmente por dar una solución de fondo al problema de la delincuencia deberá pasar primeramente por una profundización de la democracia. Es necesario que el cuerpo social comprenda que los problemas colectivos requieren necesariamente soluciones colectivas, y por tanto no basta con concurrir a las urnas para emitir un voto cada tanto y luego esperar que otros, habitualmente entre cuatro paredes, decidan lo que es mejor para nuestra vida. Es preciso que la sociedad toda se movilice y se organice para hacerse cargo de sus problemas y no esperar que todas las soluciones vengan desde arriba. Una sociedad organizada desde sus más profundas bases, trabajando mancomunadamente, se encuentra en muchas mejores condiciones para resolver los riesgos de la modernidad, o al menos para enfrentarlos. En la medida en que los sujetos tomen real conciencia de sus derechos y también de sus deberes como ciudadanos podrán salirle al paso a quienes pretendan vulnerar las bases de la vida en comunidad —proviengan estos del sector social que sea—. No basta con reaccionar cada vez que los problemas aparezcan,

cuando ya solucionarlos resulta muy difícil, sino que se debe actuar *proactivamente*, antes de que la situación se vuelva insostenible.

Desde el ámbito académico y desde los operadores del sistema, resulta imprescindible motivar el debate, impulsarlo, pero no reclusos en nuestras instituciones, sino que es menester salir hacia la sociedad, para explicar el por qué de muchos de los institutos del sistema penal. Es necesario hacer comprender al hombre común del por qué de la importancia de luchar por el respeto más irrestricto a muchos de los derechos que se han ido conquistando a través de una larga historia de luchas. Por ejemplo, es necesario explicitar el por qué de la necesidad de principios como los garantistas, cómo se ve afectada nuestra libertad cuando ellos son vulnerados. No se puede dejar sólo en las manos de los medios de comunicación de masas esta labor educativa, sobre todo si se considera que en la mayoría de los casos estos no sirven sino para perpetuar y expandir la ignorancia, cuando sujetos que carecen de las herramientas teóricas mínimas pretenden analizar cuestiones tan relevantes como la presunción de inocencia, el carácter restrictivo de la prisión preventiva o la necesidad de que el Derecho penal sea la ultima ratio de la respuesta a los conflictos. No se puede explicar lo que no se entiende, y para eso entonces es necesario que junto a políticos y comunicadores de masas, salgan también los especialistas en el sistema penal a exponer el porqué de sus instituciones, para paliar en parte las desviaciones, los conceptos erróneos, las opiniones

interesadas que habitualmente poseen los primeros, y que son causa importante de la ignorancia que sobre estos temas se tiene.

Pero no basta sólo con que la universidad y los especialistas salgan al mundo para educar, también es menester que dentro de sus muros se reciba a la sociedad civil, para hacerla participar directamente en el debate sobre las salidas a la crisis. Nadie puede conocer mejor la realidad de la situación que aquellos que deben sufrirla día a día. Por eso, como señalaba el Defensor Público Nacional Eduardo Sepúlveda en un seminario organizado para analizar la reforma al sistema penitenciario en nuestro país, si se quiere analizar cómo funcionan las cárceles y cuáles son las medidas necesarias para resolver su crisis, se necesita no sólo que concurren los expertos, que por más títulos y diplomas que tengan, por mejores que sean sus intenciones, difícilmente podrían saber en concreto cuáles son los verdaderos aspectos que hay que resolver, y las mejores formas para hacerlo. Junto a estos se requiere la participación activa de los presos, sus familiares y organizaciones, pues no hay nadie que conozca el sistema mejor que ellos. Y esto es válido para los diferentes ámbitos de la vida social: si se quiere analizar el problema de la delincuencia en escuelas y liceos, entonces habrá que convocar a los diferentes miembros de la comunidad educativa —padres, profesores y alumnos—; y si es la delincuencia en nuestros barrios la que queremos resolver, entonces son los vecinos quienes deben tener una participación activa.

Por último, también en el ámbito académico y de los operadores del sistema —jueces, abogados, criminólogos, etc.—, se necesita que aquellos que nos sentimos inspirados por la defensa de los principios garantistas, aquellos que pensamos que en la disyuntiva entre seguridad y libertad, es preferible inclinarse por la libertad, también salgamos al paso de aquellas desviaciones autoritarias de la ciencia penal, de esa que pretende vendernos la consigna de que la panacea para los actuales problemas del sistema se encuentra en la relativización del respeto a los derechos, en un aumento constante del punitivismo, o incluso en la elaboración de una clase de «Derecho especial» para cierta clase de individuos. Aquellos que no aceptan que el respeto de los Derechos Humanos debe ser la base y piedra angular sobre la que debe erigirse incuestionablemente el edificio jurídico, que intentan hacernos creer que nuestras sociedades no son más que un conjunto de funciones e interrelaciones sin «alma», en donde la calidad de persona no es nada más que una atribución normativa, olvidando —u ocultando— que tras todas estas conceptualizaciones hay individuos reales, que merecen respeto y el goce irreductible de ciertos derechos, sólo por pertenecer a la especie humana, independiente de lo que una norma diga, o de las necesidades que tenga la sociedad.

Sólo una vez que el debate se haya extendido, que hayamos escuchado a todas las partes involucradas e interesadas, cuando las personas tomen razón de la necesidad de participar y organizarse, podremos siquiera plantear

las reformas legislativas que se requieran. Primero hay que discutir, educar y crear conciencia, luego pueden venir las leyes. Los problemas sociales y las actitudes no se cambian por decreto, y eso será algo difícil de aceptar en sociedades que, como la nuestra, a veces pareciera que se tiene la firme convicción de que basta con una ley para que las situaciones cambien, lo que en la práctica se ha demostrado que no es así.

Sin duda llevar adelante procesos como los que antes hemos descrito no será algo fácil y puede parecer utópico, pero no le tememos a soñar sociedades mejores que en la que vivimos. Tenemos confianza que en algún futuro cercano hombres y mujeres podremos ponernos a trabajar en serio en los problemas que nos aquejan, buscando soluciones reales a las causas de ellos y no quedándonos en las meras descripciones y en las respuestas de parche.

Sólo en una sociedad distinta, en que no exista la injusticia ni la explotación, en una sociedad en que todos los hombres puedan desarrollarse de manera igualitaria, en que no haya diferencias de clase, en donde todos y cada uno se involucren en la vida social, tal vez será posible pensar en la desaparición de un sistema punitivo centrado en el castigo tal y como hoy lo conocemos. Por el momento, bajo las actuales circunstancias, lo realmente progresista y humanista, es abogar por un Derecho penal mínimo y garantista, a la par que se trabaja por la disminución de las desigualdades y la construcción de una sociedad más justa, en que todas las personas puedan desarrollarse de

acuerdo a sus aptitudes y no a sus capacidades económicas. Y quizá ni siquiera ahí el Derecho penal habrá de desaparecer del todo.

BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel Ignacio, «*Historias de los Pensamientos Criminológicos*», 1ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro, «*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*». 1ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004. Traducción de Álvaro Bunster.

BARATTA, Alessandro, «*Enfoque Crítico del Sistema Penal*» en BARATTA, Alessandro, «*Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*», Buenos Aires: Editorial B. de F., 2004, pp. 89-111.

BARATTA, Alessandro, «*Problemas Sociales y Percepción de la Criminalidad*», en BARATTA, Alessandro, «*Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*», Buenos Aires: Editorial B. de F., 2004, pp. 274-297

- BASSIOUNI, Cherif, «*International Terrorism*», en «*International Criminal Law*», Vol. I, 2ª edición, Transnational Publishers, Inc., Estados Unidos, 1999.
- BECCARIA, César Bonesana, Marqués de, «*Tratado de los Delitos y de las Penas*», Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993.
- BERGALLI, Roberto [coord.], «*Sistema Penal y Problemas Sociales*», 1ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003
- BERGALLI, Roberto, «*Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: Perspectivas Socio-Jurídicas*», en BERGALLI, Roberto [coord.], «*Sistema Penal y Problemas Sociales*», 1ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 25-82
- BERGALLI, Roberto, BUSTOS, Juan y MIRALLES, Teresa, «*Pensamiento Criminológico Vol. I. Un análisis crítico*», 1ª edición, Bogotá: Editorial Temis
- BOVINO, Alberto, «*La Víctima como Preocupación del Abolicionismo Penal*», en MAIER, Julio [comp.], «*De los Delitos y de las Víctimas*», 1ª edición, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1992, pp. 261-279.
- BOVINO, Alberto, «*Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*», Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan & HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, «*Lecciones de Derecho Penal*», Vol. I, 1ª edición, Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan [director], «*Prevención y Teoría de la Pena*», 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Control Social y Sistema Penal*», Barcelona: Editorial Promociones Publicaciones Universitarias (PPU), 1987
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Estado y Control: La ideología del control y el control de la ideología*», en BERGALLI, Roberto; BUSTOS, Juan; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, y otros, «*Pensamiento Criminológico Vol. II. Estado y Control*», 1ª edición, Bogotá: Editorial Temis, 1983, pp. 11-35.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*In-seguridad y lucha contra el terrorismo*», en LOSANO, Mario G. & MUÑOZ CONDE, Francisco, «*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 403-410
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Manual de Derecho Penal. Parte General*», 3ª edición, Barcelona: Ariel, 1989.

- CAMPO MORENO, Juan Carlos, «*Represión Penal del Terrorismo. Una Visión Jurisprudencial*», pág. 21. Editorial General de Derecho, S.L., Valencia, España, 1997
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «*"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*», en Revista «*Jueces para la Democracia*», Nº 44, España, 2002, pp. 19-26
- CARBONELL, Miguel & SALAZAR, Pedro, «*Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*», Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- CERVINI, Raúl, «*Los Procesos de Decriminalización*», 2ª edición, Montevideo: Editorial Universidad, 1993
- CIAFARDINI, Mariano, «*Sobre el Cambio de Paradigma*», Epílogo a la edición latinoamericana del libro de LEA, John & YOUNG, Jock, «*Qué Hacer con la Ley y el Orden*», 1ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 271-284.
- COHEN, Stan, «*El Abolicionismo*», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición, traducción de Mariano A. CIAFARDINI y Mirta L. BONDANZA. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989, pp. 13-14.

CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*», Buenos Aires: Ediar, 1987.

CHRISTIE, Nils, «*Los Conflictos como Pertenencia*», en MAIER, Julio [comp.], «*De los Delitos y de las Víctimas*», 1ª edición. Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 1992, pp. 157-182.

CHRISTIE, Nils, «*Los Límites del Dolor*», 1ª edición en español, 1ª reimpresión. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.

CHRISTIE, Nils, «*Una Sensata Cantidad de Delito*», 1ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Traducción de Cecilia Espelata y Juan Iosa.

De FOLTER, Rolf S., «*Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición, traducción de Mariano A. CIAFARDINI y Mirta L. BONDANZA. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989, pp. 57-85

DELGADO MARTÍN, Joaquín, «*El Proceso Penal ante la Criminalidad Organizada. El Agente Encubierto*», en Varios Autores, «*Problemas Actuales de la Justicia Penal*», J.M Bosch Editor, Barcelona, España, 2001

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «*El "Derecho Penal del enemigo" (Darf nicht sein!): sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad*», en «Revista General de Derecho Penal», N° 4, 2005, pp. 1-35

DIEZ DE VELASCO, Manuel, «*Instituciones de Derecho Internacional Público*», Editorial Técnos, Decimotercera Edición, Madrid, España, 2001

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2004, núm. 06-03, p. 03:1-03:34. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

DONNA, Edgardo Alberto, «*Teoría del Delito y de la Pena*», Vol. I, 2ª edición, Buenos Aires: Astrea, 1996.

DURKHEIM, Emile, «*El Suicidio*», 3ª edición, México D.F.: Premia Editora, 1990

DURKHEIM, Emile, «*Las Reglas del Método Sociológico*», Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2003

ELBERT, Carlos Alberto, «*Abolicionismo: ¿Eclecticismo o Integración en la Criminología*», en MAIER, Julio y BINDER, Alberto [comp.], «*El*

- Derecho Penal Hoy. Homenaje al profesor David Baigún*», 1ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995. p. 477.
- ELBERT, Carlos Alberto, «*Manual Básico de Criminología*», 1ª edición, Buenos Aires: EUDEBA, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*», 1ª edición, Madrid: Trotta, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, «*Derechos y Garantías. La ley del más débil*», Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*», en BUSTOS RAMÍREZ, Juan [director], «*Prevención y Teoría de la Pena*», 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 25-48.
- FERRATER MORA, José, «*Diccionario de Filosofía*», 5ª edición, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1965.
- FOUCAULT, Michel, «*La Verdad y las Formas Jurídicas*», Editorial Gedisa, Barcelona, España, 1996.
- FOUCAULT, Michel, «*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*», 1ª edición, 3ª reimpresión. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004. Traducción de Aurelio Garzón del Camino.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, «*De los Problemas Sociales y de la (De)criminalización. A propósito del Report on decriminalisation, de*

1980», en CONSEJO DE EUROPA, «*Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, Estrasburgo, 1980*» Buenos Aires: Ediar, 1987, pp. 277-283

GARLAND, David, «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*», 1ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005. Traducción de Máximo Sozzo.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, «*La Teoría General del Garantismo: Rasgos generales*», en CARBONELL, Miguel & SALAZAR, Pedro, «*Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*», Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 21-39

GIMENEZ A., Pilar, «*El derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*», Barcelona: J.M. Bosch, 1993.

GRACIA MARTÍN, Luis. «*Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado "Derecho Penal Del Enemigo".*» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], 2005, pp.1-43.

GUIBOURG, Ricardo, «*Luigi Ferrajoli y el Utilitarismo Penal Reformado*», en «*Analisi e Diritto, Ricerche di Giurisprudenza Analitica*», Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Genova. Torino: Giappichelli Editore, 1999.

- HABERMAS, Jürgen, «*Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*», Madrid: Cátedra, 1999.
- HASSEMER, Winfried, «*Prevención General y Aplicación de la Pena*», en NAUCKE/HASSEMER/LÜDERSEN, «*Principales Problemas de la Prevención General*», Buenos Aires: Editorial B. de F., 2004, pp. 45-82.
- HOBBS, Thomas, «*Leviatán, o la Materia, Forma y Poder de un Estado Eclesiástico y Civil*», Alianza Editorial, Madrid, España, 1999
- HOBBS, Thomas, «*Tratado sobre el Ciudadano*», Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.
- HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*», 1ª edición, Barcelona: Ariel Derecho, 1984. Traducción de Sergio Politoff.
- HULSMAN, Louk, «*La Criminología Crítica y el Concepto de Delito*», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición. Buenos Aires: Ediar, 1989, pp. 87-107.
- JAKOBS, Günther, «*Culpabilidad y Prevención*», en JAKOBS, Günther, «*Estudios de Derecho Penal*», Madrid: Editorial civitas, 1997, pp. 77-99

- JAKOBS, Günther. «*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*». Madrid: Ed. Marcial Pons, 1995
- JAKOBS, Günther. «*Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica*». En JAKOBS, Günther & MANUEL CANCIO MELIÁ, «*Conferencias sobre Temas Penales*». Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2000
- JAKOBS, Günther. «*Sobre La Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*», 1ª edición, Madrid: Editorial Civitas, 2003.
- KANT, Immanuel, «*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*», México D.F.: Porrúa, 1977.
- KANT, Immanuel, «*La Metafísica de las Costumbres*», Barcelona: Altaya, 1996.
- KELLING, George L. & COLES, Catherine M., «*¡No Más Ventanas Rotas! Cómo restaurar el orden y reducir la delincuencia en nuestras comunidades*», México D. F.: Instituto Cultural Ludwig von Mises, 2001.
- LARRAURI, Elena, «*La Herencia de la Criminología Crítica*», 3ª edición. Madrid: Siglo XXI Editores, 2000.
- LEA, John & YOUNG, Jock, «*¿Qué Hacer con la Ley y el Orden?*», 1ª edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

- LENIN, Vladimir I., «*La Enfermedad Infantil del "Izquierdismo" en el Comunismo*», 1ª edición, 4ª reimpresión, Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1975.
- LISZT, Franz Von, «*La Idea de Fin en el Derecho Penal*», Valparaíso: EDEVAL, 1984
- LOSANO, Mario G. & MUÑOZ CONDE, Francisco, «*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- MAIER, Julio, «*Derecho Procesal Penal Argentino*», Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- MAIER, Julio, «*La Víctima y el Sistema Penal*», en VV.AA., «*De los Delitos y de las Víctimas*», Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 183-249
- MARTÍNEZ S., Mauricio, «*La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*». 1ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1990.
- MARX, Carlos & ENGELS, Federico, «*Manifiesto del Partido Comunista*», en MARX, Carlos & ENGELS, Federico, «*Obras Escogidas*», Moscú: Editorial Progreso, [s. f.].

- MATHIESEN, Thomas, «*Juicio a la Prisión. Una Evaluación Crítica*» 1ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2003. Traducción de Mario Coroliano y Amanda Zamuner.
- MELOSSI, Darío & PAVARINI, Massimo, «*Cárcel y Fábrica, los Orígenes del Sistema Penitenciario: Siglos XVI-XIX*». México: Siglo XXI, 1980.
- MIR PUIG, Santiago, «*El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*», Barcelona: Ariel, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal*», 2ª edición, Montevideo: Editorial B de F, 2003.
- MIRALLES, Teresa, «*El Control Formal: La Cárcel*», en BERGALLI, Roberto; BUSTOS, Juan; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, y otros, «*Pensamiento Criminológico Vol. II. Estado y Control*», Bogotá: Editorial Temis, 1983, pp. 95-120
- MIRALLES, Teresa, «*Patología Criminal: Aspectos biológicos*», en BERGALLI, Roberto, BUSTOS, Juan y MIRALLES, Teresa, «*Pensamiento Criminológico Vol. I. Un análisis crítico*», 1ª edición, Bogotá: Editorial Temis, pp. 51-67.
- MOCCIA, Sergio «*El Derecho Penal, entre Ser y Valor. Función de la Pena y Sistemática Teleológica*». Buenos Aires: Editorial B. de F, 2003

- MOCCIA, Sergio, «*De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María [ed.], «*Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*», 1ª edición, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 113-142.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, «*Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs*», en VV. AA. «*El Funcionalismo en Derecho Penal*», Eduardo Montealegre Lynett (coordinador), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MUÑOZ Conde, Francisco, «*El Nuevo Derecho Penal Autoritario*», en LOSANO, Mario G. & MUÑOZ CONDE, Francisco, «*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004
- MUÑOZ CONDE, Francisco, «*Introducción al Derecho penal*», 2ª edición, Buenos Aires: Editorial B. de F., 2001
- NINO, Carlos Santiago, «*Los Límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*», 1ª edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980
- PAPENDORF, Knut, «*La Historia de la Recepción del Libro de Mathiesen Superen los Muros y Qué Hace KROM Hoy en Día*», en VV. AA.,

«*Criminología Crítica y Control Social 2. Orden o Justicia, el falso dilema de los intolerantes*», Rosario: Editorial Juris, 2000.

PAVARINI, Massimo, «*¿Abolir la Pena?, La paradoja del sistema penal*», en Revista «*No Hay Derecho*», Nº 1, Buenos Aires: 1990, pp. 4 y ss.

PAVARINI, Massimo, «*Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*», 1ª edición argentina, traducción de Ignacio MUÑAGORRI. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.

PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, «*Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*» en JAKOBS, Günther, «*Estudios de Derecho Penal*», Madrid: Editorial civitas, 1997

PLATT, Anthony, «*Los “Salvadores del Niño” o La Invención de la Delincuencia*», 4ª edición, México D. F.: Siglo XXI Editores, 2001.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, «*Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*», 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003

POQUET, Alejandro, «*Temas de Derecho Penal y Criminología*», 1ª edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «*“La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado del 11 de*

septiembre de 2001», en Revista «*Mientras Tanto*», Nº 83, Barcelona: España, 2002, pp. 77-91

RAMÓN CORCHET, Consuelo, «*Terrorismo y Respuesta de Fuerza en el Marco del Derecho Internacional*», pág. 53. editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1993.

RIQUERT, Fabián & PALACIOS, Leonardo, «*El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes*», en «*La Ley, Revista Universitaria*», Nº 3, Junio de 2003, pp. 1-8.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, «*Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal (“Nuevas” Racionalidades Punitivas y Posibles Escenarios Penales)*», en Iñaki RIVERA BEIRAS [coord.], «*Mitologías y Discursos sobre el Castigo. Historias del Presente y Posibles Escenarios*», 1ª edición. Barcelona: Anthropos, 2004, pp. 287-326

RIVERA BEIRAS, Iñaki, «*Historia y Legitimación del Castigo. ¿Hacia dónde vamos?*», en BERGALLI, Roberto [coord.], «*Sistema Penal y Problemas Sociales*», 1ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 83-133.

RODRÍGUEZ, Darío & ARNOLD, Marcelo, «*Sociedad y Teoría de Sistemas. Elementos para la Comprensión de la Teoría de Niklas Luhmann.*», 3ª Edición, Santiago: Editorial Universitaria, 1999.

ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, Madrid: Civitas, 1999.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, «*Validez y Vigencia: Un cruce de caminos en el modelo garantista*», en CARBONELL, Miguel & SALAZAR, Pedro, «*Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*», Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 211-232.

RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER, Otto, «*Pena y estructura Social*». Traducción de Emilio GARCÍA MÉNDEZ. Bogotá: Temis, 1984

SARRULLE, Oscar Emilio, «*La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación)*». Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998

SCHEERER, Sebastian, «*Hacia el Abolicionismo*», en VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición, traducción de Mariano A. CIAFARDINI y Mirta L. BONDANZA. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989, pp. 15-34

SERRANO, José Luis, «*Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*», 1ª edición, Madrid: Editorial Trotta, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*», 1ª Edición. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «*La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*», Madrid: Editorial Civitas, 2ª edición, 2001.

SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul & YOUNG, Jock, «*La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*», Buenos Aires: Amorrortu, 1997

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, «*Derecho Procesal Penal*», Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1995.

VILLEGAS, Myrna, «El Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización del Pueblo Mapuche», en «*Foro Norte para el Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos originarios*», Universidad Católica del Norte, Working Paper, enero de 2007, edición electrónica disponible en <http://www.foronor.ucn.cl>

VILLEGAS, Myrna, «*Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España*», Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001. Edición electrónica disponible en: <http://cybertesis.cl>

VILLEGAS, Myrna & LAVIN, Michel, «*Terrorismo e Intervención Penal en la Red. Uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Represión Penal del Terrorismo*», Universidad ARCIS, Departamento de Investigación, junio de 2005, pp. . Disponible edición electrónica en: <http://derecho.universidadarcis.cl>

VON HIRSCH, Andrew, «*Censurar y Castigar*», 1ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 1998. Traducción de Elena Larrauri.

VV. AA., «*Abolicionismo Penal*», 1ª edición, traducción de Mariano A. CIAFARDINI y Mirta L. BONDANZA. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989

WACQUANT, Loic, «*Las Cárceles de la Miseria*» 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires: Manantial, 2004.

WEBER, Max, «*El Político y el Científico*», Madrid: Alianza Editorial, 1997.

YACOBUCCI, Guillermo, «*El sentido de los Principios Penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*», Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

YACOBUCCI, Guillermo, «*La Deslegitimación de la Potestad Penal. La crítica al poder sancionador del Estado*», Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

- YOUNG, Jock, «*El Fracaso de la Criminología: la necesidad de un realismo radical*», en VV. AA., «*Criminología Crítica y Control Social 1. El poder punitivo del Estado*», Rosario: Editorial Juris, 1993, pp. 7-41
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*», 2ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*», Tomo I y II, Buenos Aires: Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, «*Derecho penal. Parte General*», 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*El Castigo Penal en EE.UU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente*», en Iñaki Rivera Beiras [coord.], «*Mitologías y Discursos sobre el Castigo. Historias del Presente y Posibles Escenarios*», 1ª edición. Barcelona: Anthropos, 2004, pp. 251-285.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «*La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona*», en Iñaki Rivera [coord.], «*Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*», 1ª edición. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 255-286.

