

**“La pena y los intentos de justificación.
Las teorías de la pena y su problemática”**



Autor: Dr. Ramiro A. González Raggio

Índice

Introducción	3
Teorías legitimadoras o positivas de la pena	4
Teorías absolutas	4
Teorías retributivas	5
Teoría de la retribución moral (Immanuel Kant 1724-1804)	6
Teoría de la retribución jurídica (G. W. F. Hegel 1770-1831)	6
Teorías reparatoras	7
Teorías relativas.....	8
Teorías de la prevención general.....	8
Teorías de la prevención general negativa.....	8
Teoría de la coacción psicológica (J. P. A. Ritter von Feuerbach 1775-1883).....	10
Teorías de la prevención general positiva.....	11
Teoría de la integración-prevención (Günter Jakobs)	11
Prevención general etizante (Hans Welzel 1905-1977)	14
Teorías de la prevención especial.....	15
Teorías de la prevención especial negativa.....	15
Teorías de la prevención especial positiva.....	18
Teorías mixtas.....	21
Teorías de la retribución y prevención especial.....	22
Teorías de la retribución y prevención general.....	22

Teorías de la prevención general y especial.....	22
Teoría preventiva de la unión (Claus Roxin)	22
Teorías deslegitimadoras o negativas de la pena.....	25
Teorías moderadas	25
Teoría del Minimalismo penal (Alessandro Baratta 1933-2002)	26
Teoría del Garantismo penal (Luigi Ferrajoli)	27
Teoría del Agnosticismo penal (Eugenio Zaffaroni)	30
Teorías extremas o Abolicionismo penal	34
Teoría abolicionista fenomenológica (Louk Hulsman)	34
Conclusión	37
Bibliografía.....	39

Introducción

En primer lugar, me gustaría aclarar que el presente trabajo es sólo un intento de sistematizar uno de los debates más enriquecidos dentro del saber penal, mejor dicho, dentro de lo que hace a la filosofía del derecho penal. Ello no es otra cosa que la discusión centenaria en torno a qué se entiende por pena y cuál es su finalidad, para qué sirve la pena.

La segunda aclaración que considero necesaria hacer es respecto de cómo se llega a este debate y el porqué de su importancia. Y con esto me estoy refiriendo al entendimiento que se tiene del derecho penal y su principal objeto de estudio, las leyes penales, que regulan la administración estatal de la pena. Dependiendo de cómo se conciba la pena, se construirá el sistema penal y se le asignará una función determinada al derecho penal dentro de cierta sociedad, dentro de una comunidad de seres humanos donde los conflictos serán abordados de una forma o de otra.

Hechas estas aclaraciones e impuestos de la importancia del presente tema considero que es beneficioso exponerlo y desarrollarlo como lo hizo en el año 1830 el jurista alemán Anton Bauer, sistematizándolas en teorías legitimadoras absolutas y relativas para luego analizar las teorías mixtas, pasando a las teorías deslegitimadoras moderadas y extremas.

1. Teorías legitimadoras o positivas de la pena

El factor común de estas teorías está en que parten de la base que la pena, el poder coercitivo penal del estado es un bien, es algo positivo, sea para la sociedad o para el individuo penado. De esta forma legitiman el ejercicio del poder punitivo del estado que mediante la aplicación de la pena privativa de la libertad tendería a alcanzar metas altruistas.

Dentro de este grupo se pueden realizar una subdivisión entre teorías absolutas (retributivas y reparadoras), relativas (prevención general y especial – positivas y negativas-) y mixtas (retributiva y preventiva especial, retributiva y preventiva general, preventiva general y especial).

1.1. Teorías absolutas

Marcelo Riquert dice que aquí encontramos aquellas teorías que consideran a la pena como un fin en sí mismo, vale decir, que no es un medio para ningún fin extrínseco, sólo constituye la mera sanción del delito. La pena es un mal (quita de bienes) que sigue necesariamente al delito sin importar su influencia futura: los efectos de intimidación o corrección son, en todo caso, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena.

Son absolutas, del latín *absolutus*, *ab* (privación, separación), *solutus* (de *solvere*: soltar), que primero significó “liberar a alguien de algo” evolucionando semánticamente hasta significar “libre e independiente de toda sujeción o limitación”.

Mary Beloff sostiene que el sustento ideológico de esta posición se encuentra en concebir al estado como el guardián de la justicia terrenal, cuya misión frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual, y al hombre como alguien libre, capaz de auto-determinarse.

En un análisis crítico, Bustos Ramírez resalta que el aspecto positivo de estas teorías es su interés por una pena justa tanto desde el punto de vista del hecho como del sujeto por lo realizado, lo que importó el desarrollo del principio de culpabilidad: sólo se responde por el hecho y en la medida en que el sujeto sea culpable. Ello permite considerarla una postura garantista que pone un freno a eventuales intervenciones abusivas del estado. Lo negativo es la consideración del derecho penal como un problema puramente ético en el que se hallan en juego valores absolutos, lo que choca con la realidad social. Atenta contra la esencia de un estado democrático, contra la dignidad humana, pensar en que la pena sólo consista en retribuir un mal, ya que por más garantías que se establezcan, como antes refiriera, ello se conecta con las ideas del talión y la venganza.

1.1.1. Teorías retributivas

Como ya se adelantara, la pena no tiene una finalidad socialmente útil, sino que la culpabilidad que el autor tiene como correlato de su actuación le es retribuida, compensada o expiada en forma justa.

Estas teorías surgen de una visión contractualista de la sociedad, en la que todos somos iguales y nos encontramos bajo las mismas condiciones, es por ello que Zaffaroni critica que esta concepción no responde a la realidad, sería obvio si viviéramos en una sociedad justa en la que la pena alcanzase a todos los que violan el derecho y en la que todos tuviéramos idénticas posibilidades de desarrollo y ocupen un mismo espacio social, pero la sociedad real no funciona así y esto deslegitima la pena retributiva. Asimismo, el autor precitado sostiene que respecto de estas teorías no hay datos empíricos que las puedan neutralizar porque se basan en deducciones, en otras palabras, son afirmaciones que no pueden responderse con ninguna evidencia fáctica.

1.1.1.1. Teoría de la retribución moral (Immanuel Kant 1724-1804)

Kant partió de la regla de que el humano debía ser considerado como un fin en sí mismo y que su utilización como medio es contraria a la moral (imperativo categórico: máxima obtenida a través de la razón que *a priori* es buena en sí misma, es esencialmente justa), pero cuando abordó la cuestión de la pena se halló frente a un problema: la pena, en la medida en que quiera tener algún fin que la trascienda, es inmoral, porque usa a un humano como medio, incluso en el caso en que sea para su propio mejoramiento. Kant creyó resolver esta contradicción asignándole a la pena el carácter de un medio que garantiza el propio imperativo categórico: dedujo que sin la pena cae directamente la garantía del humano como fin en sí mismo.

Kant no sólo se enfrentaba al problema de legitimar la pena sin usar al ser humano como medio, sino también a la necesidad de poner un límite o medida a la pena. Este límite lo establecía con el talión (la misma cantidad de dolor). Es decir, el estado debía retribuir talionalmente (ojo por ojo y diente por diente) para no quebrar el contrato social y volver al estado de naturaleza (guerra). Por esto último Zaffaroni sostiene que es falso que la teoría de la pena de Kant sea absoluta porque no persigue ninguna finalidad, para Kant la ley penal no es menos defensora social que para los restantes contractualistas: la pena es un deber del estado civil, al punto que debe imponerse siempre que se comete un delito; si se resolviese rescindir el pacto, antes de hacerlo debería imponerse la pena al último de los delincuentes, porque de lo contrario el pacto no se rescindiría, sino que se quebrantaría por incumplimiento.

1.1.1.2. Teoría de la retribución jurídica (G. W. F. Hegel 1770-1831)

Para Hegel la humanidad progresa, es decir, avanza su *Geist* (espíritu) en la historia empujado por la razón. La idea del espíritu de la humanidad es orgánica, o sea, que toda la especie es una unidad cuyo espíritu avanza. Este avance es dialéctico, o sea que la razón va contraponiendo a cada tesis una antítesis, lo que

da por resultado una síntesis (en que ambas están destruidas y conservadas al mismo tiempo) que, a su vez, será una nueva tesis.

El avance triádico (dialéctico) del espíritu de la humanidad en la historia, va dejando al margen del camino a todas las civilizaciones consideradas inferiores.

El espíritu avanzaba también a través de tres estadios: el subjetivo (tesis), en que el humano logra la libertad porque alcanza la conciencia de sí mismo (autoconciencia); el objetivo (antítesis), en que el humano ya libre se relaciona con otros humanos también libres; y el del espíritu absoluto (síntesis), en que el espíritu de la humanidad se eleva por sobre el mundo.

La eticidad se concreta en Hegel en el estado racional, que es el único que le quita al castigo el carácter de venganza. Sólo con la confiscación de la víctima para él la pena pierde su irracionalidad y pasa a ser ética y el poder del señor (del estado racional) es el único que puede llevar la pena a la condición de cancelación del injusto y de consiguiente reafirmación del derecho. El delito, como negación del derecho, es cancelado con la pena como negación del delito (negación de la negación es la afirmación) y, por ende, como afirmación del derecho, sólo en el estado racional.

1.1.2. Teorías reparatoras

Son posiciones que vinculan a la pena con la idea de que resulta el único medio que permite reparar el daño que el delito ha producido, han tenido menor trascendencia que las anteriores teorías. Según esta postura el mal del delito no está en el hecho exterior, sino en la voluntad que lo produjo, la que ha sido determinada por móviles inmorales. Así, la pena resulta ser una necesidad que guiará a la moralidad por intermedio del sufrimiento o aflicción que ella importa.

1.2. Teorías relativas

La pena se legitima por finalidades que le son trascendentes, el hecho punible es sólo una condición de la pena y no su fundamento. La preocupación se traslada de indagar sobre los fundamentos de la pena a tratar de determinar para qué sirve o cuál es la utilidad de la pena. Terminan asignando funciones prácticas y verificables. La pena es una medida práctica para impedir la comisión de delitos.

1.2.1. Teorías de la prevención general

Son aquellas posturas que mediante la punición estatal pretenden accionar sobre los que no han delinquido para que no lo hagan en un futuro, sea mediante la disuasión o el miedo (prevención general negativa), sea por el reforzamiento del ordenamiento o la confianza en el sistema (prevención general positiva). En fin, se trata de prevención general porque todas simpatizan con la idea de que la pena previene delitos del resto de la comunidad.

1.2.1.1. Teorías de la prevención general negativa

Para los que postulan esta teoría la pena se erige como una amenaza, como una intimidación que produciría mediante la pena sobre el que fue seleccionado disuadiendo a los demás sujetos de emprender una conducta delictiva. Es una advertencia que se formula a la sociedad instando a que no se delinca. Al procurar evitar el delito se refuerza la idea de un derecho penal dirigido a la protección más que a la represión.

Las críticas más duras a este tipo de teorías provienen de Zaffaroni quien ha dicho que sus formulaciones parten de la idea del ser humano como ente racional que siempre hace un cálculo de costos y beneficios, o sea, que la antropología básica es la misma de la lógica de mercado (así como alguien hace un cálculo antes

de hacer una operación comercial, se supone que consultaría el código penal antes de matar a su cónyuge, para saber cuánto le costará).

Desde la realidad social, puede observarse que la criminalización ejemplarizante siempre recaería sobre algunas personas vulnerables y respecto de los delitos que éstas suelen cometer, es decir que recaería sobre los delitos burdos y toscos, y carecería de efecto disuasorio respecto de otras formas más graves de criminalidad: los cometidos por personas invulnerables (delitos de cuello blanco, terrorismo de estado), por fanáticos que no tienen en cuenta la amenaza de la pena o la consideran un estímulo (terroristas), otros motivados por estímulos patrimoniales muy altos (sicarios, mercenarios y administradores de empresas delictivas), autores que operan en circunstancias poco propicias para especular reflexivamente sobre la amenaza penal (homicidio agravado por el vínculo) o porque sus motivaciones son fuertemente patológicas o brutales (violaciones, corrupción de niños, etc.).

En el plano político y teórico –agrega el autor- esta teoría permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca logrará la disuasión en una sociedad donde el conflicto social es estructural. De este modo, esta lógica conduce –como observó Bettiol- a la pena de muerte para todos los delitos, pero no porque con ella se logre la disuasión, sino porque agota el catálogo de males crecientes con que se puede amenazar.

Alejándose un poco de las críticas extremas, se admite que en ciertos casos de delitos de menor gravedad y de contravenciones y falta administrativas, la criminalización primaria puede tener un efecto disuasivo sobre alguna persona, pero esta excepción no autoriza a generalizar su efecto, extendiéndolo arbitrariamente a toda la criminalidad grave, donde es muy excepcional. Por otra parte, esta teoría tiene el serio inconveniente de confundir el poder punitivo con todo el poder jurídico y, además, con todo el valor regulativo de la ética social, porque es obvio que el efecto preventivo general no es sólo del derecho penal, sino que todo el derecho disuade de no actuar antijurídicamente.

Sin embargo, termina por señalar que esta lógica de disuasión intimidatoria propone una clara utilización de la persona como medio o instrumento del estado para sus fines propios: la persona humana queda convertida en una cosa a la que se hace sufrir para atemorizar a otra.

Claus Roxin agrega que hoy existe acuerdo en que en innumerables ocasiones la aproximación al delito carece de una racionalidad o reflexión previa que permita hacer ponderaciones respecto de la “intimidación” e incluso, en muchos casos en que se hiciera tal balance entre presuntas ganancias o pérdidas con el delito, el factor que prepondera no es la gravedad de la pena con que se amenaza sino la posibilidad o riesgo de ser atrapado en ocasión o como consecuencia de él como bien se adelantara mucho tiempo antes Montesquieu al decir que la causa “viene de la impunidad de los delitos, no de la moderación de las penas” (*De l'esprit des lois*).

1.2.1.1.1. Teoría de la coacción psicológica (J. P. A. Ritter von Feuerbach 1775-1883)

Entre este tipo de teorías es la más difundida y la que mejor utilidad presenta a los fines académicos, el resto de las teorías (como la teoría de la intimidación de Püttmann) han adolecido de seguidores y quedado en desuso. Feuerbach exponía que en la mente del individuo se hallan en pugna razones que lo motivan al delito con otras que lo inducen a no cometerlo, la amenaza penal refuerza estas últimas, “coacciona psicológicamente” al indeciso volcándolo a omitir el acto ilícito. Dice que “todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”. Frente a la “sensual” idea del delito debe imponerse la “desagradable” idea de la pena y, si no lo lograra, la pena ha de imponerse para que la amenaza no pierda contenido,

eficacia, valor de intimidación. En efecto, de no efectivizarse la sanción, en el marco referido habría de esperarse como correlato natural la renuncia a la pena, la proliferación de la imitación del comportamiento ilícito impune. La intimidación que la pena supone perdería entonces su fuerza.

1.2.1.2. Teorías de la prevención general positiva

Los sostenedores de esta posición afirman que la pena se dirige al conjunto social a fin de evitar la comisión de delitos por parte de éstos, mas no como una amenaza de un mal o de un dolor, sino como un modo de reforzar la vigencia de las normas o de los valores de una sociedad.

1.2.1.2.1. Teoría de la integración-prevención (Günter Jakobs)

En la sociología del siglo XX renacieron las concepciones orgánicas de la sociedad en forma de funcionalismo sistémico, que declaran descender de Durkheim, y el discurso jurídico-penal de las últimas décadas tomó en préstamo algunos elementos para su construcción.

Niklass Luhmann, al recepcionar y radicalizar el funcionalismo en Alemania, distinguió entre el sistema y los subsistemas, que seríamos los seres humanos. El sistema debe responder a las demandas de los subsistemas, porque si son demasiadas lo desestabilizan. Para eso, debe reducir las demandas, para lo cual tiene que producir consenso, que en realidad es ausencia de disenso. Para ello debe reforzar los roles sociales, haciendo previsibles los comportamientos de los subsistemas (humanos).

Los humanos actuarían funcionalmente en la medida en que se adaptasen a roles cuya función sería la de equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para sostener su equilibrio. Luhmann afirma que estas relaciones normativas (simplificadoras) no hacen más que facilitar la elección de los humanos, librándolos

del peso de actuar con consciencia de todo a cada momento, lo que no es lejano a la resignación frente a la invención de la realidad y la manipulación.

El único valor sería la funcionalidad para el equilibrio del sistema. Por eso, el discurso jurídico no puede tomar en cuenta datos de la realidad porque perdería funcionalidad. Esta paradoja obedece a que no hace depender la legitimidad del valor de verdad, sino sólo de la eficacia para el sistema. Por eso, para Luhmann el derecho es sólo una normación generalizada que debe ser aceptada mecánicamente, sin requerir motivación alguna: se legitima sólo porque es aceptado.

Imbuido de esta filosofía, Jakobs alega que el derecho es una herramienta que sostiene la sociedad, es un instrumento de dominación. Es por esta función de estabilización de la sociedad que el derecho sirve para determinar (dentro de una comunidad determinada) no sólo qué debe entenderse por pena sino qué debe entenderse por persona.

Jakobs presenta al sistema jurídico como un subsistema del sistema social dentro del cual la pena no se dirige hacia el individuo sino hacia la sociedad como un valor simbólico reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular). En otras palabras, el derecho penal no protege bienes jurídicos, lo que protege el derecho penal a través de la pena es el valor normativo, la vigencia fáctica de la norma que prohíbe determinada conducta.

Sostiene el autor que si las normas pueden infringirse sin ninguna consecuencia dejan de ser necesarias, por lo tanto, éstas necesitan de la pena para mantener su vigencia en la realidad social y justamente la pena se mide en base a las necesidades sociales. Si no hay necesidad, no hay pena pero si hay necesidad, la pena tendrá que llegar hasta donde tenga que llegar para saciarla.

Franceschetti resume la función de la pena para esta teoría en la búsqueda de tres efectos: 1) de aprendizaje (o informativo): la coerción penal pública como motivadora de forma pedagógica-social, como un mensaje para tomar conciencia de cuáles son los valores éticos de la convicción jurídica, indica qué es lo que está

prohibido; 2) de reafirmación del sistema: como valor simbólico productor de consenso y, por ende, reforzador de su confianza en el sistema social y jurídico. La idea que subyace es que la impunidad (no aplicar pena a delitos cometidos) genera anomia (incumplimiento de las normas) y 3) de pacificación social: estabilización, satisfacción de la conciencia jurídica colectiva como consecuencia de la sanción impuesta por el quebrantamiento de la norma.

Con respecto a este último punto, Zaffaroni describe que para esta teoría una persona sería criminalizada porque de este modo tranquiliza la opinión pública. Aunque no dice que esa opinión pública es alimentada a base de un considerable empobrecimiento material y cultural que produce sistemáticamente la misma sociedad que la prevención positiva legitima. De todos modos constituye un fuerte sinceramiento acerca de la función de la pena y por eso es la única posición que demuestra no ignorar completamente la realidad social.

Una consecuencia de la prevención general positiva sería que como los crímenes de cuello blanco no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos su criminalización no tendría sentido.

Es por ello que no es posible afirmar que la criminalización del más torpe, mostrada como tutela de los derechos de todos, refuerce los valores jurídicos. En la práctica, esta teoría conduce a la legitimación de los operadores políticos que falsean la realidad y de los de comunicación que lo asisten y de los corruptos que gozan de impunidad, a condición de que la población crea en esa falsa realidad y no requiera otras decisiones que desequilibrarían al sistema.

Desde lo teórico la criminalización sería un símbolo que se usa para sostener la confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima. La medida de la pena para este derecho penal sería la que resulte adecuada para renormalizar el sistema produciendo consenso (tranquilizando a la gente), aunque el grado de su desequilibrio no depende de la

conducta del penado ni de su contenido injusto o culpable, sino de la credulidad del resto.

1.2.1.2.2. Prevención general etizante (Hans Welzel 1905-1977)

Como explicara Zaffaroni, esta versión etizante de la prevención general positiva pretende que el poder punitivo refuerza los valores ético-sociales (es decir, el valor de actuar conforme al derecho), mediante el castigo a sus violaciones. Si bien se sostenía que con ello también protegía bienes jurídicos (dado que el fortalecimiento del valor que orienta la conducta conforme al derecho disminuye la frecuencia de las acciones que lo lesionan), la función básica sería la primera: el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la población. Entonces, la tarea del derecho penal sería la protección de bienes jurídicos mediante la protección de valores de acción socio-éticamente elementales.

La crítica que hace el renombrado autor es que en la práctica, los valores ético-sociales se debilitan cuando el poder jurídico se reduce y las agencias del sistema penal amplían su arbitrariedad (y a su amparo cometen delitos), siendo el poder punitivo el pretexto para cometerlos. Tampoco refuerza los valores sociales la imagen bélica que siembra la sensación de inseguridad para que la opinión exija represión y, por ende, mayor poder descontrolado para las agencias ejecutivas.

Además la esencia del delito no fincaría tanto en el daño que sufren los bienes jurídicos, como en el debilitamiento de los valores ético-sociales, de lo cual lo primero sería sólo un indicio. Esto tiene el inconveniente de que se remite a una lesión que no es posible medir y, al independizar cada vez más la lesión de bienes jurídicos de la lesión ética, se abre la puerta para la negación del principio de lesividad, pues se conservaría sólo por razones formales. En último término tiende a la retribución de una vida desobediente al estado, es decir, no a reprimir un hecho sino una personalidad contraria a una ética que al estado le parece la única correcta.

1.2.2. Teorías de la prevención especial

Aquí caben las posiciones doctrinarias que vislumbran en la pena un objetivo determinado con respecto a la persona que delinquiró: que no vuelva a cometer delitos. La pena actúa sobre el delincuente concreto, individual, procurando su corrección o enmienda para que lo sucesivo no recaiga en la comisión de hechos delictuosos. Surge a mediados del siglo pasado con la escuela positiva italiana.

En un sentido abstracto, como dice Beloff, la prevención especial se puede concretar por dos vías distintas, así se habla de prevención especial positiva y negativa.

Hans Welzel entiende que las teorías preventivas especiales padecen en gran medida del problema de no distinguir con claridad suficiente entre penas y medidas de seguridad, siendo muchas de sus explicaciones particularmente valiosas para la teoría de las medidas de seguridad, pero paradójicamente fracasan en la interpretación de la pena.

1.2.2.1. Teorías de la prevención especial negativa

Para la prevención especial negativa la pena opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social. Y en definitiva, la pena significa una coacción física (encarcelamiento, medida de seguridad indeterminada, pena de muerte) que impedirá que el sujeto cometa nuevos delitos.

La génesis de esta teoría puede encontrarse en los postulados de la Escuela Positiva italiana (en realidad, podríamos remontarnos hasta el siglo XV con la redacción del *Malleus Maleficarum*), dentro de la cual se alistaron Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo.

Las ideas filosóficas sobre la sociedad como organismo, supervivencia de los más aptos como motor de la evolución biológica y el racismo que el ingeniero británico Herbert Spencer (1820-1903) había tomado de Hegel y Darwin fueron desarrolladas orgánicamente por el médico italiano Cesare Lombroso (1835-1909). El sostenía que el delincuente era un ser atávico, un europeo que no culminaba su desarrollo embrionario y por eso se parecía al salvaje colonizado. No tenía moral, se parecía físicamente al indio o al negro, era insensible al dolor, infantil, perverso, etc. A este delincuente caracterizado como atávico o salvaje, por sugerencia de Ferri lo llamo "delincuente nato".

La elaboración teórica de este pensamiento en términos de sociología y su traducción jurídica la llevó a cabo Ferri (1856-1929) para quien la pena era la represión necesaria para neutralizar la peligrosidad y así defender a la sociedad. El delito era signo de un mecanismo descompuesto: el delito es síntoma de peligrosidad; luego, la medida de la pena estaba dada por la medida de peligrosidad.

El tercer representante del positivismo italiano fue Garófalo, aristócrata y alto magistrado, quien sostenía que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores y que eran a la humanidad lo que el delincuente es a la sociedad, esto es, seres inferiores y degenerados.

Afirmaba que hay dos sentimientos básicos en toda comunidad humana, la piedad y la justicia, que van evolucionando y refinándose. El delito lesiona alguno de ellos en el nivel medio de cada sociedad. Quienes carecen de estos sentimientos deben ser expulsados de la sociedad. No se detenía ante la pena de muerte, que consideraba más piadosa que la prisión perpetua para los irrecuperables. Su lógica consecuencia fueron las penas eliminatorias (muerte, deportación) y las de castración y esterilización (de delincuentes sexuales y con enfermedades mentales).

Según Zaffaroni, el positivismo criminológico entró en crisis por acontecimientos políticos: a) La primera gran crisis recesiva del capitalismo

moderno en 1980; b) Japón venció a Rusia y desde 1905 pasó a desempeñar el papel de potencia, lo que rompía con la hegemonía hasta entonces europea; c) La Primera Guerra Mundial (1914-1918) acabó con el sueño del progreso continuo; d) A partir de la Revolución Mexicana (1910) comenzó la crisis de las repúblicas oligárquicas latinoamericanas y e) La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) archivó el paradigma racista, formalizado con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. También por razones científicas: a) La crisis de la física mecánica o newtoniana y la aparición de la física cuántica, lo que privó de base a su visión cósmica; b) Los avances de la biología destruyeron sus invenciones racistas; c) En sociología aparecieron los conceptos sistémicos por obra de Emile Durkheim (1855-1917), lo que implicaba un importante cambio respecto del organicismo positivista y del delito, ahora visto como una fatalidad social desde la totalidad de la sociedad, al igual que todos los fenómenos sociales, también presenta una función positiva, que consiste en fortalecer la conciencia colectiva mediante el rechazo que provoca y d) El tiempo lineal se puso en crisis con la relatividad.

A principios de la década del '70, relata Franceschetti, que el ideal re-socializador se encontraba en franca decadencia por varios motivos, entre los más importantes pueden mencionarse dos. El primero de ellos es que a pesar de todos los esfuerzos, con el pasar de los años no se logró desarrollar un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. El segundo es que paralelamente, había hecho crisis el Estado de Bienestar y el déficit fiscal de los estados llevó a que los gobiernos destinen cada vez menos presupuesto al sistema penal en general y al penitenciario en particular.

Bajo este escenario surge el Actuarialismo que básicamente sostiene que el fenómeno criminal debe ser administrado de tal forma que se disminuyan los riesgos de reincidencia de las personas que tuvieron contacto con el sistema penal. Así, es necesario que se active la respuesta punitiva por el mero contacto en tanto no interesa el hecho por el cual se los someterá a proceso (salvo como otro indicador más de peligrosidad).

Otra corriente de gran influencia durante este momento fue fruto de las políticas de ultra-derecha desarrolladas por Ronald Reagan en Estados Unidos y por Margaret Thatcher en Inglaterra la cual se conoce como Neoconservadurismo Penal o Realismo Criminológico de Derecha. Básicamente, implicó un retorno a las penas fijas, severas e incapacitadoras. Ideólogos como Wilson (*Thinking about the crime*) o Garland, atribuían el alza delictiva a la baja posibilidad de ser detenido y condenado y a la “mano blanda” de los jueces; por ello, diseñaron políticas de *Law and Order* como *Three strikes and you are out* (al tercer hecho delictivo se aplica prisión perpetua sin libertad condicional o pena de muerte), *Zero tolerance* (anulación de criterios de oportunidad por delitos leves, todos los delitos deben ser penados porque si no conllevan a la fragmentación y desorden social –anomia-) y *Sentencing Guidelines*.

En la actualidad, Zaffaroni rechaza totalmente estas posturas y entre muchas críticas dice que a nivel teórico para el liberalismo jurídico y político resulta incompatible la idea de una sanción jurídica con la creación de un puro obstáculo mecánico o físico, porque éste no motiva el comportamiento sino que lo impide, lo que lesiona el concepto de persona (art. 1º de la D.U.D.H. y de la C.A.D.H.), cuya autonomía ética le permite orientarse conforme a sentido. Por ello, cae fuera del concepto de derecho.

1.2.2.2. Teorías de la prevención especial positiva

Esta posición se materializa procurando remover la disposición psíquica que conduce al individuo a delinquir mediante un tratamiento re-socializante. Pretende prevenir el delito de un individuo particular mejorándolo socio-psicológicamente para que no caiga nuevamente en la delincuencia.

Uno de los máximos aportes de estas teorías es la diagramación del “principio de resocialización”, el cual se encuentra plasmado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, artículo 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los cuales

han sido incorporados al bloque de constitucionalidad de nuestro país mediante el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

García Vitor advierte que este es un principio que cada vez más vamos a deber tener en cuenta, no porque se crea en la re-socialización del interno, sino porque en realidad la Constitución y el Pacto de San José de Costa Rica tienen en sí un mandato de re-socialización en el tema de las penas. En el fondo este mandato debe interpretarse en forma negativa, es decir, consiste básicamente, no en pretender que se re-socialice, pero sí en evitar que se profundice lo que se llama la des-socialización en el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Parece coincidir en esta tesitura Zaffaroni, que desde una teoría agnóstica de la pena (la cual veremos más adelante), la ejecución penal, simplemente, debe reconocer como realidad la existencia de un número de personas vulnerables prisionizadas a las que debe deparárseles un trato que, en una institución estructuralmente deteriorante, debe ser lo menos inhumano y dañino posible. Además, desde esta perspectiva se sabe que la prisionización, la mayoría de las veces, no obedece a lo que los presos han hecho sino a su particular vulnerabilidad al poder punitivo, pues son muchos más los que realizan acciones más lesivas pero son menos vulnerables. Dada esta circunstancia, al menos en gran mayoría, el trato debe ofrecer la posibilidad de que la persona aproveche para aumentar su nivel de invulnerabilidad al poder punitivo, en palabras del autor, debe ofrecer una “terapia de la vulnerabilidad”.

Zaffaroni advierte que la situación penitenciaria actual genera una imposibilidad estructural que hace irrealizable todo el abanico de las ideologías “re” (re-socialización, re-educación, re-inserción, re-adaptación, etc.). Estas teorías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que hoy suelen esgrimirse como argumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración. Critica diciendo que al considerar a la pena como un bien para quien la sufre, oculta su carácter penoso y llega a negarle incluso su nombre,

reemplazándolo por sanciones y medidas y otros eufemismos (embuste de etiquetas).

Entre otros de los problemas que se advierten en esta postura respecto de la pena, cobra relevancia la circunstancia de que no ofrece ningún parámetro para su extensión o bien, el que ofrece, es francamente insostenible: habrá de ser todo el tiempo que sea necesario para que el autor del delito sea rehabilitado o “re-socializado”, lo cual en casos de individuos con problemas más o menos serios de personalidad ante la comisión de hechos leves los podría hacer pasibles de encierros desmesuradamente prolongados en relación a la conducta o daño producidos.

Otra cuestión que ha motivado dejar de lado esta teoría es que la dignidad humana se ve lesionada cuando a un sujeto se lo somete a través del Estado a un tratamiento de “educación obligatoria”, a una “re-formación”, reemplazo o reformulación de sus valores éticos, morales, culturales, etc.. Máxime cuando esto se pretenda efectuar dentro del marco de un estado democrático y, por ejemplo, nos hallamos frente a un autor imprudente u ocasional. Este, con evidencia, no necesita ningún tratamiento de “re-socialización”, tratamiento además que aún no se ha podido formular en ningún lugar con grados de eficacia o resultados verdaderamente convincentes, como patentiza el alto número de reincidentes que registran nuestros establecimientos carcelarios, circunstancia que se reitera a nivel internacional.

Por último, quién o quiénes fijarán los parámetros de tal “re-educación”, los alcances de la escala de valores absolutos o verdaderos del momento, cuál será el límite para el disenso. El riesgo es claro en cuanto a la posibilidad de manipular en un tratamiento individual la conciencia del individuo, violentando su personalidad. Se puede caer fácilmente en excesos propios del totalitarismo, tomando al individuo como un objeto e instrumentándolo conforme a los fines del estado.

Para finalizar, es bueno sintetizar las críticas en una frase ya muy trillada pero representativa de todas estas ideas críticas “se pretende enseñar a vivir en libertad desde el encierro”.

1.3. Teorías mixtas

Según Riquert buscan de alguna manera un punto de síntesis o unión entre las anteriores. La pena es retribución pero las finalidades que la legitiman son trascendentes a ella: estriban en la prevención de la comisión de delitos.

La pena en las teorías mixtas será legítima en la medida que sea a la vez justa y útil (valores que en las absolutas son excluyentes mientras que en las relativas prima el segundo), como ha dicho Basigalupo.

Zaffaroni señala que estas teorías toman su fundamento de las absolutas tratando de cubrir sus puntos críticos o fallas con las relativas. Se trata entonces de que por un lado piensan que la retribución es impracticable en todas sus consecuencias y por el otro, que no se animan a adherir a la prevención especial. Un problema entonces de origen que presentarán será precisamente la circunstancia de que procuran conciliar puntos de vista que serían inconciliables.

Además, agrega que estas mezclas permiten a los jueces imponer la pena que quieran con total arbitrariedad, porque cuando se usan todos los elementos legitimantes y de ellos se deduce la cantidad de pena a imponer en cada caso, siempre habrá un elemento que sirva como criterio indicador del mínimo y otro del máximo. Las combinaciones teóricas incoherentes en materia de pena son mucho más autoritarias que cualquiera de las teorías puras, pues suman las objeciones de todas las que pretenden combinar y permiten elegir la peor decisión en cada caso. No se trata de una solución jurídico-penal, sino de una entrega del derecho penal a la arbitrariedad y la consiguiente renuncia a la función primaria.

1.3.1. Teorías de la retribución y prevención especial

En ellas se le reconoce a la pena naturaleza retributiva, pero se admite que respecto de ciertos autores resulta imprescindible seguir criterios de prevención especial. Es de la que surge la doble vía del derecho penal: penas y medidas de seguridad. Como sostenedor de esta teoría puede nombrarse al jesuita vasco Antonio Beristain Ipiña.

1.3.2. Teorías de la retribución y prevención general

El principal representante es Merkel y su carácter principal es que combinan la retribución (la pena es un mal en respuesta al hecho realizado), con la prevención general (ya que su fin es el fortalecimiento de la norma vulnerada por la acción delictiva), preponderando la idea retributiva que presume de algún modo el planteo de intimidación general (prevención general negativa).

1.3.3. Teorías de la prevención general y especial

Enseña Riquert, que se parte de reconocer al derecho penal un carácter esencialmente preventivo, intentando la unión del criterio de prevención general con el especial pero dando preponderancia al primero.

1.3.3.1. Teoría preventiva de la unión (Claus Roxin)

Roxin hace un planteamiento dialéctico con un fin exclusivamente preventivo y en base a tres pautas establece el juego de relaciones y jerarquías existentes entre los fines de la pena. La retribución no es una finalidad a ser tomada en cuenta, solo toma un elemento de esta línea: el de la culpabilidad como medio para la limitación de la pena. Trata de superar así un problema crítico de la prevención y se limita la injerencia del Estado frente al interés individual: una pena que supera la

medida de la culpabilidad lesiona la dignidad del hombre, mientras que el supuesto inverso (que la pena no alcance la medida de la culpabilidad) no ofrece mayores problemas en tanto que el fin de prevención no sea vulnerado. Esto lo completa sugiriendo frente a la tradicional doble vía sancionatoria del derecho penal (penas y medidas de seguridad) la posibilidad de considerar como una tercera vía a la reparación del daño, que en su concepto, atiende mejor los derechos de la víctima, tiene también un efecto re-socializador porque obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima y, finalmente, puede reemplazar o atenuar la pena complementariamente en los supuestos en que el interés de la víctima y los fines de la pena puedan satisfacerse de mejor modo que con una pena no disminuida.

Al decir de Bustos Ramírez, en definitiva la posición de Roxin es de prevención con acento en la especial (re-socialización) y, por tanto, pasible de todas las críticas formuladas tanto respecto de la prevención general como especial. Riquert cuestiona esta opinión alegando que el reconocimiento de que el tratamiento re-socializante ha de ser concretado con la cooperación, consentimiento o colaboración del individuo a él sometido, la desestimación de la retribución como fin de la pena, la adopción del principio de culpabilidad como parámetro limitador de la prevención y la propuesta de la reparación del daño como vía sancionatoria alternativa, permiten precisamente sortear los defectos propios de los criterios preventivos en su inteligencia más sencilla y lineal.

Sin embargo, además de las consideraciones críticas expuestas para la generalidad de las teorías mixtas, cabe cuestionar al autor ahora analizado particularmente que hay un problema no resuelto al intentar reemplazar la culpabilidad por los criterios de prevención. Es que, Roxin parte de la premisa de que no hay posibilidad de probar científicamente la libertad del hombre, que la libre voluntad es un principio jurídico regulativo, una especie de ficción a la cual recurre el derecho y ello lo conduce a modificar el concepto dominante de culpabilidad normativa por criterios de prevención que vienen dados por finalidades basadas en pautas de política criminal, las cuales de acuerdo a un criterio funcional son

aplicadas a todos los elementos del delito. Pero cuando recurre a la culpabilidad para limitar la pena, sin quererlo, recurre a categorías que se habían rechazado previamente, esto es, la voluntad libre, y la posibilidad de conducta.

De esta manera puede advertirse que la culpabilidad normativa, es un elemento fluctuante que aparece y desaparece, según haya o no que aplicarla. Allí, cuando sea necesario limitar las necesidades de prevención surge la culpabilidad y por tanto desaparece en cierta medida la necesidad de prevención; mientras que ésta resurge cuando a pesar de una culpabilidad mayor las necesidades de prevención requieren una pena menor. De esta forma, a veces la culpabilidad como reproche es constitutiva y en otras deja de serla para transformarse directamente en necesidades de prevención, lo cual hace perder coherencia lógica a su teoría.

Es que el principio de culpabilidad indica el límite máximo de la pena, la culpabilidad necesariamente es también parte integrante de los presupuestos que conforman la pena y necesita, por ello, una fundamentación.

2. Teorías deslegitimadoras o negativas de la pena

Aquí encontramos a toda una corriente de pensamiento que con distintos matices extreman los análisis críticos respecto del fundamento y fines de la pena llegando incluso a plantear la crisis respecto del sistema penal en su totalidad proponiendo su reemplazo por otro modelo distinto.

El poder punitivo estatal es violencia directa e indirecta por parte de un estado hacia sus ciudadanos cuya legitimidad no puede ser justificada totalmente ya que importa una respuesta irracional frente a los conflictos sociales. La pena, entendida como privación de la libertad ambulatoria no puede ser la solución para que la sociedad mejore, se extirpen los problemas de violencia y conviva en paz.

2.1. Teorías moderadas

En base a lo dicho en el punto anterior, podemos diferenciar a este grupo de posiciones que emiten ideas que tienden a limitar el poder coercitivo penal del estado deslegitimándolo en los casos que el mismo es ejercido de forma irracional o arbitraria, violando derechos y garantías de las personas residentes dentro de sus fronteras.

Importan la superación de la criminología positivista que partía de los presupuestos obtenidos en base a la tesis del delincuente como un ser anormal, basados en caracteres externos y, por otro lado, del paradigma etiológico, es decir, de la búsqueda de causas y factores de criminalidad. Así también, gracias a los avances en la dogmática de Edmund Mezger, exilian del saber penal a las corrientes técnico-jurídicas, lo que podría resumirse como el divorcio de la dogmática jurídico-penal respecto de las otras disciplinas, como la sociología y la antropología.

Como resultado de este proceso aparece la criminología crítica que traslada el panorama de estudio orientado sobre el delincuente hacia los mecanismos selectivos del proceso total de criminalización.

Pueden incluirse dentro de ésta gama del pensamiento a las siguientes propuestas teórico-penales: a) Minimalismo penal; b) Garantismo penal y el c) Agnosticismo penal.

2.1.1. Teoría del Minimalismo penal (Alessandro Baratta 1933-2002)

Baratta parte de la premisa que la pena sólo puede describirse como violencia institucional que no representa los intereses generales de la comunidad. El estado, a través del sistema penal no puede evitar un particular fenómeno que se erige como algo estructural e inevitable, la selectividad.

Este fenómeno selectivo del sistema penal se sostiene en que la realidad demuestra que sólo ciertos grupos sociales dentro de una comunidad son los que sufren las condenas y las penas, son los que están en permanente contacto con el poder penal. Dependiendo la comunidad se erigen como grupo seleccionados ciertas clases sociales, etnias o razas, sub-culturas, etc.

Esto tiene como resultado que la pena no puede ser legitimada ya que es imposible que la misma cumpla funciones socialmente útiles. Es más, la misma únicamente implica la reproducción de problemas y conflictos. Esto se ve agravado por el hecho de que las agencias penales que conforma al sistema penal no están articuladas por lo que los fines altruistas se tornan en un objetivo cada vez más lejano.

Es por ello que para Baratta el derecho penal tiene que ser mínimo y la ley penal debe respetar los derechos humanos, asignando a éstos tanto una función negativa de límite como una positiva de indicación de posibles objetos de tutela. La lucha por la contención de la violencia estructural es la misma lucha por la afirmación de los derechos humanos.

Clasificó a sus principios como (1) intra y (2) extrasistemáticos. Los últimos son los que se refieren a la decisión política y subdivide a estos entre los (a) que orientan la descriminalización y otros, (b) que implican una verdadera liberación de

la imaginación sociológica y política frente a una cultura de lo penal que coloniza ampliamente el modo de percibir y construir los conflictos y problemas sociales en nuestra sociedad. Dado que prácticamente no hay orden conflictivo que la imaginación sociológica no pueda sustraer al sistema penal y hallarle otras soluciones, cabe pensar que el minimalismo de Baratta se inclina a una contracción del poder punitivo como signo de progreso social.

2.1.2. Teoría del Garantismo penal (Luigi Ferrajoli)

El Garantismo penal se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo.

Ferrajoli nos habla de un “derecho penal mínimo” que sea capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- someténdola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, o sea a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.

Para el presente autor las garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal, como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa (desde la venganza privada hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos) que se produciría en ausencia del derecho penal. Esta es la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal como alternativa a las hipótesis abolicionistas (las cuales veremos más abajo), que permita reducir o minimizar la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad (las de los delitos –límite mínimo- y la de las reacciones frente a estos –límite máximo-).

El derecho penal mínimo cifra la justificación del derecho penal en su papel de ley del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: no, por tanto, en la defensa social, genéricamente, sino en la defensa del más débil, que en el momento del delito es la víctima, en el proceso el imputado y en la ejecución de la pena el reo.

Sin embargo, Ferrajoli cuestiona a las demás doctrinas de justificación de la pena porque ofrecen una justificación *a priori*, no de este o aquel concreto derecho penal o de este o aquel particular instituto del mismo, sino del derecho penal o de la pena en abstracto, cualesquiera que sean sus contenidos. Esto hace que tengan un carácter ideológico. Tales doctrinas, dice el renombrado jurista, identifican los criterios o parámetros de justificación que proponen con la justificación misma resultando obsoletas por lo que de hecho sucede (por ejemplo, la prevención especial positiva resulta obsoleta cuando el reo no se readapta a la sociedad).

Por eso, es que el paradigma de justificación ofrecido por el Garantismo sólo permite fundar justificaciones *a posteriori*: un determinado derecho penal estará justificado en la medida que satisfaga efectivamente las garantías de las que está dotado y que lo diferencia de los sistemas de control no penal. Si no satisface esas garantías el Garantismo se transforma en fuente de deslegitimación de ese poder penal.

Para el autor italiano un sistema penal estará justificado solamente si la suma de las violencias arbitrarias (privadas y públicas) que él puede prevenir es superior a las de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas.

El Garantismo exige que el derecho penal esté teñido por una dimensión democrática, pero no sólo como democracia política entendida como voluntad de la mayoría ya que orientado así, terminaríamos con un derecho penal máximo sin límites como instrumento de defensa social (de la mayoría no desviada) contra una minoría desviada considerada “anormal” por la mayoría. Sino como una democracia que complementa a la anterior, una democracia constitucional que hace referencia

a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría ni siquiera por unanimidad, es decir, lo que la constituciones de los países han convenido sustraer de la voluntad de las mayorías: a) La igualdad de todos los ciudadanos –desviados o no desviados– y b) La garantía de sus derechos fundamentales (vida, libertad personal).

Las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción no es consenso de la mayoría sino la verdad de sus decisiones, que viene aseguradas por las garantías penales y procesales.

De ello deriva también el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdicción penal y su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Precisamente es una contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción que los magistrados tengan carácter electivo o dependan del poder ejecutivo porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la imparcial comprobación de la verdad y los derechos fundamentales y sus garantías son, justamente, frente a la mayoría.

Las críticas hacia esta teoría provienen tanto de las posturas abolicionistas como de las legitimadoras. Zaffaroni sostiene que importa una propuesta de un modelo completamente diferente de ejercicio del poder y de estructura social en general. Agrega que aunque no haya razones históricas que permitan sostener que el poder punitivo alguna vez vaya a estar del lado del más débil, la discusión con el abolicionismo se convierte en una disputa sobre un modelo acabado de transformación social, pero no se ocupa de la clave teórica para elaborar el derecho penal vigente.

Melossi y Pavarini hacen eco de sus críticas cuando, el primero, sostiene que aplicando estrategias legitimantes, la lucha contra la represión penal corre el peligro de transformarse en una lucha a favor de la prepotencia de los que son socialmente fuertes (delincuentes del derecho penal nuclear, como organizaciones delictivas

organizadas, delitos de cuello blanco, etc.) contra los débiles, y el segundo afirmando que “el derecho penal ya es mínimo” y que es absurdo que se límite a sí mismo y que, en consecuencia, el modelo de Ferrajoli es una racionalización para los penalistas.

2.1.3. Teoría del Agnosticismo penal (Eugenio Zaffaroni)

Para el penalista argentino Raúl Zaffaroni el derecho penal se presenta como un saber normativo que sirve para estructurar un sistema penal operado por varias agencias o corporaciones que declaran tener por objeto la represión y prevención de los delitos. Sin embargo está comprobado históricamente (desde la inquisición, pasando por los totalitarismos hasta nuestros días) y verificado políticamente que esas agencias y corporaciones han cometido y cometen los peores crímenes utilizando uno de los poderes coercitivos del estado, el poder punitivo (poder coercitivo penal).

A raíz de esto sostiene que el derecho penal no puede dedicarse a legitimar esta situación, o sea, legitimar un poder punitivo que además de ser extremadamente peligroso cuando pierde control y contención, no soluciona conflictos sociales sino que los suspende o los agrava. La función debe ser la de contenerlo y reducirlo para que el estado de derecho subsista y no florezca desde dentro de él el estado totalitario (donde el poder punitivo carece de control).

Acercándonos al tema que nos ocupa, Zaffaroni sostiene que todas las teorías positivas son falsas ya que se han formulado en el campo jurídico ignorando los datos sociales, que entre los más importantes, a mí entender, son dos: por un lado a) la alta selectividad con que operan las agencias ejecutivas. La policía básicamente, que como cualquier burocracia trabaja lo mínimo e indispensable para no “suicidarse”, sólo detiene a las personas que cometen los hechos más toscos y brutos, salvo que cuestiones políticas demanden un trabajo más especializado. Por otro lado, las otras teorías de la pena ignoran b) el fenómeno que Zaffaroni llama de “vulnerabilidad” al poder punitivo y que lo padecen ciertos sectores de toda sociedad

(en Argentina y gran parte de Latino América podría decirse que un sector vulnerable son los jóvenes varones de entre 16 y 28 años de edad residentes en villas de emergencia). Entonces expone que estos datos sociales presentan una complejidad tal que hace imposible enunciar una teoría, llegando a la conclusión de que no se sabe cuál es la función del poder punitivo (de la pena).

Todo esto indica que el concepto de pena útil al derecho penal no se puede obtener de modo positivo (es decir, a partir de sus funciones reales, que en buena medida son desconocidas y las conocidas son altamente complejas y mutables y veces delictivas), sino que la incorporación de estos datos al campo jurídico-penal impone la necesidad de construir un concepto negativo de pena, obtenido por exclusión y, al mismo tiempo, confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones, de modo que obtiene un concepto negativo y también agnóstico, es decir que se parte del desconocimiento en cuanto a las funciones que pudiera tener la pena.

La pena sería entonces una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara o restituye, no detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Mediante esta teoría Zaffaroni incorpora al espectro penal a las leyes penales manifiestas (como el Código Penal), latentes (que enuncian funciones no punitivas –pedagógicas, sanitarias, asistenciales, etc. pero en el fondo son punitivas) y eventuales (eventualmente habilitan poder punitivo, como el Código Procesal con la prisión preventiva). Así, conectando esto con la función contenedora de poder punitivo del Derecho penal, este concepto de pena pone de manifiesto a aquél en toda su extensión permitiendo su máximo acotamiento o supresión.

Asimismo agrega que este concepto de pena permite distinguir al derecho penal entre penas lícitas e ilícitas, no pudiendo ignorarse el carácter de pena de estas últimas, por lo que tiene la consecuencia práctica de contención de las penas lícitas cuando sean irracionales y la supresión de las penas ilícitas. Esto se apoya en que, según el autor, el derecho penal es un apéndice de la Constitución Nacional que al prohibir ciertas penas como los azotes y la pena de muerte distingue entre penas constitucionales (lícitas) e inconstitucionales (ilícitas) por lo que siguiendo

una coherencia normológica el derecho penal tiene que velar por la aplicación más racional posible de las penas lícitas.

Lo que más conmueve de la teoría Agnóstica es el resultado al que ha llega como consecuencia de no saber qué función cumple la pena ni cómo explicarla. Dado que el principio republicano (artículo 1° constitucional) impone que los actos de gobierno deben ser racionales, para esta teoría la pena deja de ser un hecho jurídico ya que muy eventualmente es racional y se convierte en un fenómeno extrajurídico, meramente político. Analógicamente, la pena tiene la misma naturaleza que la guerra -cuya idea original es de Tobías Barreto (1839-1889)-, que desde la Carta de la O.N.U. es un acto antijurídico (hecho de poder), salvo pocas excepciones. Lo jurídico es el esfuerzo nacional e internacional por su acotamiento, contención y reducción.

Queda saldar la cuestión de quien se encargaría de esta contención y reducción del poder punitivo. Zaffaroni sostiene que el derecho penal al ser un saber jurídico racional, los encargados de dicha tarea son los juristas. Las agencias jurídicas (jueces, fiscales y defensores) son las que tienen la función de acotar y reducir la coerción punitiva estatal filtrando lo que las agencias ejecutivas policiales previamente seleccionaron (criminalización secundaria) de manera irracional a raíz del gran plexo normativo penal irrealizable emitido por el poder legislativo (criminalización primaria). Es decir que el poder punitivo debe reducirse hasta el límite del poder de las agencias jurídicas (poder jurídico) que toman del derecho penal un programa que las orienta de forma racional lo que brinda seguridad jurídica velando por los bienes jurídicos de toda la sociedad y evita caer en un estado totalitario.

Daniel Rafecas aporta una crítica a la teoría agnóstica señalando que si bien la descripción de cómo funcionan las policías latinoamericanas está bastante cercana a la realidad en sus efectos deletéreos, se trata de una explicación que transita por el plano del ser, y desde este punto de vista los datos y referencias que presenta son materia opinable, pero en definitiva, verdaderos al menos para la discusión en ese plano.

Pero resulta que nada dice acerca del deber ser de la agencia policial, considerando que indudablemente la misma tiene que tener alguna función en una democracia, ya que no podría pensarse la misma sin un poder de policía que asegure el cumplimiento de sus cometidos básicos.

Por otra parte, sostiene Rafecas que la exposición de la agencia judicial también puede decirse que es correcta, pero siempre y cuando la adscribamos al ámbito donde ésta está planteada: en el plano del deber ser. Lo que manifiesta Zaffaroni es más bien una expresión de deseos de cómo debería funcionar la agencia judicial. Lo que cuestiona Rafecas es que en el plano de la realidad social las agencias judiciales funcionan casi del mismo modo que las policiales: son verticalizadas y burocráticas, realizan una segunda fuerte selección conforme a estereotipos y operaciones toscas sobre la materia prima ya filtrada, presentada por la agencia policial. No sólo ello, agrega que hasta las propias agencias judiciales cuentan con sus propios espacios de poder punitivo subterráneo que están en pugna con los espacios ilegales de las demás agencias, terreno en donde sí se general ciertas disputas de control de aquélla sobre éstas.

Cabe entonces reprocharle a la teoría agnóstica de la pena, el mismo vicio lógico que ésta le enrostra a las demás teorías: se incurre en una falacia normativista, ya que Zaffaroni también inventa un sistema penal que no existe en la realidad para asentar sobre éste su construcción negativa de la pena.

Otra fuerte crítica al agnosticismo proviene de Carlos Elbert quien afirma que el argumento de que el derecho penal debe ser como la Cruz Roja en medio de la guerra es seductor pero falaz, ya que el derecho penal no es, ni puede ser, neutral en la contienda; las agencias jurídicas no son órganos de contención, sino de realización de las políticas de control (social); son la herramienta de uno de los poderes políticos del estado y su compromiso con el fenómeno punitivo es estructural, aun partiendo de las mejores intenciones y relativizando su poder real.

2.2. Teorías extremas o Abolicionismo penal

El abolicionismo es un movimiento impulsado por autores del norte de Europa, con repercusiones en Canadá, Estados Unidos y América Latina como resultado de la crítica sociológica del sistema penal. Partiendo de la deslegitimación del poder punitivo y de su incapacidad para resolver conflictos, postula la desaparición del sistema penal y su reemplazo por modelos de solución de conflictos alternativos, de preferencia informales. Sus mentores parten de diferentes bases ideológicas, pudiendo señalarse la fenomenológica de Louk Hulsman, la marxista del primer Thomas Mathiesen, la fenomenológica-histórica de Nils Christie y, aunque formalmente no integró el movimiento, la estructuralista de Michel Foucault (1926-1984).

2.2.1. Teoría abolicionista fenomenológica (Louk Hulsman)

Particularmente, desde Bélgica, Hulsman propone la abolición del sistema represivo actual, que entiende se ha demostrado ser un modelo ineficaz para la resolución de los conflictos que la relación social plantea. Señala que el sistema penal (forma de cooperación específica entre distintas agencias con vida propia como la policía, la justicia –jueces, fiscales, abogados, etc.-, el servicio penitenciario, la Universidad –departamentos de derecho penal y criminología-, el Ministerio de Justicia y el Congreso), en su funcionamiento actual reúne los siguientes caracteres: a) Causa sufrimientos innecesarios repartidos socialmente en forma injusta: los oficialmente registrados como “delincuentes” son un porcentaje mínimo del total de individuos que legalmente podrían “criminalizarse”, en el que hay un segmento social con una notable “sobre-representación”, el de los varones jóvenes de las clases bajas más carenciadas; b) No tiene efectos positivos sobre las personas involucradas en los conflictos: las “víctimas” (en ambos sentidos del evento delictivo) están en una posición extremadamente débil; c) Es sumamente difícil de controlar y d) No hay una realidad ontológica del delito, independientemente de la definición que da el sistema penal: si se analizan

comparativamente “eventos delictivos” con otros eventos, no hay nada que pueda distinguirlos de otras tantas situaciones dificultosas o desagradables (accidentes de tránsito o problemas de violencia intrafamiliar).

La propuesta genérica es su reemplazo por instancias intermedias o individualizadas para solucionar los conflictos que responderán de un mejor modo al interés de las personas involucradas, priorizándolo al del macronivel estatal. Habrá que “individualizar” nuevamente el conflicto que fuera “expropiado” (o “robado” según Christie) por el estado “publicizándolo” en el sistema penal actual, recomponer los vínculos horizontales, de solidaridad o comunitarios para solucionar los conflictos sin caer en un modelo represivo como aquél. Vale decir que cuando se habla de alternativas al sistema penal se hace referencia a alternativas a los procesos del sistema penal y no se alude a propuestas de sanciones alternativas. Dichas alternativas podrán ser de naturaleza predominantemente jurídica o no.

El autor belga señala que un estudio realista de la denominada “cifra negra” del delito demuestra que las alternativas al sistema penal son más la regla que la excepción, ya que los conflictos que éste soluciona son ínfimos en relación a los que efectivamente se producen.

Esta corriente es fuertemente criticada porque, según sostiene Zaffaroni, desarrollada con lógica ahistórica, lleva a la abolición del poder punitivo como objetivo estratégico lo que conlleva al hecho de que deja a los operadores del sistema penal huérfanos de indicaciones prácticas.

Otra de las críticas viene de la mano de Riquert quien cree que sin dudas el actual estado de desarrollo de la vida en sociedad hace que la propuesta aparezca como utópica, no advirtiéndose como podría dar respuesta a conflictos del nivel del narcotráfico o el terrorismo en los que la “individualización” apuntada aparece francamente imposible. Necesitaríamos un hombre distinto, seguramente mejor, y por consiguiente una convivencia social más perfecta, que hoy no se alcanza a divisar.

De todas maneras y a pesar de tan variadas y duras críticas, no deja de ser una interesante propuesta que habrá que seguir desarrollando y trabajando, o en palabras de Rivacoba y Rivacoba: “que lo deseable no nos impida o arrebate lo posible, que el vuelo maximalista hasta lo absoluto no nos frustre un Derecho penal verdaderamente mínimo, soportable, digno”.

Conclusión

Me resulta realmente maravilloso el tiempo y profundidad del debate sobre la pena, sobre qué es, qué debería ser, para qué funciona o cuál sería la función más adecuada. Creo que el debate no es casual, que la sanción penal ejercida por el Estado es uno de los más importantes fenómenos jurídicos en el mundo actual. Es claro que esta discusión no será saldada con facilidad, mejor dicho, no creo que se solucione alguna vez, por lo menos desde la perspectiva planteada en este trabajo, es decir, desde la meramente ideal o filosófica.

Sabemos y no podemos ocultar que las cárceles son instituciones totalizantes que, por una naturaleza estructural, encuentran muchas dificultades para conseguir sus fines legales de carácter preventivo especial positivo. En este sentido, es entendible que los índices de reincidencia en nuestro país sean de más de un 50% y que el estado general de la casi totalidad de las cárceles se encuentra muy alejado de las condiciones necesarias para satisfacer esos fines (Informe Anual 2016 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), disponible en <http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-de-politica-criminal/mapa.aspx>).

Más allá del carácter desolador que presentan el sistema penitenciario en nuestro país, es factible afirmar que hay una minoría de casos que si logra cumplir con las expectativas previstas en las leyes para la ejecución de penas. Por ello, podemos decir que en principio la pena cuya ejecución se efectiviza en las cárceles, se materializa de distintas formas, dependiendo de muchos factores (personalidades de los condenados, facilidades del lugar de alojamiento, preparación del personal penitenciario, etc.) que no permiten establecer una funcionalidad preeminente.

En este orden de ideas, resulta interesante la existencia de una numerosa cantidad de ejemplos en los países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca), europeos (Holanda, Bélgica) e incluso latinoamericanos (Uruguay), que dan cuenta del funcionamiento de cárceles donde los niveles de inversión en la

materia y la preparación que dispone el Estado es importante, teniendo como norte la disminución de la reincidencia de las personas que ingresan a las instituciones penitenciarias con resultados claramente satisfactorios. Con sólo hacer una pequeña investigación cibernética pueden hallarse contundentes informes que dan cuenta de bajísimas tasas de reincidencia (vgr., en Noruega es del 20% - http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_carceles_noruega_presos_comodidades_breivik_amv-) o de enfoques distintos a la hora de diseñar “cárceles” y disponer el “personal penitenciario” (por ejemplo, en la República Oriental del Uruguay, donde se encuentra Punta Rieles con conceptos de “cárcel” completamente radicales -<https://www.lanacion.com.ar/1991091-punta-de-rieles-la-carcel-uruguay-que-parece-un-pueblo->). Esto indica que cuando se establecen y consolidan políticas públicas serias y sostenidas sobre el sistema penitenciario, se pueden lograr efectos visiblemente positivos.

Más allá de estas reflexiones, espero que este racconto sobre las distintas teorías que ponen su atención en una de las medidas más violentas que el Estado adopta para con sus ciudadanos, sirva para mantener viva la discusión y la reflexión acerca de su funcionalidad y finalidad, tanto real o material como ideal.

Bibliografía

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Ficha Docente N°140 de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNR.

FRANCESCHETTI, Gustavo, *Teorías que legitiman y deslegitiman la pena*, Ficha Docente N°100 de la Comisión N°12 de la Cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho de la UNR.

GARCIA VITOR, Enrique; ERBETTA, Daniel Anibal, *Apuntes sobre la teoría funcionalista en el Derecho Penal*, Ficha Docente N°126 de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNR.

NINO, carlos; ZAFFRONI, Eugenio Raúl, *El debate Nino-Zaffaroni*, Revista No hay Derecho, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26.

RAFECAS, Daniel Eduardo, *Una aproximación al concepto de garantismo penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires N°80, "Lecciones y Ensayos", Buenos Aires, 2004.

RAFECAS, Daniel Eduardo, *Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena*, Ficha Docente N°127 de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNR.

RIQUERT, Marcelo, *Algo más sobre la Teoría de la Pena a propósito de la reforma constitucional*, disponible en <http://catedrariquert.blogspot.com.ar/2007/11/doctrina-teora-de-la-pena-riquert.html>

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, traducción de la 2° edición alemana, Madrid, 1997

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal: parte general*, Ed. Ediar, 2° ed. 8° reimp., Buenos Aires, 2014.