

FRAGMENTO DE FUNDAMENTOS DE LA PENA ESTATAL

AUTOR: GABRIEL BOMBINI

3.1. ALGUNOS PLANTEAMIENTOS ACTUALES

En este apartado, se mencionarán algunas propuestas que por su actualidad y el grado de discusión que han suscitado, creo merecen una breve mención:

3.1.1. GARANTISMO PENAL (FERRAJOLI)

Surgida en el contexto italiano, se menciona la nueva reformulación utilitarista presentada por el mencionado **Luigi Ferrajoli** en su famosa obra "*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*", publicada en el año 1989 y traducida al español en el año 1995, y cuya expresión identificatoria ("garantismo"), ha sufrido a la fecha y en nuestro contexto nacional utilizaciones peyorativas que evidencian el desconocimiento de sus propuestas básicas.

Aún cuando deba identificarse su propuesta global con la de dicha obra, debe mencionarse como hacen **Zaitch-Sagarduy** (1992:43-44) que el garantismo nació arraigado a la cultura jurídica progresista italiana de los años 60' y 70', sustentada ideológicamente en el marxismo de la nueva izquierda y anti-institucionalista, proclamó una redefinición de los bienes jurídicos protegidos que implicaba la criminalización de nuevos campos de acciones no tradicionales y vinculadas a la criminalidad de los poderosos en contra de los derechos de los más débiles.

La obra de **Ferrajoli**, parte de una disolución fundamental entre derecho y moral, y una reivindicación de los principios iluministas limitadores de la actividad penal del Estado (retibucionista, de legalidad, necesidad, lesividad, exteriorización, responsabilidad, jurisdiccionalidad, acusatorio, de verificación, de contradicción), que consagran un edificio mínimo de derechos humanos, los que al resultar positivizados en el orden internacional por los compromisos asumidos por los estados nacionales en esta materia, vinculan necesariamente a la actividad interna de las agencias penales pertenecientes a los mismos, sea en el momento de la creación como también de aplicación de la ley. Con esas premisas y entonces desde una perspectiva del derecho penal mínimo, aporta una doble justificación preventiva: *de los delitos y de las penas informales*. La primera utilidad

reportada por la *pena* no varía de los clásicos postulados *utilitaristas*, los que sin embargo es necesario <<someter>> a un segundo parámetro en pos de evitar que fundamente modelos de derecho penal máximo. Éste segundo límite viene dado, más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, **por el mínimo malestar necesario de los desviados**. Necesario, en cuanto evitaría la *mayor reacción informal* que en ausencia de penas manifestaría la parte ofendida o ciertas fuerzas sociales e institucionales con ella solidarias. (1986:37 y 1995:334). Y agrega que "...entiendo decir con ello que la pena no sirve únicamente para prevenir los delitos injustos, sino también los injustos castigos; la pena no es amenazada e inflingida *ne peccetur*, también lo es *ne punietur*; no tutela solamente la persona ofendida por el delito, del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas..." (1995:332); y también que "...la pena está justificada como **mal menor** -lo menos arbitrario- respecto a otras reacciones no jurídicas que es lícito suponer que se producirían en su ausencia; y que, más en general, el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los **costes del derecho penal** respecto a los **costes de la anarquía punitiva...**"(1995:336).

Tal vertiente justificadora, si bien pretende superar la común observación kantiana que se le realiza a las doctrinas utilitaristas, en cuanto el hombre no puede ser utilizado como medio para fines externos, al destacar que la imposición de la pena reportaría una utilidad para el propio sujeto desviado, para ello parte de la presuposición de una eventual *reacción informal* que como demuestran los estudios sobre la cifra oscura de la criminalidad no se producen en gran cantidad de casos. Por otra parte, presupone, también, el *interés implícito* del desviado, a partir de su supuesto beneficio o *utilidad*, que le brindaría la intervención estatal al tutelar como sujeto *débil* sus derechos fundamentales, afirmación que pasa por alto la advertencia señera que ya formulara **George Mead**¹ en el sentido que "...los derechos humanos nunca se hallan en tan grave peligro como cuando sus únicos defensores son las instituciones políticas y sus funcionarios..." (**Melossi**, 1992:166); y que los sistemas penales actuales en la mayor parte de los casos, más que sistemas de protección de los derechos fundamentales, son sistemas de **violación** de ellos (**Bergalli**, 1996:20). En todo caso, entonces, reaparece la utilización del sujeto con fines ajenos, sustentado en una base poco sólida como resulta un <<imaginario>> cálculo de **costes punitivos**.

¹**Melossi** hace referencia a la obra de **Mead** Natural rights and the theory of the political institution en Mead, G. *Selected writings*, Indianápolis, Bobb-Merril, 1964, 150-70.

Zaffaroni-Slokar-Alagia (2003:64), señalan la contrafactividad de sus afirmaciones: "...la criminalización actual no cumple esta función, salvo en casos excepcionales. La teoría del derecho penal mínimo reconoce esto y, por lo tanto, propone la reducción radical del poder punitivo. No hay nada objetable en que las agencias políticas traten de disminuir la criminalización primaria a los pocos casos graves en que, por no haber una solución culturalmente viable, se correría el riesgo de provocar peores consecuencias para el autor y quizá también para la víctima y para terceros y que, además, las agencias judiciales se atuvieran a las estrictas reglas acotantes del derecho penal liberal. *Pero debe advertirse que lo que se propone es todo lo contrario a lo que sucede e implica una postulación de un modelo muy diferente de sociedad...*", es por ello que la consideran una propuesta política útil de ser discutida de cara al futuro.

No obstante, ésta aparición de la pena como la **ley del más débil**, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte, se escuda -frente a la facticidad innegable de la contradicción punitiva- en el **viejo privilegio del filósofo del derecho** (**Paul**, 1986:61), por el que manejándose en el plano del *deber ser*, como doctrina normativa no puede favorecerse ni confutarse con argumentos fácticos extraídos de la observación empírica, sino sólo teniendo en cuenta su conformidad o disconformidad con valores (**Ferrajoli**, 1986: 28 y 1995:324).² En todo caso, como nueva relegitimación del poder punitivo estatal surgida desde una orientación crítica, introduce aspectos relevantes y novedosos y deja servida la polémica para su análisis y discusión (**Bergalli**, 1990); pero a mi modo de ver tropieza con la dificultad insoslayable de pretender *justificar lo imposible* (**Pavarini**, 1992a).

3.1.2. LA PROPORCIONALIDAD EN LA TEORÍA DEL "JUSTO MERECEIMIENTO" (V. HIRSCH)

Frente a las concluyentes críticas desarrolladas en el ámbito anglo-parlante respecto del viejo modelo correccionalista surgido al amparo del welfarismo penal³, se levantaron voces tendientes a establecer un modelo pretendidamente "garantista" como

²Véase al respecto las argumentaciones del autor en los textos de referencia, en particular lo relativo a la utilización de la **ley de Hume** y a la distinción entre <<doctrinas de justificación>> y <<justificaciones>>.

³ Al respecto, véase **Garland, D.** (2000)

resultó el denominado *Justice Model*⁴, que bajo un aire neoclásico proclamó el retorno a la “justicia”, entendida como **proporcionalidad punitiva en la forma de “justo merecimiento” (just desert)**.

Fundamental en la constitución teórica de este modelo resultó el aporte de **Andrew Von Hirsch** (1976), quien proponía prescindir del ideal rehabilitador y de la función de prevenir el crimen a favor de hacer efectiva la idea de justicia, lo que no implica necesariamente una mayor severidad penal.

Su interés no se limita únicamente en ofrecer un fundamento para la pena estatal sino también trabajar sobre el punto de la cuantificación de la pena, es decir cuánta pena es proporcional y justa.

Así, se considera necesario que la ley establezca un marco de pena determinada y que el juez y las autoridades penitenciarias carezcan de excesiva discrecionalidad para imponer y variar el tipo de pena en función de las perspectivas individuales de resocialización (conf. **Larrauri**, 2001:56).

Posteriormente concreta **V. Hirsch** (1993) la expresión del castigo como una “*censura*” que consiste en la condenación por algo mal hecho, entendiendo que ello permite tomar en cuenta a la víctima y su lesión, considerar al ofensor como un ciudadano normal y cuantificar un grado de reproche basado especialmente en el hecho cometido (Capítulo 2).

En contra de las penas draconianas, propone “anclar la escala de penas” (Cap. 5) y a partir del uso de nociones geométricas de proporcionalidad ordinal y cardinal (74 y ss.) para establecer parámetros entre delitos y penas (45), diseña un esquema de penas máximas de cinco años de prisión para el homicidio y de tres años para el resto de los delitos.

Se advierte en la obra de **V. Hirsch**, un componente de ingenuidad neoclásica en sus propuestas, y como contrapartida se reprocha el haber resultado servil a las reformas conservadoras que han generado la espasmosa prisionización de los años 80'. En efecto, puede considerarse que este tipo de propuesta alimentó el desarrollo de las denominadas *guías penológicas* (sentencing guidelines) adoptadas por diversos estados

⁴ El primer texto sobre este modelo resulta el famoso *Struggle for justice*, del American Friends Service Committee publicado en New York en 1971. Al respecto, consultar la obra de **Garland**, cit en nota anterior.

norteamericanos, y que significan la graduación de las penas para cada delito sobre la base de plantillas que preconfiguran la respuesta punitiva por un lado taxando el tipo de delito y por el otro los antecedentes del condenado; que se estiman –entre otras medidas– han alimentado el incremento carcelario del país del Norte hasta superar los 2.000.000 de individuos prisionizados (**Garland**, 2000).

3.1.3. LAS PENAS PUBLICAS REINTEGRADORAS (BRAITHWAITE)

Crítico del modelo anterior, **Braithwaite** (1989) sostiene el modelo de penas vergonzantes reintegratoras, considerando que la etiqueta del delincuente, la visibilidad de la pena, “la exposición pública por lo que has hecho”, produce un efecto preventivo, pues la gente teme los efectos de estas penas públicas. La pena debería “avergonzar” al infractor. La forma del mensaje dependería de la receptividad individual; su función tendría que ser la de reforzar sus inhibiciones.

El autor requiere que el sentido de las penas públicas reintegratoras generen la búsqueda de una confrontación del infractor con el daño realizado (para producir vergüenza y/o arrepentimiento) y sean por ende reintegratoras.

Según **Kemelmajer** (2004: 172 y ss.) **Braithwaite** expone su teoría del siguiente modo: “...la pena estadual sólo frenaría la comisión de nuevos delitos si estuviésemos absolutamente seguros que todo delito será sancionado; sin embargo, sabemos que no hay ningún sistema tan eficiente que pueda asegurar ese resultado, y ninguna persona que no tiene *incentivos éticos* deja de cometer delitos en un sistema que no asegura que todos los delitos son sancionados, Esa persona sólo calcula qué riesgos está dispuesto a asumir y cuáles no. En cambio las penas impuestas por los padres, los amigos, otros parientes, otras personas que interesan al delincuente, muchas veces tienen efectos superiores a las impuestas por las instituciones legales....”

Su propuesta no supone eliminar las penas privativas de libertad sino restringirlas al máximo, utilizando los mecanismos de penas públicas reintegratoras para el resto de los casos. Por ende su relevancia radica en el desarrollo que ha dado al denominado **modelo de justicia restauradora**, cuya expansión supone posible en el ámbito de los delitos realizados por empresas (124-150) y en el ámbito del derecho penal de menores,

teniendo como ejemplo el neocelandés en donde el sistema de justicia penal juvenil ha sido suplantado por comisiones de discusión donde además del menor participan mediadores, representantes de la comunidad y personas del entorno del menor. (Kemelmajer, 2004).

La novedad que presenta la justicia restauradora respecto de la tradicional es que si bien los acusados están expuestos a ser desaprobados por los miembros de la comunidad, difiere la fuente y el modo de transmisión del mensaje, dado que se da un modo horizontal y no piramidal de comunicación. (Kemelmajer, 2004).

En ese aspecto destaca **Larrauri** (2001: 222) que **Braithwaite** (1989:68 y 160), "...es consciente de que la etiqueta del delincuente puede representar un estigma que impide que la persona se reintegre en la sociedad. Por ello advierte en numerosas ocasiones que para que estas penas visibles tengan efectos preventivos no deben ser penas excluyentes sino reintegradoras. Si el estigma que comporta la publicidad de la pena no se compensa de algún modo con gestos claros de que esta persona puede ser reintegrada a la sociedad y es bienvenida a ella, entonces lo que se consigue es que el estigma tenga el efecto, expuesto por la teoría del etiquetamiento, de asumir una personalidad delictiva que profundizaría los comportamientos delictivos, al excluirlo de la sociedad y arrojarlo al seno de una subcultura delictiva la cual le suministrará nuevos modelos de conducta y justificaciones para seguir delinquiendo...".

Mas allá de todo ello, fundamentalmente esta propuesta ha generado una discusión sobre su posible carácter degradante (**V. Hirsch**, 1993), y la inadecuación a sus propios fines de la terminología utilizada que contendría expresiones de por sí con carácter infamante y estigmatizador. (**Wright**, 2000).

En definitiva, una propuesta a ser atendida en orden no quizás a un presente fundamento de las penas totalizador, sino para ser utilizada como prácticas de justicia interpartes –sustitutiva de la penal- en ciertas áreas de menor contenido emocional y que aún permanecen dentro del espectro de la violencia punitiva estatal.

4. DOCTRINAS NO- LEGITIMADORAS

Este apartado sugiere un peculiar criterio clasificatorio, cuál es el deslegitimación o no legitimación de la pena estatal. Fundamentalmente se genera a partir de la oposición a las mencionadas en el punto anterior, es decir a las <<doctrinas de justificación>>. En tal sentido, se encuentra subdividido en tres apartados: el primero referido a las posiciones críticas respecto de aquellos discursos de justificaciones y fundamentalmente caracterizadas a las funciones distorsivas que esos discursos –más allá de su validez- cumplen en las prácticas punitivas. Básicamente, se plantean las cuestiones desde el plano del ser, pero no solamente para criticar los fundamentos otorgados a la pena por aquellas teorías, sino para desentrañar las funciones que cumplen las mismas. El segundo y tercer apartado por el contrario se registran en un nivel discursivo absolutamente distinto. Se refieren, básicamente a propuestas político-criminales concretas frente a la asunción de la deslegitimación de la pena estatal, sugiriendo en un caso la abolición del sistema penal (en su versión más amplia) o de la cárcel (en su versión más restringida), o bien una progresiva reducción en el uso de la pena.

4.1. CRITICAS A LOS DISCURSOS DE JUSTIFICACIÓN

La primer crítica lapidaria que debe formularse a los discursos de justificación de la pena estatal en general resulta el rico y reconocido aporte del versátil genio de **Michel Foucault**. Un primer cuestionamiento de la pluma del francés, es el de la pretensión normativa de reglar las formas jurídicas, y en ese sentido señala respecto de la institución carcelaria en sentido punitivo (1992:233) “...la prisión es menos reciente de lo que se dice cuando se la hace nacer con los nuevos Códigos. La forma-prisión preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales. Se ha constituido en el exterior del aparato judicial, cuando se elaboraron a través de todo el cuerpo social, los procedimientos para repartir los individuos, fijarlos y distribuirlos espacialmente, clasificarlos, obtener de ellos el máximo de tiempo y de fuerzas, educar su cuerpo, codificar su comportamiento continuo, mantenerlos en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de notaciones, constituir sobre ellos un saber que se acumula y se centraliza...”, desmintiendo cualquiera de las finalidades manifiestas que puedan asignárseles a las prácticas punitivas y subrayando un amplio componente de

funciones latentes o encubiertas, vinculadas al disciplinamiento social que cumplirían efectivamente las prácticas punitivas.

Este tipo de reflexión crítica da paso –aún con diferenciaciones harto-destacables- a un paradigma interpretativo que apunta a una análisis <<**socio-estructural e histórico-económico**>> en el nacimiento y funcionamiento de la institución punitiva por excelencia (**Bergalli**, 1991); señalándose que : “...si nos preguntamos (...) cómo, cuándo y sobretodo, por qué el sistema jurídico-penal va a hacer precisamente de esta práctica custodial-disciplinaria la modalidad principal de ejecución penal, debemos recorrer un largo camino interpretativo que sigue un curso absolutamente distinto y autónomo que sólo ocasionalmente se entrecruza con las alternativas institucionales de la cárcel (...) es necesario, en consecuencia, situarse dentro de la historia de los sistemas jurídico-penales y de la historia del pensamiento jurídico-penal si se pretende comprender el momento histórico y las condiciones que hicieron posible, en un lapso de tiempo relativamente breve, que el nuevo sistema de justicia penal se afanzara -y no solamente sobre el verdadero y propio nivel sancionatorio- mediante una modalidad de pena de tipo carcelario...” (**Pavarini**, 1986:155-174).

Dentro de tal hipótesis, por un lado, el mencionado **Foucault** (ob. cit.) introduce - como anticipara- interesantes elementos en su modo de apreciar el fenómeno del nacimiento de la cárcel punitiva que si bien parten de una relación estrecha con los cambios estructurales que se producen en las sociedades burguesas postrevolucionarias, subraya de modo incisivo el momento **disciplinario** como núcleo central de esa nueva sociedad. En ese sentido, se plantea como objetivo de su libro : “...una historia correlativa del alma moderna y un nuevo poder de juzgar : una genealogía del actual complejo científico-judicial en el que el poder de castigar toma su apoyo, recibe sus justificaciones y sus reglas, extiende sus efectos y disimula su exorbitante singularidad...(ob.cit.:30). Para ello, es necesario “...considerar el castigo como una **función social compleja**, y analizar los métodos punitivos no como simples consecuencias de reglas de derecho o como indicadores de estructuras sociales, sino como técnicas específicas del campo más general de los demás procedimientos de poder...” (ibídem). En igual dirección puntualiza que si bien es cierto que en el siglo XVIII y XIX es cuando se produce el viraje decisivo hacia la detención como forma punitiva por excelencia, se trataba de hecho de la apertura de la penalidad a unos mecanismos de coerción ya elaborados en otra parte, en referencia a los “modelos” de encierro establecidos en las “casas de trabajo” y de

“corrección” preburgueses. Agregando, asimismo, que “...la prisión, como pieza esencial en el arsenal punitivo marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal : su acceso a la “humanidad”. Pero también un momento más importante en la historia de esos mecanismos disciplinarios que el nuevo poder de clase estaba desarrollando (...) En suma, el encarcelamiento penal, desde el principio del siglo XIX ha cubierto a la vez la privación de la libertad y la transformación técnica de los individuos...” (ob. cit. : 233).

Por su lado, ya anteriormente **Rusche y Kirchheimer**, basados en la idea de que cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones (1984:3), habían señalado que “...la forma precursora de la prisión moderna está estrechamente ligada a las casas de corrección y su modo de producción...”(ob. cit. : 76), y que “...las raíces del sistema carcelario se encuentran en el mercantilismo...” (ob. cit. : 85).

Siguiendo sus pasos, **Melossi y Pavarini**⁵ apuntan que “...llegamos así a establecer una conexión entre el surgimiento del modo capitalista de producción y el origen de la institución carcelaria moderna...en un sistema de producción precapitalista la cárcel como pena no existe; esta afirmación es históricamente verificable con la advertencia de que no se refiere tanto a la cárcel como institución ignorada en el sistema feudal cuanto a la pena de la internación como privación de la libertad. En la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas, pero no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada por un período de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria...” (1987:18-9). En ese sentido, **Melossi** en la parte 1ª de la obra estableciendo una vinculación entre cárcel y trabajo en el continente europeo, menciona como antecedentes de la institución carcelaria a las <<**Bridewells**>>, y las <<**Workhouses**>> en la Inglaterra *Isabelina*, a partir de la utilización del Castillo de Bridewell para recoger allí a los vagabundos, los ociosos, los ladrones y los autores de delitos menores (ob.cit:32) Hace referencia también a la <<**Rasphuis**>> holandesa, inaugurada en 1596, para el aprendizaje de la disciplina capitalista de producción (ob.cit.:35 y ss) señalando que

⁵ Así en la introducción de su trabajo reconocen : “...nos dimos cuenta entonces que de ningún modo, nosotros habíamos sido los primeros en andar este camino, estábamos siguiendo las huellas de dos autores de la Escuela de Frankfurt de los años treinta, **George Rusche y Otto Kirchheimer**...”. Para añadir que : “...la perspectiva de esta mayéutica inicial consistió, por lo tanto, en construir una teoría materialista (en el sentido marxista de la palabra) del fenómeno social llamado cárcel; o mejor, extender para la comprensión de ese fenómeno los criterios básicos de la teoría marxista de la sociedad...” (ob. cit.: 18).

“...asegurar la sofocación de una multitud de impulsos y aptitudes productivas, para valorizar sólo la pequeña parte del individuo que es útil para el proceso de trabajo capitalista, es la función que los buenos calvinistas del siglo XVII asignaron a la casa de trabajo, y será más tarde la función de la institución carcelaria. El lugar donde se da la depauperación global del individuo es la manufactura y la fábrica; pero la preparación, el adiestramiento se garantiza en una estrecha red de instituciones subalternas de la fábrica, cuyas características modernas fundamentales se construyen exactamente en ese tiempo: la familia mononuclear, la escuela, la cárcel, el hospital, más tarde el cuartel y el manicomio: todas ellas van a asegurar la producción, la educación y la reproducción de la fuerza de trabajo que necesita el capital...” (ob. cit. :43). Finalmente, evidencia el proceso de diseminación y desarrollo de instituciones similares en el resto de los países europeos⁶.

En definitiva, aseveran **Melossi y Pavarini** (ob. cit.: 82) conjuntamente con **Pasukanis** que “...la privación de la libertad por un período determinado preventivamente en la sentencia del Tribunal es la forma específica con la que el derecho penal moderno, es decir el derecho penal burgués capitalista, realiza el principio de la retribución equivalente. Es un medio inconsciente pero profundamente ligado a la idea del hombre abstracto y del trabajo humano abstracto, medido por tiempo (...) Para que aflorara la idea de la posibilidad de expiar un delito con un *quantum* de libertad abstractamente predeterminada era necesario que todas las formas de riqueza social se pudieran reducir a la forma más simple y abstracta: al trabajo humano medido por tiempo (...) El capitalismo industrial, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, la economía política ricardiana y el sistema de reclusión por tiempo determinado, son fenómenos pertenecientes a la misma época histórica...”⁷

Asimismo, ha señalado **Garland** (1991) –partiendo de un enfoque interpretativo multidisciplinar- que el castigo es un fenómeno social profundamente complejo y problemático con entidad cultural, histórica y social y no una mera técnica encargada a

⁶ Así, menciona que el ejemplo de la casa de trabajo en Amsterdam fue seguido en muchas otras ciudades europeas, sobre todo en aquellas zonas en donde ya había un notable desarrollo de tipo mercantil-capitalista. En las ciudades de la Liga Ansiática surgieron casas de corrección (Zuchthäuser) en Lübeck y Bremenn (1613), Hamburgo (1622), Danzing (1630); en Suiza, en Berna (1614), Basilea (1616) y Briburgo (1617). También se generaliza rápidamente en los países católicos, sobre todo en Francia : en París, el Hôpital gènéral, (1656), institución que se extenderá a todo el reino, con un decreto de 1676. Por ultimo, hace un pormenorizado y exhaustivo análisis de la experiencia italiana en el punto 2 de su obra : páginas 92-132.

⁷ **Pasukanis**, 1964:230-1, *La teoría generale del diritto e il marxismo* en *Teorie sovietiche del diritto*, Milano.

instituciones especializadas. Esta última visión confunde y frustra nuestras expectativas al simplificar un problema social complejo en esa mera técnica institucional, y es la ciencia penal moderna la tiende a limitar nuestra percepción del fenómeno y a oscurecer sus conexiones sociales.

Afirma, asimismo que las sanciones penales no son una práctica transparente abocada al control del delito, puesto que el derecho y las instituciones penales además de girar entorno al ejercicio de poder y del control encierran valores morales y sensibilidades ampliamente compartidas.

Vale decir, como mencionara, una perspectiva que desmiente la posibilidad de dar un fundamento normativo a la pena estatal por considerar que las prácticas punitivas se vinculan a aspectos de orden estructural y que ha adquirido entidad cultural en nuestro contexto, y que sostiene que de alguna manera las doctrinas de legitimación no resultarían sino justificaciones ex post (de orden ideológico), de realidades previamente consagradas.

En tal sentido, resulta fundamental –por su explícita referencia a los discursos de justificación de la pena-, el trabajo del extinto profesor italiano **Alessandro Baratta**, quien distinguía en una novedosa clasificación entre *teorías ideológicas* y *teorías tecnocráticas*.

Las primeras, **ideológicas**, merecen tal calificativo en cuanto argumentan *funciones* cuya existencia no está empíricamente demostrada, pero a la vez producen en la generalidad de los ciudadanos y en el aparato del sistema penal un consenso en torno a una imagen *ideal* y *mixtificadora* de su funcionamiento. Entre ellas enmarca el autor a las teorías de la *prevención especial positiva* y a las de la *prevención general negativa*.

En el caso de las segundas, **tecnocráticas**, por el contrario, su fundamento está dado por *funciones* cuya existencia debe considerarse probada, y que producen conocimientos acerca de los verdaderos mecanismos puestos en movimiento por el sistema penal, conocimientos éstos que sirven principalmente al poder y sus funcionarios: constituyen ante todo una contribución a la tecnología del poder. Pero, agrega **Baratta**, que a la par del mensaje tecnológico, éstas teorías poseen un mensaje ideológico dirigido a los funcionarios del sistema penal y a la colectividad en general, con el fin de acreditar como útiles y justas las funciones reales de la pena y generar consenso en torno a la

<<normalidad>> que el sistema penal contribuye a reproducir. Entre ellas engloba a la *prevención general positiva y a la prevención especial negativa*. (1986:84).

Pavarini plasma algunos de tales conceptos en las concretas prácticas punitivas, al referirse al vacío ideológico de la pena en abstracto respecto de sus alegados fines utilitarios, y expresa que ello crea el espacio, en el plano de la justificación de la pena en concreto, para la invasión de la idea de **polifuncionalidad**. En ese sentido, retomando a **Baratta**, indica que es preferible acreditar como útiles las funciones reales y no ya ideológicas, es decir, generar consenso sobre la “normalidad” que el sistema penal contribuye a reproducir, lo que se llevaría a cabo a través de un intercambio en fases sucesivas: “...en la primera fase, vale decir, en aquella en la que se determina el quantum “virtual” de sufrimiento legal, la pena -despojada de todo oropel utilitario que la puede justificar- termina, a través del esquema retributivo, por declarar y afirmar los valores y reglas sociales y por reforzar su validez, contribuyendo de ese modo a la integración del grupo social en torno a ellos y al reestablecimiento de la confianza institucional conmovida por la percepción de la transgresión. (**Jakobs**, 1983). Por lo tanto se trata de la producción del consenso alrededor de las funciones reales de “reproducción” de la normalidad (**Baratta**, 1985:247 y ss.). En la segunda fase, aquella ejecutiva-carcelaria, libre de toda ilusión y práctica tratamental, se determinan las condiciones para arribar al intercambio positivo: la reducción del sufrimiento o bien el vaciamiento parcial del contenido afflictivo de la pena, tal como había sido determinado en el primer intercambio negativo. El momento ejecutivo-penitenciario debe decantar y clarificar las condiciones del canje. En efecto, los conceptos de resocialización o de progreso en el proceso de resocialización enmascaran un juicio de prognosis fundado únicamente sobre una presunción de fidelidad. A este sólo fin, lo que puede bastar es muy poco: el reconocimiento del desvalor social de la propia conducta o del propio modo de ser, alguna declaración de querer “cambiar de vida” o de querer aceptar las “reglas de juego”. Esto puede bastar porque también, nunca se podría verificar concretamente algo más. Pero, sobre todo, porque en esta disponibilidad a aceptar la “normalidad” se realiza una función expresiva igualmente importante: se renuncia en parte a la pena, a cambio de fidelidad. En verdad podemos sospechar legítimamente que el canje se efectúa sobre una ficción de fidelidad, es decir, en última instancia, sobre una ficción de consenso. Pero, la ficción del consenso equivale a la producción funcional del mismo (**Luhmann**, 1983:64 y ss.). Finalmente, para quien rehúsa, para quien no se somete subjetivamente a las condiciones de este intercambio, para quien no está siquiera dispuesto a fingir la fidelidad, la pena de

prisión puede realizar una función diversa, pero del mismo modo material y del mismo modo funcional al mantenimiento de la realidad dada, de la normalidad : es decir, una función de objetiva incapacitación (**Blumstein, Cohen, Nagin**, 1977), en otras palabras, de negación del disenso. Si la “normalidad” producida de esta forma, como significado de lo real, es impuesta tanto a través de la represión del disenso como por medio de la producción del consenso, el sentido mismo de la pena y de la cárcel concluyen inevitablemente por integrarse en una dimensión simbólica...” (1995b:89-90).

4.2. ABOLICIONISMO PENAL

Fundamentalmente deben diferenciarse tres propuestas de abolición penal.

- A) la primera surgida a partir del pensamiento clásico y orientada a la abolición de la pena de muerte
- B) la segunda surgida de movimientos sociales tendientes a la abolición de la institución carcelaria
- C) una tercera con mayor sustento teórico que la anterior destinada a la abolición del sistema penal en su conjunto.

Respecto de la primera puede afirmarse que ya entre los finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se sitúan las primeras manifestaciones en torno a la eliminación de la pena de muerte como sanción punitiva a través de los trabajos de autores como **Beccaria, Howard o Bentham (Rivera Beiras, 1998:75)**.

En cuanto a la segunda de las propuestas, **Bergalli (1983)** rescata el surgimiento en los países escandinavos a mediados de los años 1960 de diversos movimientos de apoyo a los reclusos, en pro de la reivindicación de sus derechos humanos y para que se les reconozca la posibilidad de constituir sindicatos con aptitud para luchar por la vigencia de los mismos; tales como el KRIM en Dinamarca, el KROM en Noruega, y el KRUM en Suecia, y que declaran como objetivo estratégico la abolición del sistema carcelario (**Mathiesen, 1974**).

Sin embargo, el pensamiento abolicionista no ha permanecido tan sólo en escandinavia y en el marco de movimientos sociales, sino que también ha sido difundido en los Países Bajos (**Louk Hulsman**), hasta Austria (**H. Steinert**) y

Alemania (**S. Scheerer**), e inclusive en Inglaterra y EEUU hay defensores de un modelo “atricionista” que propone la abolición de las cárceles (conf. **Larrauri**, 1987: 95), y en el interior de los países escandinavos principalmente a través de la labor del Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo, Noruega, bajo la dirección de **Nils Christie**⁸, y de la publicación que difunde el surgimiento de tales movimientos de **Thomas Mathiesen**, *The Politics of Abolition*, 1974. En este aspecto, destaca **Van Swaaningen** (1986:9) que es el noveno congreso de Criminología desarrollado en la ciudad de Viena, Austria, 1983, en el que por primera vez los académicos se presentaron a sí mismos como abolicionistas.

Volviendo a problema de la abolición carcelaria, cabe afirmar que si bien la misma se plantea como objetivo *estratégico*, surgen discusiones internas en torno a la posibilidad de utilizar como táctica las meras reformas a la institución. El principal conflicto surge cuando se toma en consideración la situación concreta de los que sufren el sistema imperante –los presos-, y al propio tiempo se pretende impedir el efecto <<boomerang>> que la aceptación y la ejecución de estas reformas puede tener en el mantenimiento y legitimación del sistema penal (**Larrauri**, cit.99).

Con respecto al corpus teórico de las propuestas de abolición del sistema penal, destacan **Zaffaroni-Slokar-Alagia** (2003:364) que se han diferenciado las de **Louk Hulsman**, **Nils Christie** y **Thomas Mathiesen**.

Hulsman (1986), señala que el sistema penal es un problema en sí mismo y ante su creciente dañosidad y paralela inutilidad de sus fines manifiestos, concluye en la conveniencia de abolirlo en su totalidad como sistema represivo. Según los autores antes citados, destaca tres razones básicas que abogan por su abolición: “...a) causa sufrimientos innecesarios que se reparten socialmente de modo injusto; b) no tiene efectos positivos sobre las personas involucradas en los conflictos y c) su control es sumamente difícil. Propone su reemplazo por instancias intermedias e individualizadas de solución de conflictos, que atiendan a las necesidades reales de las personas involucradas y no al macronivel estatal. Postula el empleo de un nuevo lenguaje que suprima las categorías de crimen y criminalidad, por considerar que en el pensamiento

⁸ Según afirma **Bergalli** (1983).

occidental están reificadas y ocultan una inmensa variedad de conflictos. Por supuesto que con esto no desaparecen los conflictos, sino que su redefinición en forma de *situaciones problemáticas* puede permitir soluciones efectivas en una *cara a cara* entre las partes involucradas, conforme a modelos diferentes del punitivo (compensatorio, terapéutico, educativo, conciliatorio, etc.), los que tienen la ventaja de no ser necesariamente alternativos, en tanto que el modelo punitivo, excluye, por lo general, la aplicación de los restantes...”.

Christie (1986) señala que la ley penal trabaja con *imágenes falsas*, se basa en acciones en vez de en interacciones, en sistemas de responsabilidad biológica antes que en sistemas de responsabilidad social. Señala este autor elementos de interés para el presente trabajo: “...la pena es un mal con intención de ser eso. Tiene que ver con el sufrimiento ... las razones expuestas para la pena, la retórica oficial, las teorías del derecho penal, varían de tanto en tanto y de lugar en lugar ... son reflejos de las propias sociedades las teorías penales modernas son el reflejo de los intereses del estado y de la visión del mismo...”. Entre sus propuestas se incluye un alto nivel de informalismo en donde la <<ley>> debe ser producida para cada caso por una negociación de las partes involucradas en el conflicto, es decir *la justicia no como algo que existe sino que se crea*.

Mathiesen (1974), al trazar las políticas del abolicionismo se sirve de un esquema marxista bastante simple. Destacan **Zaffaroni-Slokar-Alagia** (2003:364) que “...dada la vinculación del poder punitivo con el modo de producción capitalista, para aspirar a la abolición de todas las estructuras represivas de la sociedad y no sólo las del sistema penal. Procura una construcción que siempre se traduzca en una *praxis política* superadora de límites, en forma de algo inacabado (*unfinished*)...”. Agrega **De Folter** (1989:69) que según **Mathiesen** “...la abolición se produce cuando rompemos con el orden establecido y al mismo tiempo nos enfrentamos a un terreno sin construir...”, es decir que no se trata de sustituir un orden establecido por otro, apuntando fundamentalmente a la abolición de los absorbentes sistemas sociales represivos de la última etapa del capitalismo de estado.

Estas posiciones han sido duramente criticadas desde distintos sectores, resumiendo **Iñaki Rivera Beiras** (1998: 81) esencialmente las críticas a las propuestas abolicionista: a) que el hecho de intentar civilizar al derecho penal, puede convertirse en una criminalización del derecho civil; b) que la desigualdad entre víctima y ofensor no puede asegurar una <<compensación>> equitativa por el daño causado; c) que los

mecanismos <<civiles>> de compensación entre víctima y ofensor, corren el riesgo de no prestar atención a las garantías que son propias del Derecho Penal y Procesal Penal; d) que la posibilidad de que el ofensor realice <<trabajos en beneficio de la comunidad>> no supone otra cosa que volver a unas formas de penalidad antiguas, y que precisamente por su carácter utilitario y de explotación de una mano de obra gratuita o barata, resultaron abolidas.

Por otra parte, se ha señalado que no es posible <<exportar>> el modelo abolicionista a otras áreas en las cuales existe un índice de conflicto social elevado y en donde, en consecuencia, el Derecho Penal sigue siendo necesario pues, su abolición, acarrearía consecuencias más negativas que su mantenimiento (**Silva Sánchez**, 1992). Esta reflexión ha sido fundamental en el análisis de su viabilidad en el ámbito latinoamericano, la que ha sido rechazada por parte importante de la teoría crítica criminológica en nuestro contexto, salvo excepciones aisladas que fundan su recepción en una política de liberación para la región y en la profundización de las denuncias abolicionistas centrales en el contexto más cruento latinoamericano (**Politoff**, 1984). **Martinez** (1990:50) destaca los principales argumentos contra la recepción del abolicionismo en Latinoamérica: a) se teme que el sistema penal sea reemplazado por mecanismos más represivos e irracionales; b) la sociedad latinoamericana no es suficientemente madura como para resolver privadamente los conflictos suscitados entre sus miembros, sin la intervención estatal, y por tanto, ante todo, sería necesario abolir los conflictos; c) la abolición del sistema penal actual favorecería la generalización, ya bastante expandida, de las penas sin proceso; d) se perdería la oportunidad, de que un derecho penal más democrático contribuya a disminuir los niveles de violencia institucional y social, lo mismo que las distancias entre los grupos.⁹

4.3. POSICIONES REDUCCIONISTAS

Considero representante acabado de una posición no legitimadora pero reduccionista de la pena a la versión del Derecho Penal Mínimo de **Alessandro Baratta**. A diferencia de la propuesta minimalista-garantista de **Ferrajoli**, **Baratta** (1987) no encuentra razón a la pena y su posición resulta potencialmente abolicionista. Tan sólo se limita a proponer un uso de los derechos humanos que permitan limitar el uso de lo punitivo. Señala en

⁹ Incluye en esta oposición a **Aniyar de Castro**, (1985), **Zaffaroni** (1983), **Bergalli**, (1984) y **García Mendez**, 1985, entre otros.

concreto que el castigo es “violencia institucional”, la justicia penal funciona de una manera selectiva, tanto en relación a los bienes e intereses que protege como con relación a los procesos de criminalización y al “reclutamiento de sus clientes”; y que el sistema penal produce más problemas de los que pretende resolver; frente a ello los derechos humanos servirían como herramientas que definirían el objeto de la protección penal (reconstruída a partir de una utilización alternativa) y como límite al uso del poder punitivo (minimalismo o reduccionismo). A diferencia del abolicionismo, entonces, propugna que “...hay casos delimitados en los que algunas funciones simbólicas cumplidas por el sistema de la justicia penal pueden ser defendidas. Uno de estos casos es el de las graves lesiones de los derechos humanos cometidas por jefes militares o gobernantes...”, otro puede ser el de las ofensas sexuales que marca una diametral relación de poder masculino en nuestras sociedades (1990:155). En conclusión, la aceptación del sistema penal está condicionada por su existencia de hecho en la sociedad, pero no equivale a una justificación global ni a una exigencia política de conservarlo, “...la perspectiva de una política democrática del control social tiene en cuenta la existencia de hecho del sistema deslegitimado y de la dificultad política y cultural de sustituirlo a corto plazo, pero también la idea de su sustitución a largo plazo...”

En similar dirección, **Tamar Pitch** (2003:122) sostiene argumentos sociológicos a favor de una intervención penal mínima que a su entender nunca puede ser considerada aislada de las políticas sociales productoras de otras modalidades de control, posiciones sustentadas en trabajos de otros italianos, como otros posteriores del mismo **Baratta** (2003) y **Pavarini** (1980).