

Los fines de la pena en un modelo de seguridad de los derechos compatibles con un Estado democrático

The Purposes of penalty in a rights security model compatible with a democratic State

Rogger Aldana Domínguez ⁽¹⁾

Resumen

La historia de los países latinoamericanos, en general, representa democracias en formación y, por tanto, endebles. En este contexto, es lógico que el control penal en los últimos cincuenta años haya sido de carácter oportunista, supra- represivo y discriminatorio, impropio de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. La política criminal se ha convertido en una política exclusivamente penal draconiana, enfocada sólo en la creación de nuevos delitos (p.e. el maltrato animal en el código penal peruano) y en el incremento desmedido de las penas en la mayoría de delitos comunes (es paradigmático el caso de la violencia familiar), prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena (delitos funcionales) y la prohibición de beneficios penitenciarios.

Palabras clave: penalidad, seguridad.

Abstract

The history of Latin American countries, in general, represent democracies in formation and, therefore, weak. In this context, it is logical that criminal control in the last fifty years has been opportunistic, suppressive and discriminatory, inappropriate for a model of Social and Democratic State of Law. Criminal policy has become an exclusively draconian criminal policy, focused exclusively on the creation of new crimes (eg animal abuse in the Peruvian penal code) and the excessive increase of penalties in most common crimes (the paradigm is case of family violence), prohibition of the suspension of the execution of the sentence (functional crimes) and the prohibition of prison benefits.

1 Profesor en Derecho Penal de la Universidad César Vallejo de Piura, Perú.

Key words: penalty, security.

Introducción

Desde luego esto responde a la confluencia de una serie de factores de diverso orden que tiene un origen común: la mitificación del poder punitivo como único mecanismo de lucha eficaz contra el crimen. Los medios de comunicación alimentan una continua demanda social de mayor represión contra la delincuencia; así para la sociedad ha llegado la hora del “enfrentamiento”, la “lucha”, la “enemistad” contra la delincuencia (especialmente con un determinado tipo de delincuentes), en menoscabo de conceptos tales como “solidaridad”, “comprensión”, “tolerancia”, incluso las relaciones sociales en estado de “normalidad” en las complejas sociedades han perdido cualquier signo de solidaridad. Estos reclamos vindicativos tienen inmediato eco en el político oportunista que convierte la venganza en ley penal.

Por su parte, los dogmáticos del derecho penal, en su afán de “modernizar el derecho penal” pretenden describir y/o legitimar esta forma especialmente represiva de la ley penal, bajo teorizaciones como “derecho penal de tercera velocidad”(Bustos, 2004) “derecho penal del enemigo” (Díez, 2007) “derecho penal de la seguridad ciudadana” (Díez, 2007).

Consideramos entonces que urge teorizar sobre la finalidad y utilidad del poder punitivo del Estado, pero desde una concepción crítica que nos permita reinterpretar un modelo auténtico de seguridad ciudadana o mejor dicho de un modelo de seguridad entendido como seguridad de nuestros derechos fundamentales que hagan posible una sociedad democrática.

En las siguientes líneas haremos una breve revisión de las teorías que a lo largo de la historia han buscado precisamente legitimar o justificar el poder punitivo del Estado; en contraste también haremos una especial mención en aquellas teorías críticas que son compatibles con un real modelo de Estado que busque garantizar la seguridad de los derechos de los ciudadanos como garantías de los derechos fundamentales de las personas y por defecto menor represión penal del Estado.

Teorías que legitiman el poder punitivo del Estado

Teorías absolutas (retribución)

Desde estas posturas la pena tiene una finalidad que se agota en el castigo del hecho cometido. Ésta fue la concepción de la pena defendida por *Kant* y *Hegel*. El primero, desde una concepción subjetivo-idealista, concibió la pena como un “imperativo categórico” y, como tal, una exigencia de justicia, sin ninguna finalidad utilitaria: «La pena no se funda en que sirva a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es “fin en sí mismo”, no puede instrumentalizarse a favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado» (*Ferrajoli*, 1995). *Kant* esclarecía su postura con el siempre citado ejemplo de la isla. Para este filósofo, aunque los habitantes de la una isla decidiesen disolver su vida comunitaria, se debía ejecutar hasta el último asesino que se hallase en prisión “para que todos comprendan el valor de sus hechos” (*García*, 2020).

Por su parte *Hegel*, desde su visión objetivo-idealista, señalaba que el carácter retributivo de la pena se encontraba en la necesidad de restablecer la concordancia de la “voluntad general” representada por el orden jurídico con la “voluntad especial” del delincuente, concordancia alterada por el delito. «Ello se consigue negando con la pena la negación de la voluntad general por la voluntad especial del delincuente, de acuerdo con el método dialéctico Hegeliano: la posición es la voluntad general (orden jurídico), la negación de la misma es el delito y, por último, la negación de la negación se consigue con la pena. En este planteamiento la pena se concibe sólo como reacción que mira al pasado (al delito) y no como instrumento de fines posteriores» (Para *Hegel* la voluntad especial (irracional) del delincuente no podía afectar la objetividad del derecho, por lo que la única forma de tratar al delincuente como un ser racional era negando su voluntad subjetiva mediante la reafirmación de la racionalidad general del derecho. En ese sentido, la pena honraba al delincuente como ser racional. Pero no se trataba de un restablecimiento empírico del derecho, sino un restablecimiento de la racionalidad del derecho, pues, a juicio de *Hegel*, pretender buscar el fin de la pena en el efecto motivador sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo para que obedezca (*Garófalo*, 2005).

Pero, tal como afirma *Mir Puig* siguiendo a *Roxin*, que la pena “no se halle al servicio de nada” no significa que no cumpla ningún fin. Pues, según

la doctrina citada, las teorías absolutas asignan a la pena y al derecho penal un fin de realización de la justicia.

Actualmente se ha dicho que esta teoría no es sostenible por su pesada carga moralista y por agotar el castigo de la pena en un ideal sentido de justicia; empero la doctrina no ha dejado de reconocer que sus postulados de inspiración liberal, representan un límite a la intervención estatal y por tanto una garantía para los ciudadanos. En efecto, según la concepción retributiva de la pena no se podría castigar más allá de la gravedad del delito cometido, aún por consideraciones preventivas. Pues, como señala *Hassemer* «Lo que, sin embargo, caracteriza a las teorías absolutas (...) es el respeto a la dignidad del delincuente. Según *Kant*, las teorías preventivas consideran al condenado como un objeto del Derecho de cosas, convirtiéndolo en objeto de estrategias de mejoras en pro del bienestar común. Para *Hegel*, la teorías relativas no respetan ni el honor, ni la dignidad del delincuente, sino que lo tratan como a un perro al que se amenaza con un palo» (García, 2008).

Como señala *Hurtado Pozo*, esta concepción de persona como fin en sí mismo se conserva hasta la actualidad en el derecho penal moderno, al admitir la imposición de una pena pero sin sobrepasar los límites de la culpabilidad por el acto (Gúzman, 2008).

Teorías relativas (prevención)

A diferencia de las teorías absolutas que consideran a la pena no puede cumplir ninguna utilidad social, agotándose en sí misma, las teorías relativas de la pena asignan un fin preventivo a la pena, ya sea disuadiendo a los ciudadanos para que no cometan delitos (prevención general) o evitando la reincidencia del condenado (prevención especial). Ahora, esta prevención se puede entender en un sentido negativo cuando su objetivo es intimidar o neutraliza y en sentido positivo cuando la pena está encaminada al reforzamiento de la confianza en la norma. Veamos cada una de ellas.

La prevención general negativa

Postulada modernamente por *Johann Paul Anselm Ritter Von Feuerback* (1775-1833) con su famosa teoría de la “coacción psicológica”, mediante la cual el derecho penal representaría la solución a la criminalidad evitando a través de la conminación penal (principio de legalidad) que la colectividad delinca. Lo sustancial para *Feuerback* era la intimidación mediante la tipi-

ficación penal, en tanto que la ejecución de la pena sólo tenía sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal.

No obstante, contra esta teoría se han formulado una serie de críticas. En principio se le objeta por ser una teoría tecnocrática que llevada hasta sus últimos extremos implicaría una instrumentalización del delincuente con fines intimidatorios, atentado de esta manera contra la dignidad de la persona humana. Por tal razón señala *Hassemer* (*Jakobs*, 1997) “(...) la teoría de la prevención general, sin referencia al fin de la justa retribución o al principio de proporcionalidad, es insoportable”. También se le objeta la falta de constatación empírica de su efecto intimidatorio, al no poder sostenerse en aquellos casos en los cuales el sujeto no conoce la norma penal prohibitiva ni la posibilidad de la ejecución de la pena, y sin embargo no la vulnera. Y aún conociendo la norma, esta teoría parte de una realidad demasiado idealista del hombre, concibiéndolo como un *homo oeconomicus*, que en cada acción realizada analiza racionalmente los costos y beneficios de su actuar, despreciando así la sobradamente irracionalidad fáctica de las personas, patente sobre todo en el ámbito de la criminalidad patrimonial de escasa gravedad.

La prevención general positiva

Conocida también con el nombre de “estabilizadora” o “integradora” (*Jakobs*, 2000).

Según esta concepción, la pena no se caracteriza por cumplir una función negativa de intimidación a la generalidad, sino de un efecto positivo de reforzamiento en la confianza en el sistema social en general y el sistema penal en particular.

A decir de *Jakobs*, su principal representante, «la misión derecho penal en general y de la pena en particular es la garantía de la identidad normativa de la Sociedad, o sea, el aseguramiento de la vigencia de la norma: el reconocimiento o mantenimiento de su validez» (*Jakobs*, 2005).

De este modo, la pena se concibe como un instrumento de aseguramiento contrafáctico y cognitivo de la vigencia de la norma: «es contrafáctico porque se

dirige contra un hecho que quebranta la norma y el cognitivo porque produce en la conciencia de los ciudadanos la confianza en la validez y vigencia de la norma quebrantada» (Hassemer, 1984).

De este modo, para *Jakobs* “la contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso que resulten defraudadas. Por eso -aun contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal” (Hassemer, 1989).

Así pues, para *Jakobs*: « (...) lo social de un homicidio no es la lesión de la carne de la víctima, o la destrucción de su conciencia, sino la afirmación contenida de modo concluyente y objetiva en el hecho punibles de no deber respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como elementos de una persona, sino de poder tratarlos como un entorno indiferente. Mediante esta afirmación se encuentra la norma, es decir, la regulación entre personas; por lo tanto, el delito es la desautorización de la norma, o, vuelvo a referir a la persona del delincuente, falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada» (Hurtado, 2005).

Como buen seguidor de *Hegel*, el profesor de la universidad de *Bonn* sostiene que el delito es la “afirmación que contradice la norma” y la pena como “respuesta que confirma la norma”. El Derecho penal, por tanto, confirma la identidad social, y ello porque el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma (*Larrauri*, 1998).

Como se puede advertir del pensamiento de *Jakobs*, la función de la pena es mantener la norma como modelo de orientación social, esto es, de expectativas sociales de comportamiento. Por tanto, la protección tiene lugar reafirmando en quien confía en la vigencia de la norma. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales, ni menos

aún se trata de cualquier pronóstico centrado en el comportamiento futuro del autor. Como explica el profesor de la Universidad de *Bonn*, “Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber de lo que de ellas puede esperar” (*Mir*, 1976). En tal sentido, para *Jakobs* la pena tiene tres efectos principales:

- Ejercitar la confianza hacia la norma, pues la pena reafirma la confianza en los ciudadanos de que la norma sigue vigente a pesar de haber sido quebrantada.
- Ejercita la fidelidad hacia al Derecho, pues como la pena sanciona el comportamiento infractor, aumenta la probabilidad de que ese comportamiento sea considerado como una alternativa a no tener en cuenta.
- Ejercita la aceptación de las consecuencias, pues a través de la pena se aprende la conexión entre el comportamiento y el deber de asumir los costes (*Mir*, 1979).

A pesar que el mismo *Jakobs* le atribuye una función preventiva a la pena, a través del ejercicio de fidelidad hacia la norma, se ha dicho que en puridad no sólo cumple una función preventiva sino también retributiva. *Lesch* (Muñoz, 1985) discípulo de *Jakobs*, ha rechazado la denominación misma de “prevención general positiva”, proponiendo en su lugar el nombre de “teoría funcional de la retribución”, que a su juicio expresaría mejor el carácter de esta teoría que oscila entre una fundamentación absoluta y otra relativa de la pena: «sería absoluta ya que se castiga “quia *pescatum est*” y no “*ne peccetur*”, pero sería al mismo tiempo relativa porque... no es fin en sí misma, sino que tiene una función, la del manteniendo de las condiciones fundamentales de la coexistencia social».

Contra esta teoría se han formulado una serie de críticas que detallamos sucintamente a continuación:

Se ha dicho que una concepción cuya misión sea la de ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al derecho, de convencerlos de las bondades del

sistema, resulta ser más intervencionista que una teoría que sólo busque la intimidación.

Si esta teoría tiene la misión de integración y estabilización social, desde la perspectiva de la psicología profunda de la sociedad, la pena no hace más que satisfacer la necesidad subconsciente de castigo de la colectividad, canalizando el instinto de venganza (Polaino, 2004).

También se le ha criticado por instrumentalizar a la persona, pues si lo que prima es el mantenimiento del sistema social, el individuo deja de ser el centro y fin de la sociedad para convertirse en un subsistema físico-síquico (Roxin, 1997).

Igualmente se le ha criticado por ser una teoría acrítica y por ello peligrosa, pues sólo importa la vigencia de la norma, con independencia de si ésta resulta legítima o no. Desde esta perspectiva, la pena cumpliría idéntica función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario (Roxin, 1998).

Se ha objetado su autoritarismo, por considerarla funcional al movimiento expansionista del sistema penal, tanto de extensión como de intensidad (Silva, 1992).

También se ha dicho que la vigencia de la norma no puede ser un “fin” de la propia norma y abandonar por completo los posibles efectos de la pena (resocialización del delincuente a la sociedad) (Silva, 2001).

Punto aparte creemos amerita enumerar las certeras críticas formuladas por los profesores argentinos Zaffaroni, Raúl/Aliaga, Alejandro/ Slokar, Alejandro:

Si la prevención general positiva sólo sirve para reforzar la confianza en el sistema, el delito sería una suerte de mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema penal se iría convirtiendo en agencias publicitarias de lo que es necesario hacer creer para que una sociedad basada en el conflicto no cambie.

Como los crímenes de cuello blanco no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictivos, su criminalización no tendría sentido.

El consenso se produce por la criminalización de los más torpes y brutos que delinquen. De este modo, esta teoría conduce a la legitimación de los operadores políticos que falsean la realidad (asistidos por los medios de comunicación) y de los corruptos que gozan de impunidad, a condición de que la población crea en esa falsa realidad. Dicho en otras palabras, el derecho penal se convierte en un mensaje meramente difusor de ideologías falsas, pero que son útiles al sistema.

Cosifica a la persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona (Villavicencio, 2000).

Contra estas críticas, en líneas generales *Jakobs* ha señalado que se tratan de críticas extrasistemáticas, que en lo mínimo afectan la coherencia interior del sistema, ya que al dogmático no le corresponde entrar en la legitimidad externa de las normas (Villavicencio, 2007).

Prevención especial (negativa y positiva)

Para la prevención especial en su variante negativa la pena debe estar encaminada a la intimidación del delincuente, buscando evitar la reincidencia a través de la amenaza al delincuente. Asimismo, se ubica en esta variante la denominada prevención neutralizante, cuyo fin es la inoportunización del delincuente no capaz de corrección y adaptación para la vida social. La escuela Positivista Italiana fue quien desarrolló y auspició ampliamente esta teoría. Dicho en palabras de *Garófalo* (*Von*, 2007) uno de los principales representantes de esta escuela: “No es el sufrimiento el fin de la reacción exigido por el sentimiento popular, sino que, por la misma naturaleza de las cosas se asocia siempre al verdadero fin de que aquel se propone, esto es la eliminación del individuo no asimilable”.

Del mismo modo, creemos que esta concepción negativa neutralizante de la pena no se aleja en lo más mínimo a la finalidad de la pena del denominado “Derecho penal del enemigo”. A decir de *Jakobs* (*Zaffaroni*, 2004) “En el derecho del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el derecho penal del enemigo, la eliminación de un peligro.

En su variante positiva, la pena tiene como finalidad la resocialización del condenado, siendo relevante la pena ya no en el momento de la conminación penal (prevención general) sino en su ejecución. De lo que se trata es de evitar la reincidencia del delincuente mediante su tratamiento. En tal sentido, las modernas teorías de la resocialización consideran que la reinserción del delincuente le otorga legitimidad y fundamento a la imposición de una pena.

Los ataques al ideal resocializador de la pena han venido desde ángulos diversos. Así por ejemplo, para extinto Bustos Ramírez “la idea de la resocialización parte de la llamada ideología de la diferenciación, de que hay hombres buenos y malos, hombres normales y anormales o peligrosos. De que hay un orden absoluto verdadero y otros órdenes falsos, de que hay hombres sanos y otros necesitados de tratamientos, que son enfermos” (Zaffaroni, 2006).

Nosotros sólo diremos que si bien es cierto la resocialización del delincuente difícilmente se puede alcanzar por medio de la pena privativa de libertad, al menos es un ideal (no fin de la pena o del derecho penal) que de forma muy limitada importa menos peores condiciones de vida para los internos. En todo caso, lo que sí desde ya rechazamos enfáticamente es que bajo el manto de la resocialización se pretenda utilizar mayor pena como sinónimo de mayor trato resocializado (Zaffaroni, 1993).

Desde el punto de vista del delincuente, cuyo origen radicaba en la influencia del positivismo criminológico, *Von Liszt* (Zaffaroni, 2005) combinaba finalidades preventivas especiales positivas y negativas de la pena. En efecto, para el fundador de la Unión Internacional de Derecho Penal (1889) los efectos de la pena podían ser resocializadores, intimidatorios o inocuizantes, atendiendo al tipo de delincuente de que se trate. En su famoso “Programa de Marburgo” señalaba: «Pero si corrección, intimidación y neutralización son realmente los posibles efectos de la pena, y con ello la posible protección de los bienes jurídicos mediante la pena, entonces estos tres tipos de penas deben corresponder a tres categorías de delinquentes. En efecto, la pena se dirige contra ellos y no contra las figuras del delito; el delincuente es el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción constituyen la esencia de la pena. Esta lógica exigencia está confirmada en lo esencial por

los resultados que hasta ahora ha entregado la antropología criminal (...). En general, podrá aceptarse la siguiente clasificación como punto de partida para ulteriores observaciones:

- La corrección de delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella;
- Intimidación de los delincuentes que no necesiten corrección;
- Neutralización de los delincuentes que no susceptibles de corrección».

Teorías de la unión o unificadoras

Tratando de superar el modelo “puro” de las teorías preventivas y retributivas aparecen las teorías mixtas o eclécticas. Hay de las que parten de una base retributiva pero arribando a finalidades preventivas y las de base preventiva que tienen como límite la retribución de la culpabilidad.

Por otro lado, al interior de las teorías eclécticas cabe hacer mención especial a aquellas teorías que pretenden distinguir los diferentes fines atribuidos a la pena en base al momento de su operatividad (*Zaffaroni, 2006*).

Dejando de lado los diferentes matices presentados al interior de cada teoría señalada, pasamos a estudiar cada una de ellas.

Teorías con preponderancia retributiva

Para estas teorías el fundamento de la pena es la retribución, la pena “justa”, sin embargo, dentro de este marco se debe apelar, sólo de modo complementario, a finalidades preventivas. En tal sentido, el derecho penal está llamado a cumplir una doble función: retributiva y preventiva.

El profesor español *Mir Puig* (*Zaffaroni, 2001*) ubica dentro de esta tendencia el proyecto ministerial alemán de 1962, el cual en uno de sus fragmentos señalaba: « (...) el Proyecto ve el sentido de la pena no sólo en la retribución de la culpabilidad del autor, sino también en la afirmación del orden jurídico. Además, sirve a determinados fines político criminales, en especial al fin de prevenir futuros delitos». A continuación, señala *Mir*, dicho proyecto se refiere a la intimidación, a la resocialización y a la inocuización como medios de

prevención. Concluyendo: «Todos estos fines se alcanzan en parte, sin más, por medio de la pena. Pero pueden también perseguirse en forma especial en el caso concreto a través de la determinación de la clase y medida de la pena».

Teorías con preponderancia preventiva

Desde esta perspectiva, el fundamento de la pena se encuentra en la defensa de la sociedad, mientras que a la retribución le corresponde únicamente la función de limitar las exigencias de la prevención. A juicio de *Mir Puig*, el proyecto alternativo alemán de 1966 representa la más importante formulación de esta posición: «El parágrafo 2 del proyecto alternativo declara expresamente que la pena sirve a los fines de protección de los bienes jurídicos y reincorporación del sujeto a la sociedad» .

Teoría dialéctica de la unión

Buscando superar la mera yuxtaposición de los fines de la pena acabados de señalar, desde una perspectiva eminentemente preventiva una corriente representada por *Schmidhäuser* y *Roxin* busca asignar a la pena diversos fines de acuerdo a los distintos momentos en que ésta ópera. (Polaino, 2004) Por nuestra parte sólo nos avocaremos a desarrollar los principales aspectos de la teoría de *Roxin*, por ser la actualmente dominante en la doctrina.

Desde 1966 el profesor de la Universidad de *Munich Claus Roxin* viene desarrollando una teoría unificadora mixta de carácter dialéctico, denominada “teoría dialéctica de la unión”. Desde la óptica preventiva de *Roxin* son fines de la pena, paralelamente, la prevención general y la prevención especial, debiendo excluirse la pena como fin de la sanción penal.

Así, para *Roxin* la pena tendría diferentes fines de acuerdo a los distintos momentos en que es concebida.

En el momento de la amenaza mediante la conminación penal, de acuerdo al principio de legalidad, la pena tiene una finalidad de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, a través de la prevención general.

En la fase de la imposición e individualización de la pena por parte de juez en la sentencia, la pena tiene una doble finalidad: preventivo general y

preventivo especial. Es general porque mediante la imposición de la pena se confirma la seriedad de la amenaza abstracta contenida en la ley. Es especial porque el *quantum* de la pena debe estar dirigido a la resocialización del condenado, incluso atendiendo a este último fin se puede prescindir de la pena.

Por último, en la fase de ejecución, la pena debe estar dirigida a la resocialización del delincuente, mediante la prevención especial.

Con la finalidad de salvar una de las principales críticas hechas contra las teorías preventivas, en el sentido de carecer de límites en la intervención penal, *Roxin*, no deja de lado un elemento propio de la concepción retributiva de la pena: el principio de culpabilidad. Con ello, sin embargo, no se quiere dar a entender, según *Roxin*, el carácter retributivo de la pena, pues la retribución no puede ser “ni siquiera un fin atendible junto a la prevención”, en todo caso, el principio de culpabilidad al que se refiere el autor debe ser entendido no como un concepto metafísico, propio de las teorías absolutas, sino como producto del liberalismo ilustrado tendiente a limitar la intervención estatal.

Pero, la finalidad de la pena de acuerdo al momento en que opera, a juicio de *Roxin*, no debe ser tajante sino atendible a una ponderación diferenciada. Así pues, si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente su efecto preventivo general. Ahora si ambos fines entran en conflicto, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar; a cambio la prevención general domina la conminación penal y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de los fines preventivo especiales. Sentencia *Roxin*: “La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico estatal”.

Teorías críticas del poder punitivo del Estado

La criminología crítica, sobre la base del “nuevo paradigma” considera que la conducta desviada ya no tiene un sustrato “real” u “ontológico”, sino “definitorial”. Se trata de una atribución a través de ciertos mecanismos y procedimientos sociales de “definición” y “selección”. El delincuente no es aquél

que infringe la ley, sino sólo el que es etiquetado como tal por las instancias criminalizantes y adquiere dicho status.

Desde este enfoque el sistema penal resulta ser un instrumento que responde a una determinada ideología de poder, generador de desigualdad, con altísimos costos sociales, inútil e incapaz de resolver los problemas generados por la criminalidad. De ahí que el sector más radical de la criminología crítica (abolucionismo) haya propuesto su completa abolición (*Hulsman, Mathiensen, Christie*). Otro sector de esta corriente, sin embargo, ha sido menos radical y reconociendo las críticas vertidas desde el abolucionismo ha propuesto una reducción del poder punitivo al mínimo postulando un derecho penal mínimo (*Baratta y Ferrajoli*).

No sería necesario indagar más sobre el significado del derecho penal y la pena para los abolucionistas, pues para ellos deben desaparecer. Por el contrario, nos interesa saber cuál es la justificación que los minimalistas atribuyen a la pena y al poder punitivo. A esta reflexión nos vamos avocaremos en las siguientes líneas.

El garantismo penal de Ferrajoli

El profesor de la Universidad de Roma empieza su estudio tratando de responder a la pregunta ¿por qué castigar? Para tal efecto, considera que tal interrogante puede ser entendida en dos sentidos distintos:

- El de porqué existe la pena, o bien, la razón de castigar.
- El de porqué debe existir la pena, o bien, o la justificación de deber castigar.

A su juicio, el problema del «porqué» de la pena es un problema científico, o bien empírico o de hecho, que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falsificables, pudiendo ser verdaderas o falsas. Por el contrario, el de porqué debe existir la pena es un problema de naturaleza filosófica -más precisamente de filosofía moral o política- que admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones normativas las que sin ser ver-

daderas ni falsas, son aceptables o inaceptables en cuanto axiológicamente válidas o inválidas.

A continuación, señala que si bien el utilitarismo penal es un presupuesto necesario en la medida que permite excluir penas socialmente inútiles, es una doctrina ambivalente, pues de ella se pueden extraer dos versiones en cuanto al fin asignado a la pena y al derecho penal:

Una primera versión del fin ajustada a la máxima utilidad posible para la mayoría de los no desviados. Aquí el fin sólo responde a los intereses de la seguridad social, diferente de aquellos a quienes les es aplicada la pena y, por tanto, sin la seguridad de ofrecer garantía alguna sobre los límites de la intervención punitiva del Estado.

Una segunda versión cuyo fin se ajusta al mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría de los desviados. El fin se encuentra en relación directa con los intereses de los mismos destinatarios de la pena, quienes en ausencia de ésta podrían sufrir mayores males extra-penales. Este modelo limita la intervención penal estatal sólo al mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros.

Bajo estas premisas, y adoptando el segundo modelo, según *Ferrajoli*, podemos evitar confusiones que hasta ese momento se habían presentado en la discusión entre “abolicionistas” y “justificadores” del derecho penal. En el significado del «porqué» se debería utilizar dos palabras distintas: la palabra función para indicar los usos descriptivos y la palabra fin para indicar los usos normativos. De ahí que denomine teorías explicativas a las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función (o las funciones) que cumple el derecho penal y las penas en la realidad; mientras que califica de doctrinas axiológicas o de justificación a las respuestas sobre cuestiones ético-filosóficas del fin (o los fines) que ellas deberían perseguir.

En un segundo nivel, *Ferrajoli* diferencia entre doctrinas de justificación del derecho penal (doctrinas de justificación), las mismas que no admiten críticas sólo porque el fin por ellas indicado como justificador no resulte empíricamente satisfecho, y los discursos de justificación (o justificaciones),

orientados a argumentar la adaptación de los medios penales en cuanto éstos son reconocidos como funcionales a los fines que se asumen como justificadores.

Sentado lo anterior, *Ferrajoli* propone un modelo justificador que sea capaz de escapar a los distintos tipos de falacia (naturalista y normativista). Para tal fin, sostiene la presencia de dos requisitos metaéticos de un modelo de justificación de la pena:

El primero se vincula con la valoración del fin penal justificador y de los medios penales para justificar. Para ello plantea la necesidad de que el fin sea reconocido como un bien extrajurídico, es decir, externo al derecho, y que el medio sea reconocido como un mal, como un costo humano y social que precisamente por eso ha de justificarse.

El segundo atiende a las relaciones entre los medios y los fines penales. Desde esta perspectiva, a juicio de *Ferrajoli*, es necesario que los medios sean congruentes con los fines, de modo que las metas justificadoras del derecho penal puedan ser empíricamente alcanzadas con las penas y no lo sean sin las penas. Asimismo, es necesario que los fines sean homogéneos con los medios, de forma que el mal procurado por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin y, del mismo modo, se pueda justificar no sólo la necesidad sino también la naturaleza y la medida como mal o costo menor en relación con la fallida satisfacción del fin.

Para este autor, «un modelo de justificación que satisfaga estos dos tipos de requisitos está en condiciones de fundar no sólo justificaciones; podrá también instituir -según los casos- no justificaciones de las penas y de los sistemas penales».

En base a estas premisas, *Ferrajoli* construye un modelo normativo de justificación del derecho penal y de la pena, resumido en los siguientes enunciados:

En primer lugar, orientando el derecho penal hacia el único fin de la prevención general negativa: de los delitos y de las penas informales.

En segundo lugar, respondiendo tanto a la pregunta «¿por qué prohibir?» como a la de «¿por qué castigar?», se impone a las prohibiciones y a las penas

dos finalidades distintas y concurrentes: el máximo bienestar posible de los que no se desvían y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la limitación de los arbitrios y de la minimización de la violencia en la sociedad. Asignando al derecho penal el fin prioritario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los desviados, además del fin secundario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los no desviados.

En tercer lugar, se reconoce que la pena, por su carácter afflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal al que no sirve encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializante y de hecho, por último, siempre afflictivo. Siendo un mal, sin embargo, la pena es siempre justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales, y si (y sólo si) el condenado obtiene el bien de substraerse -gracias a ella- a informales puniciones imprevisibles, incontroladas y desproporcionadas.

En cuarto lugar, para que dicha justificación no entre en conflicto con el principio ético Kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como un medio por un fin que no es el suyo, la pena está justificada no sólo *ne peccetur*, o sea en el interés de otros, sino también *ne punietur*, es decir, en el interés del reo de no sufrir abusos mayores.

En síntesis, para *Ferrajoli* el derecho penal está dirigido a cumplir una doble finalidad: la prevención de los delitos y la prevención de las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas, dentro de un programa de un derecho penal mínimo (mínimo de penas y mínimo de prohibiciones). Por esta razón para el citado profesor italiano “la historia del derecho penal y de la pena puede ser leída como la historia de una larga lucha contra la venganza”.

El derecho penal de los derechos humanos de *Baratta*

Alessandro Baratta, como es conocido, en cada uno de sus estudios dirige certeras críticas contra el derecho penal y la pena. Sin embargo, no se le podría calificar como un abolicionista en el sentido de *Hulsman*, antes bien lo que propone es un derecho penal mínimo, a través de la reducción de la política penal y la ampliación de una política criminal alternativa. Desde esta perspectiva, *Baratta* considera que el derecho penal debe quedar en un triple sentido reducido a una actitud de defensa. Defensa, ante todo, del derecho penal de

los ataques llevados en nuestros días contra las garantías liberales asignadas por las constituciones de los Estados de derecho. Defensa, en segundo lugar, frente al propio derecho penal, en lo que signifique contención y reducción de su campo de intervención tradicional y sobre todo de sus efectos negativos y de los costos sociales que pesan particularmente sobre las franjas más débiles y marginales del proletariado y que contribuyen de esta forma a dividirlo y debilitarlo material y políticamente.

Defensa a través del derecho penal en la medida en que, por el momento, puede ser aún considerado como una respuesta legítima ante la falta de alternativas para resolver los problemas sociales en el marco de un modelo integrado.

Por otro lado, desde el punto de vista de las prohibiciones, *Baratta* estima que el derecho penal puede quedar reducido a la protección de los derechos humanos. Así, el concepto de derechos humanos cumpliría una doble función. Una negativa, al señalar los límites de la intervención penal, la cual no debe sobrepasar estos derechos y, una función positiva, en cuanto los derechos humanos pueden constituir un objeto posible, pero no necesario, de tutela por medio del derecho penal.

Como acabamos de señalar, para *Baratta* el derecho penal sólo se justifica en la medida en que se encuentre limitado por los derechos humanos, y como mecanismo legítimo de defensa de estos mismos derechos, a falta de respuestas capaces de resolver los problemas sociales. En otras palabras, el poder punitivo para *Baratta* es irrenunciable en la medida en que carecemos, por el momento, de otro instrumento menos lesivo de protección de los derechos humanos.

Aclarada la irrenunciabilidad de *Baratta* hacia el control penal, que con tanto ahínco criticaba, ahora, queda por indagar, en su concepto, el sentido de la pena de prisión.

Sobre la pena de prisión el ex-profesor de la Universidad de Sarre (Alemania) en un estudio publicado en 1982, partiendo de la selectividad y estigmatización del derecho penal y del fracaso histórico de la cárcel como centro de resocialización (produciendo efectos contrarios), señalaba críticamente, que la institución de la cárcel, en principio, sirve para mantener la escala vertical

de la sociedad, influyendo sobre todo en los sustratos sociales más desprotegidos, impidiendo el ascenso social; y en segundo lugar, sirve a la impunidad mediante el encubrimiento de un número mayor de comportamientos ilegales cometidos por aquellos inmunes al derecho penal. Por tanto, a su juicio, desde un análisis real y radical, se debe arribar a la abolición progresiva de las instituciones carcelarias. Para tal efecto, señalaba una serie de políticas diferenciadas como, por ejemplo, la ampliación de las medidas alternativas, la suspensión condicional y libertad condicional, la extensión de sistemas de permiso; medidas agrupadas bajo la denominación “apertura de la cárcel a la sociedad”, a fin de superar el mito positivista de la resocialización del condenado.

Años más tarde, en un estudio denominado «Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado», el citado profesor desarrolla su tesis “apertura de la cárcel a la sociedad”. En principio, buscaba superar los dos polos de la discusión: el realista, que parte del reconocimiento de que la cárcel no puede resocializar sino únicamente neutralizar, y el idealista que sin desconocer los efectos negativos de la cárcel la considera finalmente como el sitio y medio de resocialización, evitando dar cabida a las ideas de retribución y neutralización. A su juicio, en estos dos extremos en los cuales se polariza hoy la teoría de la pena, se comenten dos errores iguales y contradictorios. En el primer caso, en la teoría del castigo y/o neutralización, se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la “falacia naturalista”: se elevan los hechos a normas o se pretende deducir una norma de los hechos. En el segundo caso, con la nueva teoría de la resocialización, se incurre en una “falacia idealista”: se coloca una norma contradictoria que no puede ser realizada, una norma imposible.

En su opinión, la alternativa entre estos dos polos es una falsa alternativa. En el contexto de la criminología crítica proponía mantener la base realista de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado. Sin embargo, a juicio del citado profesor, «a pesar de esto, la finalidad de una integración del condenado a la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente. Esto implica por lo menos dos consideraciones».

La primera de estas consideraciones está relacionada con el concepto sociológico de reintegración social, la misma que puede ser alcanzada a pesar de la cárcel, pues la mejor cárcel para el condenado es la inexistente. No obstante, cualquier mejora que pueda hacer menos dañinas y dolorosas las condiciones de la prisión debe ser aceptada, siempre y cuando provenga de la voluntad de un cambio radical y humanista, y no de un reformismo tecnocrático, pero con el límite de que sea parte de una estrategia reduccionista a corto y mediano plazo, y abolicionista a largo plazo. Para tal fin es imprescindible insistir en el principio político de la apertura de la cárcel a la sociedad y, recíprocamente, de ella hacia la cárcel; para lo cual se debe abandonar los conceptos de “resocialización” y “tratamiento”, por ser residuos anacrónicos de la criminología positivista, reemplazándolos por el de “reintegración social”. En su opinión, no se trata de un mero cambio terminológico sino de perspectiva, pues no implica un papel pasivo de detenido y activo de las instituciones, sino la superación misma de los muros de la cárcel. El concepto de reintegración social requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en donde los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel. En tal sentido, «reintegración social significa, antes que la transformación social del mundo separado, la transformación de la sociedad que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran “sesgados” en la cárcel». Supone superar la propia marginación de la sociedad para con cierto grupo de personas (marginación primaria) que se concreta con su encierro en la cárcel (marginación secundaria). En propias palabras de *Baratta*: «Una reintegración social del condenado significa, por tanto, corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa de los grupos sociales de los que provienen, para que la vida pospenitenciaria no signifique simplemente, como casi siempre sucede, el regreso de la marginación secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia, y desde allí una vez más a la cárcel».

La segunda consideración está relacionada con el concepto jurídico de reintegración social del condenado. Desde este punto de vista, la reintegración del condenado a la sociedad debe ejercerse no “por medio de”, sino “no obstante” la cárcel. Esta nueva concepción de resocialización y tratamiento puede ser alcanzada de acuerdo a dos núcleos importantes. El primero, implica una redefinición de los conceptos de tratamiento y resocialización, a través de una interpretación progresista, guiada por los principios y normas consti-

tucionales, entendidas ahora en términos de ejercicio de los derechos de los ciudadanos retenidos, y en términos de servicios y de oportunidades laborales y sociales que se les proporciona durante y después de la detención por parte de las instituciones y las comunidades. El segundo núcleo lo constituye el desarrollo de estrategias y prácticas eficaces de efectiva descarceración, bajo condiciones políticas y culturales que permitan a la sociedad “librarse de la necesidad de la cárcel”.

En suma, para *Baratta* el derecho penal debe quedar reducido al mínimo, cumpliendo una actitud de defensa de los derechos humanos, mientras no haya otra alternativa posible. En tanto que la cárcel debe ser reducida a corto y mediano plazo, transitando hasta su abolición total en un largo plazo; pero en este periodo de transición se deben mejorar sus condiciones con la voluntad radical de prescindir de ella en el futuro. En todo caso, lo insoslayable es la voluntad de reincorporar al condenado a la sociedad, pero no bajo los conceptos tradicionales de resocialización y tratamiento, sino sobre una base diferente: reintegración social del condenado a la sociedad. Para tal fin se requieren dos condiciones fundamentales: mediante un cambio en la estructura social que permita superar los mecanismos de marginación social, y una redefinición del concepto jurídico de resocialización y tratamiento, bajo la óptica de la reconstrucción de los derechos de los detenidos a la luz de los principios y normas constitucionales sobre la prisión.

Una teoría negativa y agnóstica de la pena (Zaffaroni)

Desde hace algunos años los profesores argentinos *Zaffaroni*, Eugenio Raúl; *Aliaga*, Alejandro y *Slokar*, Alejandro vienen desarrollando una teoría agnóstica y negativa de la pena.

Para poder entender esta teoría se hacen necesarias dos consideraciones previas. La primera consiste en diferenciar entre derecho penal y poder punitivo. Según estos autores, se entiende por derecho penal a “la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”. Mientras que poder punitivo viene a ser el ejercicio real del poder (punitivo) que ejercen las agencias ejecutivas del Estado encargadas de ejercer la coerción.

En segundo lugar, esta postura parte de la infructuosa función útil del poder punitivo, pues ni siquiera es capaz de resolver los conflictos, antes bien, en muchos casos impide una solución, siendo lo único esperable la mera suspensión de éstos.

Aclarado lo anterior, para estos autores no se trata de la función (para nosotros fin) que deba cumplir la pena, entendida como manifestación de poder político, sino la finalidad que debe cumplir el derecho penal entendido como el discurso científico elaborado por los juristas destinado a acotar y reducir el poder punitivo.

Los citados profesores argentinos, después de una revisión crítica de las diferentes teorías positivas sobre la pena, concluyen que ninguna de ellas puede superar las críticas provenientes de las ciencias sociales y por lo tanto todas son falsas. Este panorama incierto los lleva a señalar una plurifuncionalidad desconocida del poder punitivo: “no se sabe cuál es la función del poder punitivo”; pues a la luz de los datos de las ciencias sociales, el poder punitivo unas veces sirve para unas cosas, otras veces para otras (hacer pelear a los excluidos y marginados, con lo cual los mantiene distraídos; permite sacarse de encima a algún enemigo poderoso retirándole cobertura en cierto momento; renormaliza situaciones desnormalizadas a través de la entrega de diploma de víctimas; proporciona votos a los políticos; es fuente de recursos extrapresupuestarios para las agencias; permite subir el precio de lo prohibido cuando se lo encara empresarialmente; puede ser útil para eliminar disidentes; tranquiliza a la opinión pública; permite montar industrias de seguridad, etc.).

Esta plurifuncionalidad impide a estos autores extraer una definición positiva de la pena; antes bien, debido a su defecto ético (engañar a la población como función latente) sólo impone la necesidad de construir un concepto negativo y agnóstico de la pena, obtenido por exclusión. El concepto negativo de pena, a juicio de estos juristas, se debe construir considerando a la pena como: «a) una coerción, b) que impone una privación de derechos o un dolor, c) que no repara ni restituye y d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes». Es agnóstica (en sentido metafórico pero con toda intención), porque se parte del desconocimiento en cuanto a su función, siendo su presunta utilidad positiva un mero acto de fe: «La fe

en un Dios omnipotente se desplazó en parte a la fe en la omnipotencia del poder punitivo del estado».

Y ante la imposibilidad de explicar la pena como un hecho racional, la conclusión sería, en opinión de estos profesores argentinos, que la pena es un acto irracional del Estado, un fenómeno extra jurídico, meramente político, equiparable a la guerra. Al respecto precisan: «La guerra y el poder punitivo son, pues, hechos políticos, lo jurídico es el esfuerzo nacional e internacional por su acotamiento, contención y reducción.

Bajo este enfoque, «el derecho penal puede reconstruirse hoy sobre un modelo muy semejante al derecho humanitario partiendo de la teoría negativa de toda función manifiesta del poder punitivo y agnóstica respecto de su función latente: la pena (y todo el poder punitivo) es un hecho de poder que el poder de los juristas puede limitar y contener, pero no eliminar, porque no alcanza para eso». Siendo esto así, el derecho penal tiene una función teleológica de seguridad jurídica, en la medida que cumple una tarea acotante y contentora del poder punitivo. La carencia de esta función de seguridad jurídica implicaría un gravísimo peligro para los bienes jurídicos individuales y colectivos, pues se inclinaría la balanza hacia el Estado de policía en detrimento del Estado de derecho. Los bienes jurídicos a que se hace referencia no están relacionados a las víctimas de delitos, sino a todos los habitantes que se encuentran constantemente amenazados por el poder ilimitado de las agencias del sistema penal. En palabras de estos autores: « (...) un criterio de construcción teleológica que tenga como meta la protección de bienes jurídicos (seguridad jurídica), pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los de las víctimas (o de las eventuales víctimas futuras y de momento imaginarias o inexistente), que asuma el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo».

Aclarada la función correspondiente al derecho penal, ¿qué hacer con la pena y el poder punitivo?, ¿deben ser abolidos? A juicio de estos profesores argentinos, una respuesta afirmativa debe interpretarse como una deducción apresurada; pues, en el estado de cosas, tanto el abolicionismo como el minimalismo penal, más que propuestas político criminales, son proyectos de sociedades diferentes. No cabe esperar, entonces, la desaparición del poder punitivo por mucho que se elaboren discursos deslegitimantes. No desapare-

cerá, del mismo modo que no desaparecieron las guerras por su ilegitimidad declarada por el derecho internacional público. “Los hechos de poder no desaparecen porque los juristas los deslegitimen en sus discursos técnicos. Pensar lo contrario es una peligrosa alucinación”.

Eugenio *Zaffaroni* en una conferencia dictada *Guarujá*, Brasil en el año 2001, casi resignado ante el modelo expansivo y autoritario de la política criminal señalaba: “¿Cuál tendría que ser entonces nuestra función jurídica?” Se Responde: “La contención de las pulsiones del Estado de Policía. No tenemos poder, en el área jurídica, para asumir el poder punitivo. Yo no sé si el día de mañana el poder punitivo va a desaparecer. Tal vez. Yo no sé si mañana el poder punitivo va a cambiar a un poder punitivo mínimo. Tal vez. Pero esto puede ocurrir sólo en otros modelos de sociedad, no en este. En esta sociedad de hoy, nuestra función sólo puede ser una función de reducción”.

No obstante, a pesar de las certeras observaciones de los profesores argentinos, la teoría agnóstica de la pena, al igual que las anteriores, no ha estado exento de críticas. Se ha dicho que incurre en la misma falacia normativista o vicio lógico de las demás teorías al enfrentar “la dimensión empírica de la agencia policial versus la versión ideal normativa de la agencia judicial, cuando lo correcto hubiese sido comparar cómo son realmente las agencias policiales y judiciales por un lado, y como deben ser esas mismas agencias en el plano ideal”. Otra de las críticas formuladas consiste en el sabor a retribución que conserva en el plano de la culpabilidad, al reprochar el esfuerzo personal por alcanzar el estado concreto de vulnerabilidad, según el grado de autodeterminación del sujeto.

Por nuestra parte consideramos que, aunque estos autores no lo señalan expresamente, la pena (y el poder punitivo) es agnóstica y negativa en cuanto a las funciones y/o finalidades atribuidas por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, útil (positiva) en el estado actual de nuestras sociedades, factor reconocido implícitamente por estos autores cuando optan por no renunciar al poder punitivo, sino por reducirlo hasta donde sea posible, atribuyéndole de esta manera una utilidad positiva. En otras palabras, desde una concep-

ción agnóstica y negativa, la finalidad de la pena y del poder punitivo, no es renunciable, *contario sensu*, todavía sirve para algo, y no precisamente en forma negativa, sino como algo limitadamente útil: hacer tolerable la vida en sociedad. Sostener lo contrario llevaría a plantear inmediatamente la abolición del sistema penal (abolicionismo radical) sin esperar una sociedad diferente a la actual, cosa no propuesta por estos autores.

¿El derecho a la seguridad o la seguridad de nuestros derechos?

El artículo 44º de la Constitución Política del Perú señala expresamente como uno de los deberes fundamentales del Estado: proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. En sentido similar la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 77 como obligaciones del estado “conservar el orden público en todo el territorio y mandar las fuerzas de seguridad pública del Estado y las de los municipios en los que se encuentre”.

Denominaciones que adjetivan la idea de seguridad como: nacional, pública o ciudadana tienen un mismo trasfondo ideológico que convergen en lo que actualmente podemos denominar cruzadas contra el crimen. Como nos aclara Gúzman Dalbor (2002) la doctrina de la seguridad ciudadana representa la continuación de las prácticas penales de la seguridad nacional: “Son numerosos los puntos de contacto entre madre y heredera, según un común principio autoritario. La imagen de la guerra total, permanente y sin reglas, contra la insurrección política y enemiga de la nación, cede el paso también al combate también sin pautas ni consideraciones contra los delincuentes, a quienes se percibe y presenta, en obstinada monserga dirigida a la opinión pública, cual enemigos de la sociedad, merced a un abanico de apelativos apropiados para designarlos, despersonalizarlos y cosificarlos”. El citado autor completa su idea afirmando que este proyecto de política criminal descansa en el vasto campo de “grupos de amorfos como materia de descarte económico y desprecio social” producido por la principal característica de la globalización, esto es, el capitalismo sin trabajo.

De manera próxima *Zaffaroni* atribuye la génesis de la seguridad ciudadana a cuatro factores: “El poder de las policías de carácter centralizado, vertical y militar, reinantes en Hispanoamérica; el poder de los medios de comunicación, que explotan y aumentan cotidianamente la imagen del delito, “con un metadiscursos que difunde una falsa idea de impunidad total”; el

poder político, que por oportunismo, demagogia o para satisfacer las ansias vindicativas de los electores, aprueben leyes penales con signo cada vez más autoritario y bloquea toda iniciativa liberal; y el poder económico no tradicional, es decir, el financiero, que procura desviar la atención de las maniobras ilegales producidas en su seno, para que la opinión pública se identifique con las víctimas de la criminalidad callejera”.

A ellos se suma el español Diez Ripolles, para quien el modelo penal de la seguridad ciudadana se asienta en un “proyecto político de consolidación de las desigualdades sociales y de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos”. Continuando dicho autor que: El modelo de seguridad ciudadana... se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales y suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible”.

Desde luego, en este escenario ideológico es fácil la imbricación de tendencias autoritarias -más o menos escudadas en la demagogia- en el discurso de la seguridad ciudadana. Lamentablemente, el contexto mostrado líneas precedentes enrumba la seguridad ciudadana hacia escenarios antidemocráticos, donde soplan fuertes vientos de autoritarismo, cuyo sendero conduce hacia una “**contrailustración**”.

Por ello necesitamos un cambio de paradigma en relación al derecho humano a la seguridad. No se puede combatir una inseguridad ciudadana sin más con el poder punitivo. Como señala *Alessandro Baratta* la noción de la “política de seguridad” desde un punto de vista abstracto puede tener dos direcciones opuestas: puede estar orientado al modelo del derecho a la seguridad, o al modelo de la seguridad de los derechos. En el primer modelo, ilegítimo, el derecho a la seguridad se realiza a través de una reducción de los derechos fundamentales, donde toda la política de seguridad es política criminal. El segundo, por el contrario, es un modelo integral de protección y satisfacción de los derechos fundamentales, siendo legítimo porque se corresponde con la validez ideal de las normas contenidas en la Constitución del Estado social y en los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos.

Entonces, una visión correcta desde el punto de vista constitucional de los derechos fundamentales, en un Estado social y democrático de derecho donde la dignidad de la persona humana sea concebida como un derecho-principio, se corresponde con el segundo de los modelos descritos, cuya política de prevención y seguridad debe abrazar un campo extremadamente más amplio que la perspectiva restringida de la “lucha” contra la criminalidad (una lucha directa sobre todo o solamente hacia el control de los excluidos). Esta es, también y sobre todo, una lucha contra la exclusión social y contra los mecanismos inhumanos y esclavizantes de acumulación impuestos por la globalización neoliberal de la economía; una lucha en suma por una sociedad basada sobre la realización de las sociedades reales, es decir de las potencialidades de desarrollo de los individuos y de los pueblos.

De la anterior consideración se concluye que “la seguridad de los ciudadanos” corresponde a la necesidad de estar y sentirse garantizados en el ejercicio de todos los derechos propios: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno”.

En suma, la política de seguridad antes que ser política criminal es una amplia política social, donde el bien jurídico a tutelar debe ser el derecho a la seguridad de los derechos fundamentales, y esta tutela no viene dada por la política criminal sino por una vasta política social. Esto entendemos nosotros por seguridad.

Conclusiones

Lo primero que debemos reconocer es que el poder punitivo no cumple en el plano real las funciones de prevenir los delitos o de resocializar al delincuente; antes bien los efectos son totalmente contrarios. En tal sentido, es recomendable una teoría agnóstica y negativa de la pena, liberadora de los mitos de las teorías preventivas.

En segundo lugar, tampoco podemos aceptar una pena con funciones sólo inocuizantes que concibe al ser humano como un enemigo social, pues

perdería total legitimidad en un modelo de estado que pretenda ser democrático y de derecho.

En tercer lugar, debemos aceptar que el derecho penal sólo se justifica en la medida en que se encuentre limitado por los derechos humanos, y como mecanismo legítimo de defensa de estos mismos derechos, a falta de respuestas capaces de resolver los problemas sociales. En otras palabras, el poder punitivo es irrenunciable en la medida en que carecemos, por el momento, de otro instrumento menos lesivo de protección de los derechos humanos.

Finalmente, reconocer que el derecho a la seguridad es un derecho humano, pero no en el sentido ideológico de las teorías preventivas de la pena que sólo beneficia a unos pocos afortunados, sino en el sentido de una teoría crítica de la sociedad, esto es, enfocando el derecho a la seguridad de nuestros derechos humanos y esta tutela no viene dada por la política criminal sino por una vasta política social y una absoluta desmitificación de la utilidad de la pena.

Bibliografía

Baratta, Alessandro. Criminología y Sistema Penal. Colección memoria criminológica N° 1. Dirigida por *Elbert*, Carlos Alberto. En: Criminología y Sistema Penal. Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, agosto, 2006.

Integración-Prevención. Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas. Pág. 1- 30.

Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: Una Discusión en la Perspectiva de la Criminología Crítica. Pág. 57-88.

Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. Pág. 89- 111.

Seguridad. Traducción del italiano por Leticia Quiroz Ignacio. Pág. 199-220.

Principios del Derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). Traducido al italiano por Beatriz Lenzi, Universidad de *Firenze*. Pág. 299- 333.

Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. Presentado en el Congreso de Estudios Regionales sobre “Estructura y función de las cárceles: papel del ente local”. Traducido por Dr. Juan Guillermo Sepúlveda A. Pág. 357-375.

Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Traducido por Dr. Mauricio Martínez. Pág. 376 - 394.

Bustos Ramírez, Juan. Obras completas. Tomo I. ARA Editores. Lima, 2004.

Díez Ripollés, José Luís. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07_1.pdf. (consulta: Octubre del 2007)

El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. (consulta: Octubre del 2007)

Ferrajoli, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. Traducción de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez. Trabajo aparecido en “Prevención y Teoría de la Pena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 25-48. Disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-minimo-l-Ferrajoli/>. (consulta: Noviembre del 2007)

García Pablos de Molina, Antonio. Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente. 1º edición peruana Fondo editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Colección de estudios en ciencias penales dirigida por Miguel Pérez Arroyo.

Problemas actuales de la criminología. EDERSA, Madrid 1984.

Garófalo, Raffaele. La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Traducción de Pedro Dorado Montero. Colección Memoria Criminológica Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires. Setiembre, 2005.

García Cavero, Percy. Acerca de la función de la pena. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/enero06/Acerca_de_la_funcion_de_la_pena.pdf. (consulta: Enero del 2008)

Gúzman Dalbora, José Luís. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: La “doctrina” de la seguridad ciudadana. Conferencia pronunciada XIV Congreso de Derecho de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, Chile 2002. Disponible en www.iuspenalismo.com.ar (consulta: Marzo del 2008)

Jakobs, Günther. Derecho Penal- Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid 1997.

Jakobs, Günther y Cancio Melía, Manuel. El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II curso Internacional de derecho penal (Lima 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000). Instituto Peruano de Ciencia Penales. Editorial Grijley, Lima, Perú, 2000.

— **Derecho Penal del Enemigo.** Centro de investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Colección de estudios N° 35, orientada por Eduardo Montealegre Lynett, 2005.

Hassemer, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Traducción y notas de Muñoz Conde, Francisco y Arroyo Zapareto, Luís. Editorial Bosh S.A, Barcelona 1984.

Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. *Tirant lo blanch*, Valencia 1989.

Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal -Parte General I. 3° Edición. Editorial Jurídica *Grijley*. Lima 2005.

Larrauri, Elena. Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo. Trabajo presentado en las Jornadas de Garantismo y Derecho Penal (20 y 22 de mayo, 1998) organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad

de Antioquia, Medellín. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal. (consulta: Febrero del 2008)

Mir Puig, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976.

— **Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.** Casa editorial Bosch S.A, Barcelona, 1979.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Impreso por Caracuel, España, 1985.

Polaino Navarrete, Miguel. Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas. Editorial Grijley, Lima 2004.

Roxin, Claus. Derecho Penal- Parte General. 1° edición (Civitas). Traducción: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A, 1997.

— **Dogmática penal y política criminal.** Traducción y edición: Manuel Abanto Vásquez. IDEMSA. Lima- Perú, 1998.

Silva Sánchez, Jesús María. Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo. Bosch Editor S.A, Barcelona, 1992.

— **La expansión del Derecho penal.** Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas Ediciones S. L., segunda edición, Madrid 2001.

Villavicencio Terreros, Felipe. Introducción a la Criminología. Editorial Grijley, primera reimpresión, Lima 2000.

— **Derecho penal- parte general.** Editorial GRIJLEY, segunda reimpresión agosto 2007.

Von Liszt, Franz. La Idea del Fin en el Derecho Penal. Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=991> (consulta: Agosto del 2007)

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal. Universidad Nacional del Rosario, EDIAR. Buenos Aires, 2004.

__ **El enemigo en el derecho penal.** Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2006.

__ **Criminología- aproximaciones desde un margen.** Vol. 1 Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá, 1993.

__ **En torno de la cuestión penal.** Colección de Maestros del Derecho Penal Nº 18, Dirigida por Gonzalo D. Fernández: Editorial B de F., Montevideo- Buenos Aires, 2005.

__ **Criminología como curso.** Pág. 1-38.

__ **Política y dogmática jurídico-penal.** Pág. 71- 96.

__ **El Derecho penal liberal y sus enemigos.** Pág. 153- 178.

__ **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal.** Pág. 179- 214.

Zaffaroni, Eugenio Raúl / Aliaga, Alejandro/ Slokar, Alejandro. Manual de Derecho Penal- Parte General. 2º edición, EDIAR, Buenos Aires, 2006.

__ **La función reductora del Derecho penal ante un Estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable).** Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. <http://www.derechopenalonline.com/> (consulta: Febrero del 2008)