

Criminología crítica: Abolicismo y garantismo (*)

ELENA LARRAURI

Profesora Derecho Penal y Criminología
Facultad Derecho. Universidad Autónoma Barcelona

SUMARIO: I. Introducción: (¿qué se quiere abolir y qué se quiere justificar?).-II. Garantismo y justificación del derecho penal: (prevención de «venganzas privadas»). II.1 La privatización del derecho penal. II.2 La violencia arbitraria.-III. Garantismo y justificación del derecho penal: (prevención de delitos). III.1 El mito de la prevención general. III.2 La (no) justificación de la pena. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: (¿QUÉ SE QUIERE ABOLIR Y QUÉ SE QUIERE JUSTIFICAR?) (1)

Una de las críticas más celebradas contra las propuestas abolicionistas es que la pretensión de abolición del derecho penal, y no sólo

(*) Este estudio se inscribe en el proyecto de investigación I + D SEC98-0507 y fue originariamente presentado en las Jornadas «Garantismo y Derecho Penal»(20-22 de mayo, 1998) organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (Medellín).

(1) La redacción de este artículo ha sido una tarea ardua que no hubiera sido posible sin la ayuda de numerosas personas: por múltiples discusiones estoy agradecida a Juan Gonzalo ESCOBAR y Daniel VARONA. La comprensión de la «falacia de Hume» no hubiera sido posible sin la ayuda de José Juan MORESO y en especial de José CID quien tiene la generosidad de, sin compartir mi posición, escucharla una y otra vez en un intento de hacerla más comprensible. Para la redacción del apartado II

de la cárcel (2), es discutible porque implicaría la desaparición de los límites de la intervención punitiva del Estado (3).

Esto provoca que compañeros de viaje del abolicionismo, cuando este sugería la abolición de la cárcel, se hayan alejado de estas propuestas manifestándose más cercanos a lo que se ha dado en llamar, a raíz del libro *Derecho y Razón* (Ferrajoli, 1995), garantismo.

Sin embargo, la discusión entre abolicionismo y garantismo corre el riesgo de agotarse: en primer lugar porque la falta de garantías siempre puede ser esgrimida contra cualquier propuesta descriminalizadora. En efecto, incluso frente a las propuestas de descriminalización a través de sanciones administrativas, se esgrime a modo de objeción las menores garantías del derecho administrativo, sin cerciorarse antes no sólo de qué garantías se pierden en concreto, sino además de lo que se gana: una mayor efectividad que impide el recurso a una mayor severidad (Cid, 1996a: 135-150; 1996b: 25).

Como advierte el propio Ferrajoli (1995: 717):

«(...) parece una hipocresía institucional la preocupación, manifestada en ocasiones, por el hecho de que la despenalización pueda redundar en una reducción de las garantías del ciudadano; algo así como que éste prefiera –en nombre de las garantías de la “pena” pero no de los costes que implica el proceso– los efectos estigmatizantes de una pena, aunque sea pecuniaria, a una sanción administrativa igualmente pecuniaria.»

Por ello, frente a cualquier propuesta alternativa a la intervención del derecho penal no basta, en mi opinión, hacer una referencia abstracta a la «ausencia de garantías», sino que debería mostrarse en concreto cuáles son las garantías a las que se renuncia y cuáles son las ventajas que aportan soluciones alternativas a cambio de esta disminución de garantías.

me he beneficiado de las aclaraciones de los profesores Carlos PETIT, Antonio HESPANHA, Antonio SERRANO, Manuel CACHÓN y Pedro RUIZ. Adicionalmente Heinz Steinert ha respondido pacientemente a todas mis angustiadas preguntas. René van SWAANINGEN fue un apoyo necesario poniéndome al día en la bibliografía.

Siempre, pero más en este caso, debo hacer constar que la redacción obedece a mi interpretación particular de todas las discusiones.

(2) El cambio se realizó en el Congreso de ICOPA de 1987 (v. SWAANINGEN, 1986: 10) y en mi opinión no se fue consciente de la trascendencia del viraje o no se confrontaron los problemas que este viraje comportaría.

(3) La literatura es ya abundante. Véase a título de ejemplo de esta crítica en Alemania KAISER (1987: 1043-1044). En Italia PAVARINI (1985: 19-21). En Sudamérica PEREZ PINZÓN (1989: 26-32); MARTINEZ (1990: 116); ZAFFARONI (1990: 83); SANCHEZ-HOUED (1992: 83).

El segundo motivo por el cual la discusión entre «garantistas» y «abolicionistas» deviene confusa es la ambigüedad y dificultad de ambos discursos. A la imprecisión del slogan «Abolición del sistema penal» (¿qué se quiere abolir exactamente?) se le añade la dificultad de entender exactamente qué está justificando Ferrajoli (¿el derecho, la pena, o la prisión?).

Así por ejemplo, cuesta entender cuál es exactamente el motivo de controversia cuando Ferrajoli se manifiesta partidario de la abolición de la pena de prisión (4). O cuál es el motivo de la divergencia, por lo menos con aquellos autores partidarios del abolicionismo que, sin embargo, quizá por su formación más jurídica (5), defienden que las soluciones alternativas al derecho penal deben incorporar, sin renunciar a, determinadas garantías procesales como la presunción de inocencia, principio de contradicción o principio de proporcionalidad, por poner algunos ejemplos (6).

No obstante, a pesar de ser numerosos los puntos de convergencia intentaré también clarificar las divergencias entre la posición de Ferrajoli y las posiciones abolicionistas.

Pienso que son claras las razones por las que los autores originarios del abolicionismo consideran insuficiente la consigna de «abolición de la prisión». Como afirma Bianchi (1994: 3):

«(...)Mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria».

En consecuencia parece claro que, para los autores abolicionistas, la propuesta de abolición de la prisión es insuficiente porque no reta

(4) Comunicación oral en las jornadas de Garantismo y Derecho Penal celebradas en la Universidad de Antioquia (Medellín) en mayo, 1998; véase también FERRAJOLI (1986: 45).

(5) Debido a que el abolicionismo se ha desarrollado desde presupuestos teológicos (la no admisión del castigo), antropológicos (la resolución del conflicto) y sociológicos (la crítica al sistema penal) (THOMAS-BOEHLEFELD, 1993: 15), no debe extrañar el descuido de temas jurídicos.

(6) Si bien creo que era consciente del riesgo que corría el abolicionismo al no enfatizar suficiente que abolir la pena no significaba abolir el proceso (LARRAURI, 1987: 106-107) no creo ser ni la primera ni la única. En castellano véase HULSMAN (1984: 103). También van SWAANINGEN (1997: 132-133), al tiempo que reconoce la falta de atención que los abolicionistas han prestado a esta materia, recoge la opinión de HULSMAN y BIANCHI defensores de las garantías legales, así como de una intervención ajena a las partes para salvaguardarlas.

la idea de que el castigo sea una forma idónea de reaccionar frente a muchos fenómenos que denominamos delito y sin embargo amagan problemas sociales.

Por ello se empieza a hablar de resolución de «problemas sociales» (Hulsman, 1986: 66-70), para indicar que si uno se aproxima a los eventos criminalizados y los trata como problemas sociales, ello le permite ampliar el abanico de posibles respuestas, no limitándose a la respuesta punitiva (7).

Ello podría ser compartido, como pienso que lo es, por los partidarios del derecho penal mínimo. Sin embargo, si este partidario fuese insistente nos confrontaría con la siguiente pregunta: ¿queda algún espacio para el castigo? Dicho de forma coloquial, imaginemos que los problemas sociales se resuelven por medio de una política social o bien por otras iniciativas políticas o legislativas que no implican un recurso al castigo, aun así ¿queda algún ámbito para expresar repulsa? Pienso que sí.

Sin embargo, en mi opinión, ello no implica renunciar a la propuesta abolicionista, porque frente a un comportamiento respecto del cual queremos mostrar repulsa también podemos argüir que esta «repulsa» ha de adoptar una forma fundamentalmente reparadora por ejemplo, ha de vetar determinados castigos por inhumanos como la prisión, y ha de constituirse en una justicia más democrática y participativa para con los afectados (8).

Hasta aquí he expuesto mis reflexiones, pero acepto como crítica que el discurso abolicionista debiera elaborar más el *si* (frente a que comportamientos pensamos que debe mostrarse una repulsa clara) y el *cómo* mostrar repulsa (no bastando la referencia genérica al derecho civil o sistemas de justicia informal).

La primera crítica a las imprecisiones abolicionistas hace referencia a que el recurso a la resolución de problemas sociales no contesta a los casos en los que el daño social no es expresión de ningún problema social (Cohen, 1987: 230), o bien aunque lo sea pensamos que, mientras tanto se resuelva, debe atribuirse una responsabilidad personal.

En estos casos, los autores abolicionistas admiten la necesidad de adoptar una medida coactiva, no para castigar, pero sí para reparar o

(7) Pienso que en este sentido debe entenderse la afirmación de HULSMAN (1991: 21) «[Las] alternativas al sistema penal son en primer lugar alternativas a la forma en que el sistema penal define los hechos».

(8) Soy consciente de que ello es aún muy impreciso. A lo largo del texto intentaré una mayor concreción.

neutralizar el conflicto (y en casos excepcionales para incapacitar a la persona que conlleva un peligro).

Pues bien, la pregunta que surge rápidamente es: ¿pero acaso estas respuestas no son «castigos» con otro nombre? Evidentemente son medidas coactivas, pero, aun cuando la elaboración teórica sea embrionaria, puede observarse que ni la justificación, ni el tipo de respuesta, ni la forma, obedecen a lo que hoy denominamos castigo.

La segunda imprecisión abolicionista se refiere al cómo mostrar repulsa. Las propuestas alternativas acostumbra a oscilar entre una referencia genérica al derecho civil o a sistemas de justicia informal, en los que se pretende devolver el conflicto a la víctima (Christie, 1976; 1992: 157-182).

La inconcreción de estas propuestas que enfatizan el objetivo de la reparación, la participación de la víctima, la mediación con el infractor y la presencia de un tercero sin poder para imponer, como alternativas a la pena y al proceso penal, es lo que ha comportado la acusación de que estas alternativas corren el riesgo de vulnerar todo el sistema de garantías que ha articulado el proceso penal formal.

Debiera advertirse, no obstante, que la forma cómo estas propuestas se han concretado en Europa es fundamentalmente la mediación entre víctima-infractor, realizada como alternativa al proceso pero respetando obviamente principios como, por ejemplo, el de legalidad formal o material.

Por ello, aun reconociendo la necesidad de elaborar más las garantías que quedan afectadas en este u otro modelo alternativo, no es correcto, en mi opinión, seguir repitiendo la objeción de que se prescinde de toda regulación jurídica o de todas las garantías (9), ya que estas propuestas abolicionistas ni prescinden de la intervención de terceros, ni prescinden del derecho como mecanismo regulador que proporciona el marco donde se realiza el acuerdo (10).

Expuestas las imprecisiones del discurso abolicionista quisiera ahora detenerme en las dificultades que observo en el discurso garantista.

La primera cuestión que suscita no poca controversia es cuál es el objeto de justificación en la teoría de Ferrajoli. En ocasiones, por las

(9) En España ha abordado la crítica concreta a los sistemas de mediación SILVA (1996: 4) quien considera vulnerados los principios de legalidad, igualdad y culpabilidad. Una versión menos crítica puede verse en FUNES (1994: 33, 47, 88, 110-111) y en LARRAURI (1997:185-186). En mi opinión los principios de legalidad y culpabilidad no resultan infringidos; el de igualdad, sí.

(10) Véase más ampliamente en SCHEERER (1986: 108).

múltiples alusiones al «estado de naturaleza», parece que el objeto de justificación es lo que él denomina la «forma jurídica» de la pena. Ahora bien, si el énfasis es en la necesidad de respetar una regulación jurídica ello no es aún suficiente para declarar justificado el derecho penal.

Ha advertido Zaffaroni (1990: 82), en mi opinión correctamente, que:

«Las críticas de Ferrajoli al abolicionismo parecen centrarse en ciertas simplificaciones del mismo, como puede ser la pretensión de suprimir al sistema penal dejando todos los conflictos sin solución (...), o bien, suprimir el derecho penal –como discurso jurídico– dejando intacto todo el ejercicio de poder de las agencias del sistema penal».

La segunda duda que me surge es si Ferrajoli justifica «la pena» o la pena de prisión. La respuesta posible es ambas, ya que Ferrajoli asume un concepto de pena que no excluye la pena de prisión. En consecuencia, aun cuando está dispuesto a abolir la pena de prisión, no está dispuesto a elaborar un concepto de pena que vete de su catálogo a la pena de prisión.

Y paradójicamente Ferrajoli (1989: 420) rechaza como pena la reparación debido, en su opinión, a que la pena sólo puede consistir en una privación de derechos pero no en una obligación de resarcir. Parece evidente que el rechazo a la reparación no puede sustentarse en una disminución de garantías (11) y más bien lo que parece latir bajo este rechazo es una renuncia a alterar la forma en que se concibe hoy el derecho penal y permanecer anclados en una separación «ontológica» entre derecho civil y derecho penal.

La tercera dificultad con la que tropiezo es su criterio para declarar justificada una pena. Según Ferrajoli para que la pena (también la de prisión) esté justificada debe ser capaz de cumplir las finalidades que se le asignan, esto es, de prevención de delitos y venganzas.

Parece obvio, no obstante, que no basta con el cumplimiento de las dos finalidades mencionadas para que una pena esté justificada. Por poner un ejemplo provocativo, pero claro, la pena de muerte puede ser preventiva y servir para evitar venganzas informales o linchamientos. Sin embargo, evidentemente, Ferrajoli la descarta por representar una vulneración de los derechos humanos. La cuestión que se me plantea es ¿por qué razón Ferrajoli no está dispuesto a argüir que la pena de prisión es también una vulneración de derechos humanos? (12).

(11) Véase más amplio en LARRAURI (1997: 177-179).

(12) También el discurso penalista debiera precisar, en mi opinión, si, de acuerdo con los diversos criterios de justificación utilizados para defender el derecho penal, se requiere específicamente la pena de prisión.

Adicionalmente, de acuerdo con Ferrajoli, para que una pena esté justificada debe probarse que cumple con las finalidades antes expuestas. En este sentido Ferrajoli (1995: 325) distingue doctrinas de justificación (criterios valorativos que sólo pueden rebatirse con argumentos normativos) y justificación (comprobación empírica de los fines preconizados).

Entiendo como un avance de la teoría de Ferrajoli que no declare la pena justificada hasta que no se pruebe empíricamente la correspondencia entre el fin que debe servir y la función que efectivamente cumple, superando con ello la creencia de que basta la alegación de la prevención de delitos para creer que la pena está justificada (falacia normativista).

Ahora bien, esta comprobación requiere no solo demostrar que la pena (en concreto de prisión) previene, sino que previene al menor coste que otro medio punitivo menos lesivo (Nino, 1980: 428). En este caso no consigo convencerme de por qué la pena de prisión es el medio menos lesivo para garantizar el fin de prevención de delitos o de venganzas privadas respecto de otro tipo de medidas preventivas o coactivas de severidad inferior (13).

Yo pienso, además, que la comprobación empírica que se nos pide es imposible (prevención de delitos y venganzas a un menor coste que si la pena no existiera), pero ello sólo hace que destacar que lo que aparece como una demostración fáctica es en el fondo una opción valorativa. Y por tanto, en atención a distintas posiciones ideológicas, puede defenderse que la pena de prisión siempre representa un costo mayor, o presumirse que éste es menor.

La cuarta y última duda que expongo se refiere a los requisitos para declarar una pena no justificada. En un principio parecería que si se consiguiese demostrar que la pena de prisión no previene, la conclusión debiera ser que no está —de acuerdo a una doctrina de justificación que la justifica por ser preventiva— justificada.

Sin embargo, me desconcierta el razonamiento de Ferrajoli (1995: 326) y que si he entendido bien se expresa del siguiente modo: La prueba empírica afecta a una pena concreta cuando se demuestra no sólo que no previene delitos o venganzas sino que no está en dis-

(13) De la misma forma el discurso penalista tiende a defender la eficacia preventiva de «la pena» sin especificar si ello requiere ineludiblemente la pena de prisión. Como observa ZAFFARONI (1991), en su respuesta a NINO (1991), no hay obstáculo en afirmar la eficacia preventiva de «la pena» y luego utilizar como ejemplo de esta eficacia preventiva una sanción administrativa.

posición de prevenir, esto es, se plantea un objetivo que además de irrealizado es irrealizable.

Me desconcierta porque no veo la forma de convencer al lector escéptico punitivo de que ello no ha sido realizado pero es realizable. Imaginemos la discusión con un norteamericano. La pena de prisión no previene delitos. Respuesta: es porque no se aplica con suficiente certeza o con suficiente severidad, pero la pena de prisión está justificada por el fin de la prevención de delitos (14).

En conclusión, es desalentador que la doctrina de justificación elegida por Ferrajoli, de prevención de delitos y venganzas, permita legitimar la pena (también de prisión) al sustraerla de una comprobación empírica irrefutable. Y me produce desazón la escasa atención destinada a declarar la pena de prisión ilegítima. Por ello, hubiera preferido que, con todas las dificultades, se intentara elaborar una justificación del derecho penal y un concepto de pena que vetasen el recurso a la prisión.

En cualquier caso, espero haber conseguido mostrar que el debate es complejo y, en mi opinión, no se le hace justicia cuando se simplifica en forma disyuntiva de «garantías sí», «garantías no», en vez de evidentemente garantías sí, pero ello no implica asumir el derecho penal en su forma actual, que se caracteriza no sólo por asegurar unas garantías sino por estar presidido por el objetivo de castigar en vez de solucionar o neutralizar el conflicto, por imponer unas penas al infractor que consisten en privarle de libertad y por negar autonomía a la víctima.

Hasta el momento he alegado dos motivos por los cuales la discusión entre abolicionismo y garantismo puede estancarse (15). Estos dos motivos son: la crítica de «ausencia de garantías» sin indicar cuales, o a cambio de qué ventajas, o con cuales transformaciones, siempre puede esgrimirse contra cualquier propuesta descriminalizadora y, el segundo, que por la propia falta de concreción de los términos utilizados se llegue a un estado de grave confusión.

Quisiera para terminar, advertir que, en mi opinión, sería de lamentar, desde un punto de vista político criminal, que esta discusión nos hiciera olvidar que el objetivo inicial del abolicionismo era la

(14) El diálogo es inventado, pero reproduce los argumentos de los partidarios de la pena de muerte cuando rebaten que esta no tiene efectos preventivos, arguyendo que difícilmente puede tenerlos porque se aplica de forma muy excepcional.

(15) Debería destacarse que esta no es la única polémica desde la criminología crítica. Los «realistas de izquierda» (YOUNG, 1998: 39) acusan al abolicionismo de prestar poca atención a las condiciones de justicia social que reducirían el delito y no sólo el castigo.

abolición de la pena de prisión. Y si los abolicionistas han de extremar su atención en aras de salvaguardar las garantías de las personas en cualquier alternativa a la pena o al sistema penal, los garantistas no debieran olvidar que estas garantías debieran conducir a aplicar una pena distinta de la pena de prisión (16).

II. GARANTISMO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL: (PREVENCIÓN DE «VENGANZAS PRIVADAS»)

«Los estados modernos organizados en gobiernos democráticos prescinden de leviatanes hereditarios, pero no han encontrado la manera de prescindir de las desigualdades de riqueza y poder respaldadas por un sistema penal de enorme complejidad. Con todo, la vida del hombre transcurrió durante treinta mil años sin necesidad de reyes ni reinas, primeros ministros, presidentes, parlamentos, congresos, gabinetes, gobernadores, alguaciles, jueces, fiscales, secretarios de juzgado, coches patrulla, furgones celulares, cárceles ni penitenciarias. ¿Cómo se las arreglaron nuestros antepasados sin todo esto?»

Marvin Harris (1993: 6).

En su crítica a las posiciones abolicionistas Ferrajoli (1995: 249-252; 337-338; 341-343) expone los peligros que comporta la abolición del derecho penal. En su opinión la desaparición de éste conllevaría o bien la existencia de una anarquía punitiva —en la que a toda comisión de delito le seguiría una respuesta estatal o social salvaje—, o bien la existencia de una sociedad disciplinaria —en la cual la comisión de delitos sería fácticamente imposible por la existencia de una vigilancia social o estatal omnipresente.

Frente a estas perspectivas, denominadas «utopías regresivas», surge el derecho penal mínimo como alternativa progresista (Ferrajoli, 1995: 341) (17).

La crítica de Ferrajoli a las posiciones abolicionistas extrae su fuerza de dos imágenes. Una primera proviene del pasado y contrapone el «estado de la naturaleza», en el que presuntamente regía la

(16) Vale la pena releer las ocho poderosas razones que MATHIESEN (1986: 88-92), un abolicionista destacado por su compromiso cívico, aporta en contra de la prisión.

(17) Indudablemente no el derecho penal como es ni como ha sido, que FERRAJOLI (1995: 603) reconoce como una historia de horrores (la de las penas) y de errores (la de los juicios), sino como debiera ser. Es este deber ser del derecho penal el que, eventualmente en la medida que se cumpla, justifica su existencia.

«ley del más fuerte» (18), a la existencia de un «estado de derecho» en el cual el poder se ejerce de acuerdo a unas reglas.

La traducción de esta metáfora al derecho penal es ampliamente conocida y compartida por el discurso penalista que acostumbra a contraponer «venganza privada» y «pena», como correspondientes a cada una de las épocas mencionadas.

La segunda imagen, utilizada por Ferrajoli para criticar las propuestas abolicionistas, se basa en una determinada visión del futuro y en concreto en Foucault (1984: 312-314) quien, como es conocido, evocó la visión de un archipiélago carcelario. El pronóstico de Ferrajoli es que, en ausencia de derecho penal, surgiría una «sociedad disciplinaria», cuya regulación impediría la posibilidad de delinquir al coste de una vigilancia omnipresente.

Esta imagen también tiene una traducción en el ámbito, en este caso, criminológico como es la creencia de que todos los castigos alternativos a la pena de prisión representan un aumento del control social (19).

Debido a la dificultad de hacer pronósticos de futuro, acerca de qué tipo de sociedad acompañará a la desaparición de la cárcel, me centraré en la versión histórica asumida por Ferrajoli.

II.1 La privatización del derecho penal

Como he expuesto, la crítica al discurso abolicionista parece basarse en la convicción de que en ausencia de pena pública (reacción estatal) se produce una «venganza de sangre» (respuesta privada), la cual es más violenta. En esta línea, Ferrajoli (1995: 487) contrapone la época pre-moderna, denominada arcaica y ius-privatista, a la época moderna. La primera aparecería caracterizada por la «venganza privada» (que acostumbra a ser denominada «venganza de sangre» o incluso «precio de la sangre») y la segunda fase se caracteriza por la «pena pública».

(18) FERRAJOLI parece asumir que en el «estado de naturaleza» ya existía dominación de ahí que imperase la ley del «más» fuerte en ausencia de regulación; podríamos asumir con HARRIS (1993: 13) que en el «estado de naturaleza» imperaba el igualitarismo.

(19) Como se advirtió rápidamente, realizar esta crítica de forma global era además de errónea científicamente –¿cuál es el «poder disciplinario» de la pena de multa?–, contraproducente, desde un punto de vista de política criminal, pues conducía a un inmovilismo absoluto. Véase ampliamente COHEN (1987); un resumen en LARRAURI (1991: 59-60).

«Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. (...) En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada –las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas– no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial» (Ferrajoli, 1995: 333).

Si bien Ferrajoli (1995: 287, nota 31; 346, nota 16 y 17; 522, nota 93) documenta su visión histórica, ésta no es la única versión de la que hoy disponemos. Al respecto me gustaría introducir algunas reflexiones, aún inacabadas, que he extraído de la lectura de diversos estudios penales históricos (20).

En primer lugar no acierto a comprender en qué sentido se utiliza el concepto de venganza privada. Si con ello se pretende expresar la «entrega del delincuente a la víctima», debo manifestar que no alcanzo a vislumbrar en que época ello sucede.

Más bien, desde la época de Grecia (s.VII a.C.) lo que nos muestran los estudios históricos es la intervención de poderes públicos en los conflictos que afectaban a las partes. Así, por ejemplo, la existencia de la asamblea de ciudadanos en Grecia, de consejos locales de ancianos en las civilizaciones antiguas de Mesopotamia, Asiria o Israel, o las asambleas de magistrados del Imperio Romano (Peters, 1998: 4-14) (21).

(20) Me baso en los siguientes textos: para Inglaterra HAY (1975), LENMAN-PARKER (1980), PETERS (1998) y SPIERENBURG (1998); para España TOMÁS Y VALIENTE (1992) y PETIT (1991); para Portugal HESPANHA (1987; 1990); respecto de Alemania FREHSEE (1987).

(21) Es cierto que PETERS (1998: 14) también advierte que la dureza de las penas previstas en las Doce Tablas «(...) sugieren que estos castigos surgieron originariamente como sustitutivos de la venganza privada».

Como no pretendo cerrar prematuramente la discusión, plantearé abiertamente las dos dudas que me acompañan: a) ¿Hubo una época en la que rigió la autotutela sin ningún tipo de intervención de un tercero ajeno al conflicto?; b) ¿Era este tipo de respuesta privada más violenta que la que ejecutaría posteriormente una autoridad pública?

El derecho penal era «privado» en la medida en que reconocía un *poder de disposición a la víctima* para iniciar el proceso o para finalizarlo (mediante, por ejemplo, el perdón). El derecho penal era también «privado» por el carácter de algunas penas como, por ejemplo, la composición o indemnización dirigido a la víctima, o incluso las ergastulas (cárcel privada).

Pero ya se estudie el proceso o se consideren las penas, lo que en todo caso se requería era la intervención y aprobación de una autoridad pública (Spierenburg, 1998: 45). En consecuencia, parece erróneo asumir una contraposición entre público y privado y pareciera más apropiado partir de una ambigüedad en los límites existentes entre lo, que hoy denominamos, «público» y «privado».

La segunda duda que me surge al leer la exposición histórica de Ferrajoli se refiere a la época en la cual se sitúa el apogeo de la «venganza privada». En ocasiones la «venganza privada» parece retrotraerse a épocas remotas indocumentadas, pero, en otras, se sitúa en la época pre-moderna.

Siguiendo a Hespanha (1990: 181) me parece que el término de «venganza privada» es inapropiado para describir la época previa a la formación del Estado Moderno. Por «venganza privada» parece aludirse al poder de la víctima, del ofendido. Sin embargo, la característica del poder punitivo en la Edad Media es su dispersión en un conjunto de poderes, repartidos entre los distintos señores feudales, la Iglesia, la comunidad local, el padre de familia o el ejercito. Reducir estos *poderes penales dispersos* al título de venganza privada no permite comprender como funcionan los poderes punitivos en una época previa a la aparición del Estado moderno (22).

Mi tercera duda se refiere en esta ocasión al tipo de respuestas que acostumbra a considerarse como «venganza». El término venganza privada parece utilizarse como sinónimo de respuestas sangrientas («represalias, duelos, linchamientos, ejecuciones sumarias o ajustes de cuenta»). Sin embargo, en mi opinión, *es erróneo equiparar penas «privadas» con «venganza de la sangre»*.

Por los textos que he podido consultar la víctima dispone, además de la posibilidad de matar a su ofensor (desde luego no en todos los delitos, e incluso en estos no a toda persona que los realizara), de la posibilidad de exigir compensación, de la posibilidad de encerrar en

(22) Como pone también de manifiesto PETIT (1991: 21, 34, 54) en su estudio sobre el derecho penal en la Hispania visigoda de los siglos VI-VII, «Real o señorial el *ius puniendi* es oficial, lo que ahora interesa entender como excluyente de toda idea de venganza privada en el derecho de la sociedad hispanotoledana» (1991: 14).

una cárcel, de la posibilidad de perdonar con o sin precio, o de la posibilidad de recurrir a terceros, como un notario, o el líder de la comunidad, para evitar el proceso (Lenman-Parker, 1980: 18-22).

Pienso que la lista expuesta por Ferrajoli, además del equívoco de denominar a este tipo de reacciones «privadas», tiende a enfatizar el carácter «sangriento» de cualquier tipo de reacción privada, ignorando que la respuesta privada, entendiéndola por tal la que reconoce un poder de disposición a la víctima, no revestía siempre el carácter letal que parece atribuírsele (23).

La cuarta y última duda que me surge, muy vinculada a la anterior, cuando leo la evolución histórica expuesta por Ferrajoli es que este autor parece presumir que el tránsito de «venganza privada» a «pena pública» conllevó una *disminución de la violencia*.

En esta línea es significativo que la respuesta privada sea caracterizada siempre como «venganza» (de la sangre) y, por el contrario, la venganza pública merezca el título de «pena» a pesar de su carácter brutal. Me parecería más correcto destacar que, en ambos casos, estamos frente a respuestas que son más o menos brutales en atención a la época histórica y no en atención a quien la ejerce.

Además, pienso, no se debe desconocer la dificultad de comparar «el grado de crueldad» pues ello depende, como manifiesta Spierenburg (1998), de múltiples factores como, por ejemplo, las sensibilidades de una época histórica, la relación existente con el cuerpo, la importancia de determinados valores o bienes y también, en últimas, del grado de aplicación de las penas previstas en los textos legales (Hespanha, 1987: 518-519; 1990: 195-196; Hay, 1975: 23; Lenman-Parker, 1980: 12-14) (24).

(23) Ambos puntos que intento mostrar, esto es, la ambigüedad del concepto «privado», debido a la intervención de los poderes públicos y el equívoco del término «venganza» pueden verse por ejemplo en TOMÁS Y VALIENTE (1992: 46-47). La primera institución que este autor examina bajo el rótulo de «venganza privada» es el perdón (sic). Por otro lado, el perdón era «privado» pero existía un proceso, una pena, y el monarca podía incluso negarle efecto si la persona era condenada a la pena de galeras.

(24) A título de ejemplo el estudio de PETIT (1991: 33-34; 41-60) del derecho penal en la Hispania visigoda (s.VI-VII) muestra la existencia de las siguientes penas: castigos espirituales (penitencia, excomunión, anatema, reclusión en el monasterio); castigos corporales (azotes, pena de muerte, amputación y decapitación); castigos económicos (multas o composiciones, reparación, confiscación); penas diversas (reducción a esclavitud, entrega del reo a la familia, deportación, infamia, pérdida de jerarquía y amonestación). Como se puede observar el listado de penas aparece hoy como penas atroces, pero, aun manifestando sus cautelas por este tipo de comparaciones, Petit (1991: 41) concluye: «Así, si aceptamos que la frecuencia de penas corporales vale como índice de la crueldad de un sistema penal concreto, la conclusión relativa al visigodo hablaría a favor de su "humanismo" (...)».

La tesis implícita de que la privatización del derecho penal era más violenta se ve contradecida cuando se comparan el modelo restitutivo (germánico) basado en la restitución y el modelo punitivo (romano). El choque de ambos sistemas, entre aproximadamente los siglos xii y xix y el triunfo último del modelo punitivo (Lenman-Parker, 1980: 23-32) (25), no creo que deba ser presentado ni como un proceso pacífico ni guiado por el interés de pacificar a la víctima.

No creo que el proceso de expropiación del poder punitivo, residente en las comunidades feudales y en el cual la justicia real jugó un papel decisivo, al favorecer la concentración del poder punitivo, pueda ser presentado como un proceso guiado por el objetivo de pacificar la sociedad, sino de robustecimiento del poder y de los intereses de la monarquía frente a la nobleza local díscola o frente al propio poder eclesiástico (Tomás y Valiente, 1969: 23-46).

No creo tampoco que pueda presentarse como un proceso pacífico, porque para que el derecho penal real pudiera imponerse debió usar la violencia para desproveer a los poderes periféricos del *ius puniendi*; debió amenazar con penas tanto más elevadas cuanto más ineficaces; debió constituir nuevos delitos que protegiesen al monarca; debió cambiar el carácter de las penas, abandonando cualquier atisbo de justicia restitutiva, para que estas sirvieran los intereses del Imperio (Gacto, 1990: 516-517).

En definitiva, el tránsito progresivo de un derecho penal «privado» disperso a un derecho «público» concentrado debiera destacar que este proceso fue violento y que comportó *la expropiación del poder de castigar del ofendido*, que se plasmaba en su poder de denunciar, en su poder de castigar y perdonar y en su poder de orientar la pena a la satisfacción de sus intereses.

II.2 La violencia arbitraria (26)

Planteados algunos de los interrogantes que me surgen al leer la visión histórica de Ferrajoli, podría, no obstante, replicarse que el

(25) Para evitar alargarme excesivamente he presentado la contraposición de ambos modelos sin ulteriores matices. Es conveniente leer el interesante estudio de LENMAN-PARKER (1980) acerca de cómo va fraguándose la distinción entre los aspectos compensatorios y punitivos hasta el surgimiento de dos órdenes jurídicos diversos.

(26) He decidido utilizar este concepto porque creo expresa mejor lo que queremos evitar. Como se verá a lo largo del apartado, no son «privadas», porque lo que preocupa fundamentalmente a FERRAJOLI es la violencia ejercida por fuerzas del propio Estado, paramilitares, no sometidas a ningún control jurídico. Consecuentemente, no son «venganza», pues no creo que sólo actúen como respuesta a delitos, en defecto de que lo haga el sistema penal.

problema es que en la actualidad se produzcan, en defecto de pena, violencias arbitrarias.

Ante todo debiera recordarse que la negativa del abolicionismo a adoptar una lógica punitiva no equivale a «no hacer nada». Si bien el riesgo de reacción popular es verosímil en los supuestos en los que no existiera ninguna reacción, se puede pensar en dar respuestas, reguladas por el derecho, denunciadoras, reparadoras o neutralizadoras.

No encuentro argumentos convincentes para rebatir el porqué estas respuestas están en inferioridad de condiciones para evitar una respuesta popular de carácter incontrolado.

Es cierto que se podría alegar que la víctima «no se conformará». Pero esta línea de razonamiento nos muestra claramente el problema de acudir a las ansias punitivas para justificar la necesidad de la pena. Por un lado, cuando menos desde una teoría de la justicia, no aceptaríamos como válida este tipo de argumentación para defender determinadas penas o la imposición de una pena (27). No aceptaríamos como argumento «lo que puede pasar si», porque presumimos que el Estado debe contrarrestar y no plegarse a estas demandas (Jäger, cit. por Frehsee, 1987: 99).

Por otro lado, en la misma línea, Nelken (1993: 282) cuestiona si es suficiente para justificar la pena la posibilidad de que, en su defecto, se produjera una reacción informal. Así se pregunta si es lícito derivar la pena –deber de castigar– de la existencia de un mal –la venganza– y si ello no representa caer en la tan temida falacia de Hume.

«Por qué –se podría objetar– no afrontar el problema de la venganza, en vez de presuponer la existencia y consiguiente necesidad de la pena» (Nelken, 1993: 293).

En definitiva, me parece que una cuestión es, como he manifestado anteriormente, requerir una respuesta, otra distinta es mantener que ésta debe adoptar una determinada forma (p.ej. punitiva o incluso determinando la pena concreta de prisión) (28). Pienso que una respuesta pública de carácter denunciador, reparador o neutralizador, puede ser suficiente para evitar el surgimiento de venganzas (29). Más aún, la demostración de la existencia de ansias punitivas no suministraría, en mi opinión, un argumento suficiente para justificar la pena.

(27) Aludo con ello al eterno problema con que tropieza el utilitarismo cuando se le plantea la hipótesis de condenar al inocente para evitar males sociales mayores.

(28) Ello es admitido en ocasiones por el propio FERRAJOLI (1995: 412) cuando afirma que la venganza privada no se satisface actualmente con la cárcel sino con los medios de comunicación y la rapidez del proceso.

(29) Cuando el Consejo de Europa en 1984 aprobó el Convenio para la Compensación a las Víctimas de Delitos Violentos recogió la misma justificación, la nece-

Aun cuando no me parece convincente que la existencia de violencias arbitrarias proporcione un argumento concluyente para justificar la pena podríamos, de todos modos, investigar si por lo menos la presunción es cierta, esto es, si una decidida aplicación del derecho penal evita en efecto el surgimiento de venganzas privadas.

Ello no parece demostrado. Como expone Steinert (1980: 330), los ejemplos contemporáneos de venganza privada niegan la tesis de que el derecho penal sirva para limitarlas. En este sentido, Steinert recoge las investigaciones empíricas norteamericanas que muestran que los Estados en donde más penas de muerte se ejecutan son también los Estados en donde se producen más linchamientos. Esta constatación conlleva una conclusión contraria a la hipótesis que preconiza que la pena evita estas formas de justicia privada.

Ello no es totalmente sorprendente pues la presunción de que la pena evita venganzas privadas parece ignorar que la hipótesis contraria, esto es, que las demandas punitivas se modelan de acuerdo a la respuesta del sistema penal, es igualmente plausible (30).

Como observa Frehsee (1987: 98-108), el discurso penalista tiende a partir de que hay un «espíritu de venganza» que el derecho penal debe limitar. Sin embargo, asumir unas ansias punitivas preexistentes e invariables implica desconocer que hay numerosos aspectos que aún están siendo investigados, como, por ejemplo, ¿qué grupos sociales son más susceptibles de manifestar ansias punitivas?, ¿cómo se crean o incrementan?, ¿qué expresan estas demandas punitivas? o ¿qué relación guardan con el grado de victimización?

La última pregunta es especialmente pertinente porque, como han revelado diversas investigaciones criminológicas (Sessar, 1986: 91-96; Frehsee, 1987: 147-148), la demanda de pena más severa se produce generalmente por parte de gente que no ha sido directamente victimizada (31). La propia víctima, como han mostrado estas

sidad de pacificar a la víctima. En consecuencia, la «pacificación» de la víctima sirve tanto para justificar la compensación como la punición. Y si no estamos dispuestos a que sean las (presuntas) ansias punitivas de la víctima las que decidan la respuesta, la opción debiera hacerse en base a otros valores.

(30) JEAN PIERRE MATUS me proporcionó un ejemplo que pienso puede contribuir a ilustrar este aspecto. En los países en los que la pena de muerte está prohibida, las discusiones acerca de qué hacer frente a los casos más graves asumen como límite máximo la cadena perpetua (o la prevista legalmente). Por el contrario, en los países en los que está vigente la pena de muerte, frente a los casos más indignantes publicados, la población tiende a reclamar su aplicación.

(31) En la demanda de penas severas influyen sin duda múltiples factores: el tipo de delito, el conocimiento del delincuente, la cercanía en el tiempo y las alternativas existentes son sólo algunos de ellos.

mismas investigaciones, en ocasiones quiere renunciar a la pena a cambio de una reparación, pero es precisamente el Estado y la concepción de la pena pública la que fuerza su imposición. En estos casos parece difícil sostener la afirmación que el derecho penal representa una disminución de la violencia respecto de la respuesta privada.

Hasta el momento, como he destacado, Ferrajoli (1995: 332-333) constantemente defiende la necesidad del derecho penal para evitar la venganza informal, salvaje, arbitraria, equiparándola a venganza privada. Sin embargo, en su réplica a las críticas de Nelken, Ferrajoli (1993: 489) matiza que él no identifica prevención de la punición informal o excesiva con venganza privada:

«Yo he sostenido al propio tiempo una tesis más compleja y más simple: que el segundo objetivo justificante de la pena es la prevención de punición «arbitraria» e «informal», como por ejemplo la venganza, pero también como, y diría que sobre todo, las reacciones de tipo policial e ilimitado que sucederían por parte de fuerzas y de la autoridad estatal si el derecho penal no existiese».

En consecuencia, a tenor de los ejemplos utilizados por Ferrajoli (1993:489-490) de ejecuciones sumarias, torturas, malos tratos, parece que el derecho penal se justifica por lo que el Estado haría en ausencia de un sistema de garantías.

Fundamentalmente el derecho penal sirve para evitar reacciones excesivas por parte del propio Estado. El argumento así varía, frente a un poder penal concentrado desregulado en manos del propio Estado (y no la imagen de la venganza privada), es mejor un poder sometido a garantías. Desde luego.

La primera paradoja que surge es si es válida este tipo de argumentación. A mí no me parecería convincente que un argumento en favor de la pena de muerte fuera que en caso contrario podríamos ser víctimas de los escuadrones de la muerte.

La segunda paradoja es, de nuevo, que admitir la necesidad de someter el poder del Estado a límites garantizados normativamente no conlleva asumir todo el modelo punitivo. La regulación jurídica de todo poder es defendible, pero ello no implica que además no se puedan plantear cambios respecto de la forma en que está articulado este poder.

Y la tercera es, si no presume demasiado para el derecho penal el pensar que este es el instrumento adecuado para evitar violencias arbitrarias. Si observamos los ejemplos contemporáneos en los cuales se suceden ejemplos de «guerra sucia» y partiendo de la complejidad de

las razones, puede especularse que ello obedece a un defecto de aplicación del derecho penal, pero el examen de otros episodios de violencia arbitraria nos muestra que tienen poco que ver con la aplicación o no del derecho penal (32).

Por ello, una estrategia alternativa, pero no excluyente, a la necesidad de regular, sometiendo a límites, consiste en reducir el poder punitivo del Estado. La concreción de esta posibilidad quizá sería posible abogando por un modelo de justicia restauradora, que vetase determinados tipos de penas como la prisión (por su carácter exclusivamente punitivo) y concediese un mayor protagonismo a la víctima (para juzgar y para determinar la respuesta) (33). Este poder reducido debería ser, obviamente, sometido a garantías.

RECAPITULACIÓN: No creo que el modelo de «derecho penal restitutivo» pueda ser presentado como «venganza privada». Asimismo me parece cuestionable que el modelo de «derecho penal punitivo» surgiera para limitar la «venganza privada». Tampoco me parece convincente argüir que en nuestras sociedades contemporáneas la única forma de evitar violencias arbitrarias sea mediante la imposición de una pena. Pienso que se requiere una respuesta, pero no es obligado que esta respuesta esté presidida por la lógica punitiva en vez de denunciatoria, reparadora, protectora o neutralizadora.

Si los argumentos expuestos hasta el momento son plausibles, la consecuencia es que el miedo a las «venganzas privadas» o reacciones estatales incontroladas, no suministran una justificación al modelo de derecho penal basado en la punición del delincuente.

En mi opinión, una justicia restauradora (van Ness, 1990) está en condiciones de evitar también este riesgo, en la medida que cumple los dos requisitos que pienso son esenciales, la de someter el poder a una regulación jurídica y la de otorgar una respuesta que, al tiempo de orientarse a la resolución del conflicto, permita denunciar el daño social realizado (Günther, 1989: 45-48) y atribuir responsabilidades.

(32) En otro contexto, MELOSSI (1991: 20,26) denomina «jurista ingenuo» a quien manifiesta esta confianza en las leyes, sin atender a su relevancia o funcionamiento.

(33) Aquí persiste el interrogante planteado en la Introducción: y ¿porqué es ello distinto del derecho penal? Pienso que un modelo de justicia restauradora es distinto del derecho penal porque, a pesar de admitir medidas coactivas, se orienta a la reparación de la víctima o neutralización del conflicto y no a punir al delincuente.

III. GARANTISMO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL: (LA PREVENCIÓN DE DELITOS)

«En palabras breves y claras: La prevención general funciona respecto de los que no la «necesitan». Respecto de los que la «necesitan» no funciona. Esta conclusión se deriva del marco de referencia comunicativo. La estructura de signos donde aterriza y se interpreta el mensaje preventivo y el contexto de interpretación donde se recoge y traduce el mensaje, es de una naturaleza tal que la señal no es efectiva y el mensaje no se entiende en la forma que el emisor pretendía. En un contexto de problemas complejos relacionados con el alcohol, la familia, la situación laboral y educativa, que, conjuntamente, constituyen la estructura relevante de signos y el contexto de interpretación, la señal no se interpreta como una (amenaza de) sanción preventiva o mensaje educativo. Más bien se interpreta por ejemplo como más opresión, más intento de moralización o más expresión de rechazo».

Thomas Mathiesen (1990: 68)

En el apartado anterior he concluido que, en mi opinión, el riesgo de venganzas privadas no es apto para proporcionar una justificación del derecho penal. Si el razonamiento expuesto en el apartado precedente es aceptado, ¿existiría alguna otra justificación de la pena? La opinión de Ferrajoli es afirmativa, como se deduce de su polémica con Nelken.

Nelken (1993: 294-295) cuestiona el modelo de justificación del derecho penal de Ferrajoli en aquellos ámbitos que podríamos denominar «delitos sin venganza». Así, por ejemplo, Nelken observa la ausencia de reacción en algunas situaciones debido a que la gente no los reprueba (piénsese en el denominado delito de cuello blanco); en otras porque no se es consciente de que ha sido víctima de un delito (piénsese en los delitos contra los consumidores, en los delitos contra el medio ambiente); en otros casos porque la víctima del delito goza de escasa consideración social (piénsese en aquellos delitos realizados contra grupos minoritarios) (34).

En su respuesta, Ferrajoli (1993: 494) admite que en bastantes casos no existiría reacción privada, pero en estos recurre al fin de la prevención de delitos para justificar la existencia de derecho penal. Cuando falla uno, resurge el otro, como criterio exclusivo de justificación.

(34) También ZAFFARONI (1990: 83) destaca la falta de respuesta «privada» que ha seguido a la comisión de auténticos genocidios por las dictaduras del siglo XX.

El recurso a la prevención se me antoja objetable por dos argumentos que anticipo: a) las investigaciones criminológicas no han podido hasta el momento suministrar un apoyo irrefutable al hecho de que la pena previene (o no); b) en consecuencia, la prueba empírica que Ferrajoli requiere para declarar la pena justificada es de imposible realización.

III.1 El mito de la prevención general (35)

El título pretende alertar acerca de que ninguna investigación criminológica, de la que tengo conocimiento, ha conseguido contestar de forma definitiva a la pregunta de si la pena previene delitos. Si pensamos en el importante rol que juega la prevención de delitos en la justificación del derecho penal, es motivo de asombro que ninguna de las numerosas investigaciones realizadas haya sido capaz de aportar una conclusión irrefutable a la pregunta planteada.

En efecto, una de las cuestiones más dudosas y discutidas es la capacidad del derecho penal para prevenir delitos y la posibilidad de comprobar empíricamente que cualquier disminución del delito obedece a la existencia o severidad de una pena en vez de a factores sociales, culturales, económicos o de otra índole.

Como manifestó el panel de la *National Academy of Sciences* (Blumstein-Cohen-Nagin, 1978: 5-7), favorable a la presunción de la prevención de las penas, cualquier intento de extraer una conclusión incuestionable tropieza con las siguientes dificultades: errores en la medición de la tasa de delitos, confusión entre los efectos incapacitadores y preventivos y la imposibilidad de aislar los diversos factores concurrentes de forma simultánea.

Anticipo que la imposibilidad de alcanzar una conclusión cierta en este aspecto tiene consecuencias para la teoría garantista, pues, como veremos posteriormente, Ferrajoli (1995: 325) requiere la prueba del cumplimiento de la finalidad –prevención de delitos– para declarar la pena justificada.

Debido a que carecemos de una prueba concluyente, lo que sí podemos es repasar lo que hemos aprendido a través de diversas

(35) Me centro ahora exclusivamente en la pena de prisión y no en «la pena». Pienso que si consigo convencer de que la pena de prisión no es preventiva habría conseguido también el mismo objetivo respecto de las penas de inferior severidad. La objeción a esta conclusión podría surgir si alguien demostrase que la pena de multa tiene unos efectos preventivos inferiores pero sus costes son también inferiores. En este caso, de acuerdo a una doctrina de justificación utilitarista, la pena de multa quedaría justificada.

investigaciones criminológicas y que sirve para sembrar algunas dudas acerca de la presumida función preventiva de la pena. De estos conocimientos extraigo:

En primer lugar para que el derecho penal prevenga debe ser conocido. Indudablemente los delitos que coinciden con normas morales y sociales enseñadas por todos los subsistemas normativos son conocidos, así se suele pensar siempre en «homicidios, violaciones o robos».

Sin embargo, paradójicamente, los delitos más utilizados para justificar el derecho penal, son precisamente los que menos amenaza de pena requieren, al estar «prohibidos» por normas religiosas, sociales o culturales. Respecto de ellos la hipótesis es que la pena poco aporta (36).

Respecto de los delitos que no están respaldados por otro tipo de norma, ya por su carácter novedoso o por tratarse exclusivamente de infracciones de normas técnicas, es posible que en la lista de factores que explican su no comisión la amenaza de pena tenga una mayor relevancia. Pero, generalmente, estos son los delitos que acostumbran a citarse como ejemplos en los que es posible proceder a una descriminalización y en los cuales un adecuado control administrativo sería suficiente (37).

Asimismo «conocer» la ley no equivale a estar en grado de identificar todo acto como delito. Las víctimas pueden conocer la ley, pero no identificar este acto concreto como delictivo y definirlo como un inconveniente, accidente o tragedia. Cualquier definición alternativa, más probable como más se aleja el comportamiento de los delitos que mayor publicidad reciben o como más se aleja la persona del estereotipo de delincuente, implica que el hecho no será denunciado. Respecto de los hechos que permanecen en la oscuridad («cifra oscura») la capacidad preventiva del derecho penal se ve anulada (38).

(36) En estos casos la mejor explicación de porqué la persona infringe la norma apunta no a la disconformidad con los valores sino, además de otros factores, a la interpretación de cuando está justificado vulnerarlos.

(37) Desconozco porqué en determinados ámbitos (de, por ejemplo, bienes colectivos) se está más dispuesto a aceptar la descriminalización. Quizá debido a que es difícil observar la línea causal entre acción y daño social, o debido a que se piensa que la realización del daño no es intencional, o debido a que asumimos que «todos» podríamos realizar estos delitos y para «nosotros» una sanción administrativa sería suficiente. En cualquier caso, lo que se observa es que la posibilidad de descriminalizar dice poca relación con el daño objetivo de una determinada acción y más, creo, con personalidades asociadas a tipos de delito.

(38) Aun cuando no faltan opiniones que paradójicamente manifiestan que en determinados ámbitos es precisamente la no aplicación del derecho penal lo que tiene efectos preventivos. El argumento es que su aplicación constante permitiría descubrir la alta cifra oscura y cuestionar el valor que se pretende proteger (Popitz, 1968).

Por otro lado, algunos infractores pueden «conocer» la ley pero pensar que en este caso su actuar no es delictivo (por no incluirse en el tipo penal o creerlo justificado) (39), viéndose también en estos casos anulado el efecto preventivo.

Además, ¿qué debe ser conocido la ley o cómo se aplica en la realidad? porque una ley severa no tiene efecto preventivo si todos sabemos que los policías o los jueces no están en disposición de aplicarla o la aplican de forma distinta a la contenida en el texto legal.

Por último, ¿qué eficacia tiene el conocimiento y existencia del derecho penal en aquellos delitos en los cuales las normas penales no coinciden con las normas sociales? Pensemos en la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o en la conducción temeraria en la que las normas sociales del grupo subcultural valoran precisamente la conducta que la norma penal criminaliza; o en el castigo de las drogas cuyos magras reducciones en el consumo más parecen asociarse con cambios de valores en las culturas juveniles y fenómenos ajenos a la represión penal.

Todos estos interrogantes acerca de la relación entre conocimiento del derecho penal y comportamiento son investigados por la criminología y si algo sabemos es que esta relación dista de ser una relación causal, lineal y directa.

En segundo lugar, la imagen de que el castigo previene parte, como se ha dicho tantas veces, del *homo economicus*. Puede prevenir en efecto a la clase media, en base al razonamiento de coste de la pena/beneficio del delito, pero de todos modos ello no es decisivo pues la clase media no es el grupo social que preocupa al derecho penal, ya que la clase media tampoco delinque porque obtiene, en expresión conocida en la criminología, una «recompensa de la obediencia» (*«a stake in conformity»*) (Toby, 1957 cit. por Vold-Bernard, 1986: 234).

Pero precisamente no previene a quien no obtiene las suficientes recompensas de la conformidad, no previene a quien ha hecho este comportamiento tantas veces sin ser aprehendido que si finalmente lo es asume el precio como un «gaje del oficio», no previene a quien ya ha estado en la cárcel y sabe como sobrevivir en ella, no previene a quien en su grupo subcultural ser aprehendido no representa un descrédito.

(39) Evidentemente muchos infractores conocen perfectamente el carácter prohibido de su actuar, pero en este caso la amenaza penal es sólo una variable de las múltiples que se toman en consideración antes de actuar. Variable que, como expondré posteriormente, puede ser neutralizada.

Además, el efecto intimidatorio se neutraliza con «técnicas de neutralización» (Matza, 1964: 69), que suministran justificaciones para realizar el delito a pesar de saber que está prohibido (todos lo hacen, dice el delincuente de cuello blanco, son todos unos delincuentes, dice el joven neonazi) (40).

La investigación alemana más reciente de la que tengo conocimiento (Schuman, 1987; 1993) respecto de la capacidad de la pena para impedir ataques racistas de neonazis a personas inmigrantes, concluyó que lo que finalmente afecta a los hábitos de los jóvenes es un cambio en la valoración moral de su comportamiento, la ruptura de contactos con su grupo social (*peer group*) y el riesgo de ser *detenido* en el sentido de mayor dificultad para realizar el hecho o en el sentido de exposición pública.

De los tres factores sólo el último tiene algo que ver con el derecho penal (41), pero tiene un pequeño problema, como advierte Schuman, requiere de una sociedad civil activa que denuncie y de una policía decididamente antirracista.

El mito de la prevención asume asimismo la imagen de un autor reflexivo que, además de no corresponderse siempre con la realidad, es excesivamente simplificada. Pareciera que la pena es el factor decisivo en el actuar humano. Se ignora que además de la ausencia de obstáculos, siendo la perspectiva del castigo sólo uno de ellos, en la realización de delitos deben confluír cuando menos los elementos de motivación (¿qué interés positivo hay en realizar el delito?), habilidad (no todo el mundo está en condiciones de hacer todo delito) y oportunidad (la ausencia de vigilancia y un objetivo apetecible) (Sheley, 1983: 512-515).

Por último, en general se acepta la opinión de Beccaria de que la prevención no requiere de una determinada severidad de la pena. En consecuencia se afirma que la eficacia preventiva depende más de la certeza de su aplicación, que de su severidad.

Debo manifestar que el frecuente recurso a Beccaria para, rechazando la severidad, salvaguardar el castigo, sólo es convincente a pri-

(40) La aplicación de la pena en aras de intimidar también tiene costes. En el ejemplo de los grupos juveniles, crea mártires y héroes y contribuye a reforzar los vínculos con el grupo y aislarlos de la sociedad. En el ejemplo de delincuentes individuales, la violencia de la pena les suministra una justificación adicional para «cuando salga hacerla más fuerte».

(41) Señalo que sólo tiene algo que ver con el derecho penal porque lo que se discute no es prescindir de toda medida coactiva. En este sentido no se reniega de la intervención de la policía cuya función es evitar la realización de delitos. Lo que se discute es si después de la detención policial, la pena es la respuesta más adecuada.

mera vista. Ya que, cuando se reflexiona más detenidamente, la «certeza» requiere de más aplicación del derecho penal, requeriría que *cada vez* que se realice un delito el sistema penal (policía, jueces, pena) reaccionase. Sinceramente no me parece una perspectiva muy halagüeña (42).

Por otra parte hay que reconocer que el recurso a la certeza no se contrapone necesariamente a la severidad, ya que un lector escéptico punitivo siempre podría replicar que por muy certera que sea la aplicación de la pena esta será ineficaz si a esta aplicación no se le vincula una cierta severidad.

Por último, ni siquiera la capacidad preventiva de la certeza de la pena ha sido capaz de ser verificada empíricamente. Una de las investigaciones que tuve ocasión de leer en Estados Unidos me hizo dudar de la corrección de la intuición, que yo también había aceptado, de Beccaria.

Un experimento realizado en 1983 en Minneapolis llevó al convencimiento de que en casos poco graves de violencia doméstica (pena de hasta un año) el arresto inmediato de la persona conseguía disminuir la violencia familiar.

Ello comportó que frente a la anterior discrecionalidad que disponía la policía para arrestar o no, se dictaran en 11 Estados leyes obligando al arresto del marido agresor. Al cabo de poco tiempo otras tres investigaciones mostraron que el arresto de la persona producía una intensificación de la violencia, lo cual llevó finalmente a que el mismo investigador, que había sugerido el arresto, recomendara que no se adoptase esta política legislativa (Sherman, 1992: 187).

De todo ello no se deriva que no podamos defender la necesidad de una intervención policial inmediata, de protección, pero si después es mejor la intervención penal o una intervención de carácter mediador o de tipo psicológico, no creo que pueda derivarse de que es más eficaz, sino de que creemos preferible.

En fin, se me puede objetar que los conocimientos que expongo están basados en investigaciones realizadas por gente escéptica respecto del fin de la prevención general, pero la dificultad de extraer conclusiones irrefutables es precisamente uno de los aspectos que intento mostrar: que la prevención general es la más perfecta de las ideologías porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir y, en consecuencia, siempre se puede recurrir a ella para legitimar el derecho penal.

(42) A no ser que el argumento de la certeza se refiera a la suficiencia de una sanción cierta en vez de una pena severa.

Como observa Mathiesen (1990: 51):

«(...) El carácter paradigmático de la teoría de la prevención general sirve para que eventos incluso contradictorios se interpreten de acuerdo a esta teoría, para que la carga de la prueba se sitúe en aquellos que la cuestionan y para que argumentos basados en el sentido común se acepten como la más sólida o única evidencia en su apoyo».

Llegados a este punto se me plantea el interrogante de qué posee el mito de la prevención general para ser tan persistente, a pesar de no haber sido nunca objeto de comprobación empírica indiscutible. Pienso que nuestra intuición tiene algo en que basarse y que, a salvo de posteriores estudios, me permito especular:

a) El núcleo de verdad de la prevención general: el hecho de que el comportamiento se modifica por incentivos.

Sin embargo, ello es distinto de requerir una pena o una determinada severidad. Los (des) incentivos pueden ser medidas preventivas (desde las de carácter situacional hasta las de carácter educativo, social o político). Los (des) incentivos pueden ser medidas coactivas de carácter neutralizador o reparador, que tienen como objetivo evitar la reiteración del conflicto.

En resumen, de la premisa que el comportamiento humano es modificable por incentivos, no se deriva como consecuencia ineludible que el castigo sea la medida más eficaz frente a todos los comportamientos que pretendemos evitar.

b) La introspección: tenemos una tendencia a realizar una introspección y pensar que si a «nosotros» nos intimida, la prisión intimidará a todos.

Curiosamente, cuando nos preguntan por qué no realizamos determinados delitos «nosotros» tendemos a aportar razones morales, pero pensamos que «ellos» desisten por miedo a la pena.

Pero, si la discusión se sitúa en tipos de personas, lo que muestran las investigaciones que asumen tipos distintos de personalidad propensas a delinquir (Wilson-Herrnstein, 1985: 43-56), es que «ellos» viven al día, el presente y no hacen cálculos futurísticos. Si viven el presente ¿cómo podemos esperar que la pena, que implica un cálculo incierto –si me arrestan– y de futuro puede evitar un comportamiento de presente?

El método de la introspección también subvalora la pluralidad de la sociedad (en clases, en géneros, en edades, o en culturas), que influye no necesariamente en la existencia de distintos valores, pero

quizá sí en la definición de los contextos en los que estos pueden ser infringidos.

Es probable además que esta misma pluralidad influya en cómo se percibe el castigo. La persona convencida de la legitimidad de su actuar, por razones ideológicas o culturales (43), no ve el castigo como una «pena» si su grupo social le apoya.

La persona acostumbrada (y obligada) a realizar acciones delictivas vive en un contexto de dificultades tal que «nosotros» no podemos imaginar y en consecuencia es razonable pensar que ello influye en el presunto cálculo de costes y beneficios.

La realización del delito puede comportar muchos beneficios que «nosotros» obtenemos al comportarnos convencionalmente y que por tanto no incluimos en el cálculo; los perjuicios de la pena pueden verse disminuidos cuando se contrastan con las condiciones de vida existentes en el exterior, condiciones de vida que para «nosotros» son más favorables, lo cual puede también aumentar el temor a los perjuicios.

c) El castigo paterno: en ocasiones nuestro sentido común proviene de las experiencias que hemos tenido de pequeños. Así baste recordar que en un influyente artículo, Gimbernat (1976: 64-65) explicaba el efecto preventivo de la pena comparándolo al del padre que castiga.

No obstante, debe advertirse rápidamente que el Estado no es nuestro padre. El castigo a los niños impuesto por el padre es inmediato y está impuesto por alguien con el que no queremos romper la relación. Ninguna de las dos condiciones se dan con el Estado.

El efecto del castigo de nuestro padre, como advierten las teorías criminológicas basadas en el aprendizaje (Akers, 1994: 98) o las teorías del control (Gottfredson-Hirschi, 1990: 99) (44), se deriva de que actuamos de una u otra forma porque queremos conservar su cariño,

(43) Mientras se acepta el escaso impacto de la pena en lo que se denomina «delincuencia de convicción», han empezado a aparecer estudios provenientes del multiculturalismo que muestran la falta de efectos preventivos de determinadas penas en comunidades indígenas. Respecto del Canadá, véase Loo (1996: 110-116).

(44) Ambas teorías aceptan el papel del castigo en la modificación del comportamiento. Aun así obsérvese como AKERS (1994: 98) remarca que ello depende de cómo se experimente el castigo: «El castigo puede ser directo (positivo), mediante el cual se vinculan consecuencias dolorosas o desagradables al comportamiento; o indirecto (negativo), en el cual se deniega una consecuencia agradable o recompensa. (...) Sin embargo, el que estos efectos se experimenten de forma positiva o negativa depende de las expectativas previamente aprendidas». Como observa PFHOL (1994: 333) desconocemos exactamente el rol de las familias o de los amigos en la neutralización de los efectos de la pena, al enfatizar la baja probabilidad del castigo o al prometer un alto status para los que delincan.

es decir, en función no sólo de si anticipamos o no castigo, sino en función de que somos receptivos a la reacción que él tenga.

Sin embargo, no nos importa si el Estado se «enfada» con nosotros si previamente estamos ya alienados del Estado, es decir, le hemos negado toda legitimidad. Entre las poblaciones marginadas hay muchos motivos para negar legitimidad al castigo, el observar la desigualdad social y la distinta aplicación de la ley es uno de ellos.

d) Por último, quizá también influye en la permanencia del mito de la prevención la denominada «prueba contrafáctica», esto es, lo que haríamos si no existiese el derecho penal. Aquí de nuevo la introspección juega un rol importante.

De todos modos, negar el castigo no implica negar todas las medidas coactivas. Los abolicionistas no sugieren que desaparezca la policía; el centro de su ataque se dirige a medidas coactivas orientadas a castigar en vez de a reparar.

En consecuencia, el derecho penal no «desaparece» sino que orienta su fuerza coactiva a encontrar respuestas que permitan reparar o neutralizar el conflicto. La necesidad de justificar estas medidas coactivas tampoco «desaparece» pero se articula en función de su capacidad para resolver el conflicto. Los jueces tampoco «desaparecen» aun cuando se es partidario de dar mayor autonomía a la víctima y de articular una justicia más participativa.

No desconozco que los argumentos expuestos hasta el momento no son precisamente originales. Al fin y al cabo Ferrajoli (1995: 334) admite la *inidoneidad* del derecho penal para satisfacer la prevención de delitos. Pero precisamente por ello el reproche de Nelken (1993: 290) parece acertado, al recriminarle que no basta admitir la dificultad de prevenir delitos mediante la pena, si de ello no se extrae conclusión alguna:

«Al discutir la finalidad de la prevención, por ejemplo, [Ferrajoli] se declara escéptico de la posibilidad de determinar de forma realista los efectos preventivos de las diversas penas. En notas, cita diversos escritos que ponen de manifiesto esta dificultad; pero no hay ningún atisbo de una discusión adecuada de como ello convierte a la prevención en una finalidad irrealista de la pena, ni se opone, sobre la base de estos escritos, a la finalidad de la prevención».

III.2 La (no) justificación de la pena

En el apartado anterior he expuesto que, hasta el momento, ninguna investigación ha sido capaz de aportar una demostración cierta de la capacidad preventiva de la pena. También he anticipado que la

falta de comprobación empírica es un problema para la justificación de la pena en la teoría de Ferrajoli.

En efecto, si he comprendido correctamente, Ferrajoli no afirma que sea suficiente alegar el fin de prevenir delitos para justificar el derecho penal.

«El defecto epistemológico que suele viciar las justificaciones de la pena sugeridas por las doctrinas de justificación –y en particular por las doctrinas utilitaristas– es la confusión entre los dos niveles de discurso que acaban de ser distinguidos (45). A causa de esta confusión las doctrinas normativas de justificación son casi siempre presentadas directamente como justificaciones. De ello resultan justificaciones apriorísticas: (...) El resultado es una *falacia normativista* del todo idéntica a la de la confusión de los fines con las funciones en la que incurren las doctrinas ideológicas normativistas. Las justificaciones, en efecto, se obtienen *a posteriori*, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es apriorística, es decir, prescinde de la observación de los hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista». (Ferrajoli, 1995: 325-326).

En resumen, para evitar ser una «ideología normativista», no basta alegar el fin de prevención de delitos para que la pena esté justificada, sino que debe demostrarse que esta finalidad es efectivamente cumplida, esto es, que hay una correspondencia entre el fin que se pretende alcanzar y la función que cumple la pena (46).

No obstante, la prueba empírica que se debería realizar para declarar no justificada una pena es actualmente imposible. Como observa Baratta (1986: 85):

«Por lo que se refiere a la teoría de la prevención general negativa, los resultados de las investigaciones realizadas sobre el control empírico de la misma pueden resumirse del siguiente modo: la realización efectiva de la función disuasoria de la pena no está empíricamente demostrada. *Se puede incluso pensar razonablemente, en base a*

(45) Se refiere a la diferencia entre doctrina de justificación y justificación: «Sobre esta base podemos caracterizar las *doctrinas de justificación* como discursos normativos acerca de la justificación o acerca de los fines justificadores, y las *justificaciones* (o *no justificaciones*) como discursos asertivos acerca de la correspondencia (o no correspondencia) entre los fines normativamente asumidos y las funciones asertivamente explicadas y reconocidas» (FERRAJOLI, 1995: 325).

(46) Por ello FERRAJOLI (1995: 344) remarca que el garantismo es no sólo un criterio de justificación sino también de deslegitimación del derecho penal.

consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable» (subrayado añadido).

Ferrajoli (1995:334; 347, nota 18; 473) admite la dificultad, de dicha prueba empírica. La dificultad aumenta, como él mismo reconoce (Ferrajoli, 1995:336), hasta la *imposibilidad* cuando a la exigencia de demostrar la eficacia preventiva de la pena se le añade el cálculo de que la violencia ejercida por la pena sea menor de la que hubiera resultado por la suma de delitos y venganzas.

Pues bien, si la comprobación empírica de la capacidad preventiva del derecho penal es difícil o actualmente imposible ¿cómo afirmar que la pena sólo se justifica *a posteriori*, en base a investigaciones empíricas que demuestren su efectividad? (Ferrajoli, 1995: 325, 327-328, 337, 344).

Las «pruebas empíricas» que permitirían la justificación de la pena acaban no siendo susceptibles de comprobación y con ello corren el riesgo de legitimarla independientemente de su utilidad en la prevención de delitos (47).

Una segunda dificultad que me provoca la teoría de Ferrajoli son las consecuencias que se pueden extraer de esta falta de comprobación empírica. Asumamos que, a falta de una demostración empírica irrefutable, los argumentos plausibles expuestos en el apartado anterior son admitidos como «prueba».

Debido a que la pena de prisión no ha probado su capacidad preventiva ¿no debiera ser ello suficiente ya para deslegitimarla, esto es, para declararla no justificada (obviamente de acuerdo a *esta* doctrina de justificación)?.

Sin embargo, parece que ello no es correcto pues «infringe la ley de Hume» (48).

«En un vicio ideológico simétrico a [la falacia normativista] que afecta a muchas doctrinas de justificación de la pena incurrir por otra parte también muchas doctrinas abolicionistas, que discuten el fundamento axiológico de las primeras con el argumento asertivo de que la

(47) Además de la difícil comprobación empírica de la eficacia preventiva de la pena, permítaseme insistir en que adicionalmente debería comprobarse que esta es el medio menos lesivo del que se dispone para conseguir dicho fin.

(48) «Con arreglo a la ley de HUME, mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación y descripción de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la observación, sino sólo mediante su conformidad o desconformidad respecto a valores» (FERRAJOLI, 1995: 324).

pena no satisface los fines que se le señalan: por ejemplo, no previene los delitos, no reeduca a los condenados o incluso tiene una función criminógena opuesta a los fines que se indican como su justificación. Críticas de este tipo están en línea de principio viciadas a su vez por la *falacia naturalista*, al ser imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas». Ferrajoli (1995: 326)

Debo manifestar mi gran dificultad en entender el porqué de la constatación de que la pena de prisión no previene no se puede extraer la consecuencia de que ésta no está justificada (de acuerdo a una teoría que precisamente la defiende por ser preventiva) (49).

Si el argumento es que del hecho de que la pena de prisión no previene no puede extraerse la consecuencia de que no esté justificada pues «bien aplicada» podría tener efectos preventivos, debieran especificarse cuáles son los requisitos necesarios para que esté «bien aplicada». Si el argumento fuera el de que la prisión no previene no puede extraerse la conclusión de que ninguna pena previene, debiera especificarse qué penas concretas aparecen justificadas de acuerdo a los principios de eficacia (en la prevención) y necesidad (por ser las menos lesivas) y cuáles no.

Por último, Ferrajoli (1995: 326) admite que hay un caso en que la «falacia naturalista» es admisible:

«(...) cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador. (...) puesto que es condición de sentido de cualquier norma la posibilidad alética de que sea observada (además de violada), si comprobamos que el fin prescrito no puede materialmente ser realizado y a pesar de ello asumimos su posible realización como criterio normativo de justificación, ello quiere decir que la tesis de la posible realización, contradictoria con la de la irrealizabilidad, ha sido derivada de la norma violando la ley de Hume».

En definitiva, cuando se plantean *objetivos irrealizables* (no sólo irrealizados pero siempre realizables) (50) es válido infringir la ley de Hume. En este caso, la pena, que no previene ni puede prevenir, queda deslegitimada.

(49) Para exponer de forma explícita mi confusión acerca de la «falacia naturalista»: entiendo que, de acuerdo a la «ley de Hume», no sería correcto derivar del hecho de que la pena de prisión no previene la incorrección de la doctrina de justificación utilitarista. Me cuesta más entender porqué infringe la ley de Hume derivar del hecho de que la pena de prisión no previene que esta pena no está justificada.

(50) Véase también FERRAJOLI (1995: 345, nota 1).

No acabo de entender cómo podré saber cuando me encuentro frente a un objetivo *nunca* realizado o frente a uno irrealizable (51). Ni atisbo a comprender cómo se podría convencer al lector escéptico pero punitivo. En efecto, aun cuando se consiguiese demostrar que la pena no previene ¿cómo podríamos rebatir a quien nos cuestionase que ello es debido a que no se aplica de forma suficiente? El lector escéptico punitivo siempre podría concluir que, en efecto, la pena de prisión no previene pero podría prevenir, si fuese más aplicada o de mayor duración (52).

Veamos esta dificultad en los ejemplos que expone Ferrajoli de pena totalmente ineficaz y por tanto deslegitimada:

«(...) en el aborto o el consumo de estupefacientes si se admite que las penas, como parece demostrado por investigaciones empíricas comparadas, son completamente ineficaces para prevenirlos.» (Ferrajoli, 1995: 280).

O también:

«(...) el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia: su prohibición es inútil en la medida que se demuestre que está abocada a no surtir efecto». Ferrajoli (1995: 473)

A mí me cuesta creer que las investigaciones empíricas comparadas hayan puesto de manifiesto que la prohibición del aborto o del consumo de drogas no es efectiva (¿y la del hurto?), pero sí puedo creer que sus valores le lleven a considerar ilegítimo que estos comportamientos se combatan con el recurso a la pena.

Pero entonces la discusión debería situarse, en mi opinión, a este nivel, esto es, argumentar que el fin de la prevención de delitos es irrealizable por medio de la pena, ya que esta siempre comportará un grado de sufrimiento mayor que otros medios alternativos de prevención. De lo contrario, si se pretende permanecer en el nivel empírico, el lector escéptico punitivo no resultará convencido de que si la pena

(51) FERRAJOLI (1995: 345, nota 3) se manifiesta en contra de la opinión de Baratta (1986: 84) que acusa de ideologías a las teorías no demostradas. FERRAJOLI entiende, por el contrario, que los fines han de ser no sólo no realizados sino irrealizables.

(52) Esta es también la dificultad con la que tropieza la crítica a la resocialización. No es el único argumento en contra de la resocialización, pero es un argumento plausible el hecho de que la pena de prisión presente unos índices elevados de reincidencia. Plausible pero no irrefutable, para aquellos que creen que «mejores prisiones» o «mejores programas de tratamiento» sí tendrían capacidad resocializadora. En este sentido FIANDACA (1993: 271) acusa a FERRAJOLI de incurrir respecto al fin preventivo especial en la falacia de HUME.

fuera aplicada en estos ámbitos, en que predomina la cifra oscura, de manera más certera o más severa, podría tener efectos preventivos.

En últimas, la prevención no aporta argumentos concluyentes, ni para justificar el derecho penal ni, lamentablemente, como pretendería Ferrajoli, para limitarlo (53).

RECAPITULACIÓN: Es imposible demostrar que la pena privativa de libertad cumpla su función de prevenir delitos. La justificación preventiva del castigo asume la imagen de una persona motivada fundamentalmente por el temor, en vez de la imagen de una persona motivada por numerosos factores y donde la pena aporta argumentos en favor de la no realización del delito (54). Consecuencia de esta imagen, otorga excesiva importancia al mecanismo de la pena para influir en el comportamiento humano.

Hay argumentos plausibles que cuestionan que la prisión sea capaz de prevenir delitos, pero no hay una demostración empírica irrefutable. Si alguien exige demostrar que no previene y «nunca puede prevenir» para deslegitimar la pena de prisión, debiera especificar en qué condiciones se cree que la prevención sería posible y por qué es el medio menos lesivo para conseguir este fin.

PD. Este artículo no pretende exasperar las discrepancias entre abolicionismo y garantismo. Comparto la preocupación básica de Ferrajoli de someter el poder punitivo a estrictos controles jurídicos. Lo único que me separa de él es que no creo que este objetivo deba comportar necesariamente la legitimación del actual modelo punitivo, de sus justificaciones, ni de sus penas. Por ello he pretendido, en primer lugar, señalar que, aun cuando se acepte la doctrina de justificación propuesta por Ferrajoli, puede defenderse que la pena de prisión es una pena inhumana, contraria a los derechos humanos. En segundo lugar, he pretendido cuestionar la utilidad de la pena –entendida como castigo del delincuente– para evitar violencias arbitrarias o prevenir delitos. En tercer lugar, he procurado precisar que ello no implica caer en la ilusión de prescindir de todo tipo de medidas coactivas, pero que

(53) Por ello mis dos objeciones fundamentales a la teoría utilitarista, como doctrina de justificación, consisten en que no creo que consiga oponer un límite eficaz, basado en principios utilitaristas, a la severidad de las penas y que hace aparecer como empírico lo que es valorativo.

(54) La concepción de la pena como una respuesta que aporta argumentos morales y un pequeño desincentivo prudencial para evitar la realización de delitos la he extraído de von Hirsch (1995: 12-14).

estas pueden recibir otra justificación y ser evaluadas en función de su capacidad para reparar el conflicto (55).

BIBLIOGRAFÍA

- AKERS, R. (1994) *Criminological Theories*. Los Angeles, Roxbury Publishing Company.
- BARATA, A. (1986) «Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal» en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, P.P.U.
- BIANCHI, H. (1985) *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*. Bloomington, Indiana University Press, 1994.
- BLUMARWIN, A.—COHEN, J.—NAGIN, D. (eds) (1978) *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*. National Academy of Sciences, Washington, D.C.
- CHRISTIE, N. (1976) «Conflicts as Property» en *British Journal of Criminology*, vol. 17, núm. 1. Hay traducción al español en *De los delitos y de las víctimas*. Maier, J. (comp) Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- , (1981) *Limits to Pain*. Oxford, Martin Robertson, 2.^a ed., 1992. Existe traducción al castellano, *Los límites del dolor*, México, F.C.E., 1984.
- CID, J. (1996a) «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)» en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto.
- , (1996b) «Despenalización y tutela de bienes colectivos» en *Prevenció*, núm. 12, marzo.
- COHEN, S. (1985) *Visions of Social Control*. Hay traducción al castellano *Visiones de Control Social*, Barcelona, P.P.U., 1988.
- , (1986) «El Derecho Penal Mínimo», en *Poder y Control*, núm. 0. Barcelona, P.P.U.
- , (1987) «Taking decentralization seriously: Values, visions and policies» en *Against Criminology*, Oxford, Transaction Books, 1988. Hay traducción al castellano en *Nuevo Foro Penal*, 1989, núm. 45.
- FERRAJOLI, L. (1989) *Derecho y Razón*. Madrid, Trotta, 1995.
- FIANDAGA, G. (1993) «Quando proibire e perché punire? Ragioni di «concordia discors» con Luigi Ferrajoli» en GIANFORMAGGIO, L. (ed) *Le ragioni del garantismo, discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino, Giappichelli.
- FOUCAULT, M. (1984) *Vigilar y Castigar*. Madrid, Siglo XXI, 4.^a ed.
- FREHSEE, D. (1987) *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot.

(55) Por ello me he atrevido a sugerir que el discurso abolicionista después de reclamar la «abolición de la prisión» y la «abolición del sistema penal» debiera afrontar ahora en el plano teórico una tercera fase que he denominado «justicia restauradora».

- FUNES, J. (1994) (director) *Mediació i Justícia Juvenil*. Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de justícia.
- GACTO, E. (1990) «Aproximación a la historia del derecho penal español» en CLAVERO-GROSSI-TOMÁS Y VALIENTE (eds) *Hispania*. Milano, Giuffrè editore, Tomo I.
- GIMBERNAT, E. (1976) *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Civitas.
- GOTTFREDSON, M.-HIRSCHI, T. (1990) *A General Theory of Crime*. Stanford, Stanford University Press.
- GÜNTHER, K. (1989) «Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich?» en GAMM, G.-KIMMERLE, G. (Hsg) *Vorschrift und Autonomie: zur Zivilisationsgeschichte der Moral*. Tübingen: Diskord.
- HARRIS, M. (1985) *Jefes, cabecillas, abusones*. Madrid, Alianza Cien.
- HAY, D. (1975) «Property, Authority and the Criminal Law» en *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. HAY, D.-LINEBAUGH, P.-RULE, J. G.-THOMPSON, E. P.-WINSLOW, C. London, Penguin Books.
- HESPANHA, A. (1987) «Da "Iustitia" à "Disciplina". Textos, Poder e Política Penal No Antico Regime» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 57.
- , (1990) «Da "Iustitia" à "Disciplina"» en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. TOMÁS Y VALIENTE-CLAVERO-HESPANHA-BERMEJO-GACTO-ÁLVAREZ ALONSO (eds). Madrid, Alianza Universidad.
- HULSMAN, L.-BERNAT CELIS, J. (1982) *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona, Ariel, 1984.
- , (1986) «Critical Criminology and the Concept of Crime» en *Contemporary Crisis*, vol 10, n.º 1. Hay traducción al español en *Poder y Control*, 1986, n.º 0, Barcelona, P.P.U. y en *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- , (1991) «Alternatives to Criminal Justice: Decriminalization and Depenalization» en *Abolitionism in History*, Varsovia.
- KAISER, G. (1987) «Abolitionismus –Alternative zum Strafrecht?» en Küper, W. (Hsg) *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*. Berlin, Walter de Gruyter.
- LARRAURI, E. (1987) «Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista» en *Poder y Control*, núm. 3.
- , (1991) «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- , (1997) «La reparación» en J. CID-E. LARRAURI (coords) *Penas Alternativas a la Prisión*. Barcelona, Bosch.
- LENMAN, B.-PARKER, G. (1980) «The State, the community and the criminal law in Early Modern Europe» en *The social history of crime in Western Europe since 1500*. GATRELL-LENMAN-PARKER (eds). London, Europe Publications.
- LOO, T. (1996) «Savage Mercy: Native Culture and the Modification of Capital Punishment in Nineteenth-Century British Columbia» en Strange C. (ed) *Qualities of Mercy: Justice, Punishment, and Discretion*. Vancouver, UBC Press.

- MARTÍNEZ, M. (1990) *La abolición del sistema penal*. Bogotá, Temis.
- MATHIESEN, T. (1986) «The politics of abolition» en *Contemporary Crisis*, vol. 10, núm. 1. Hay traducción al español en *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- , (1990) *Prison on Trial*. London, Sage.
- MATZA, D. (1964) *Delinquency and Drift*. New York, John Wiley & Sons.
- MELOSI, D. (1991) «Ideología e diritto penale. Garantismo giuridico e criminologia critica come nuove ideologie dell subalternità?» en *Dei Delitti e delle Pene*. Vol. I. Torino, Edizioni Gruppo Abele.
- NELKEN, D. (1993) «Le giustificazioni della pena ed i diritti dell'imputato» en GIANFORMAGGIO, L. (ed.) *Le ragioni del garantismo, discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino, Giappichelli.
- NINO, C. (1980) *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- , (1991) «La huida frente a las penas. A propósito del último libro de Eugenio R. Zaffaroni» en *No Hay Derecho*. Año 2, núm. 4, Buenos Aires.
- PAVARINI, M. (1985) «Introduzione» a Nils Christie *Abolire le pene?* Torino, Edizioni Gruppo Abele.
- PÉREZ PINZÓN, A. O. (1989) *La perspectiva abolicionista*. Bogotá, Temis.
- PETERS, E. (1998) «Prison before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds» en MORRIS, N.—ROTHMAN, D. (eds.) *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*. Oxford, Oxford University Press.
- PETIT, C. (1991) «Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo» en *Recuils de Jean Bodin: La peine* (vol. 56, ii), Bruxelles, de Boeck Université.
- PFOHL, S. (1985) *Images of Deviance and Social Control*. New York, McGraw-Hill, 2.^a ed., 1994.
- POPITZ, H. (1968) *Über die Präventivwirkung des Nichtswissen. Dunkelziffer, Norm und Strafe*. Tübingen.
- SÁNCHEZ ROMERO, C.—HOUEDE VEGA, M. A. (1992) *La abolición del sistema penal*. San José, Costa Rica, Editec.
- SCHEERER, S. (1986) «Limits to criminal Law?» en BIANCHI-V. SWAANINGEN (eds.) *Abolitionism*. Amsterdam, Free University Press.
- SCHUMAN, K. (1989) *Positive Generalprävention*. Heidelberg, C. F. Müller.
- , (1993) «Schutz der Ausländer vor rechtsradikaler Gewalt durch Instrumente des Strafrechts?» en *Kein schärfer Schwert, denn das für Freiheit streitet!* FS für Thomas Mathiesen. Bielefeld, AJZ.
- SESSAR, K.—BEURSKENS, A.—BOERS, K. (1986) «Wiedergutmachung als Konfliktregelungsparadigma?» en *Kriminologisches Journal*.
- SHELEY, J. (1983) «Critical Elements of Criminal Behavior Explanation» en *The Sociological Quarterly* 24.
- SHERMAN, L. W. (1992) *Policing Domestic Violence*. New York, The Free Press.
- SILVA, J. (1996) «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo» en *Actualidad Penal*, núm. 15/8.

- SPIERENBURG, P. (1998) «The Body and the State: Early Modern Europe» en MORRIS, N.-ROTHMAN, D. (eds.) *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*. Oxford, Oxford University Press.
- STEINERT, H. (1980) «Kleine Ermutigung für den kritischen Strafrechtler, sich vom «Strafbedürfnis der Bevölkerung» (und seinen Produzenten) nicht einschüchtern zu lassen» en LÜDERSEN, K.-SACK, F. (Hsg.) *Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht*. Frankfurt, Suhrkamp.
- THOMAS, J.-BOEHLEFELD, S. (1993) «Rethinking Abolitionism: «What do we do with Henry?» Review of de Haan, *The Politics of Redress*» en MACLEAN, B.-PEPINSKY, H. *We Who Would Take no Prisoners: Selections from the Fifth International Conference on Penal Abolition*. Vancouver, Collective Press.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1969) *El Derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII, XVIII)*. Madrid, Tecnos, 2.^a ed., 1992.
- VAN NESS, D. (1993) «New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice» en *Criminal Law Forum*, vol. 4, núm.2.
- VAN SWAANINGEN, R. (1986) «What is abolitionism?» en BIANCHI-V. SWAANINGEN (eds.) *Abolitionism*. Amsterdam, Free University Press.
- , (1997) *Critical Criminology. Visions from Europe*. London, Sage.
- VOLD, G.-BERNARD, T. (1958) *Theoretical Criminology*. Oxford, Oxford University Press, 1986. 3.^a ed.
- VON HIRSCH, A. (1993) *Censure and Sanctions*. Oxford, Clarendon press, 1995. Existe traducción al castellano *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 1998.
- WILSON, J. Q.-HERRNSTEIN, R. J. (1985) *Crime and Human Nature. The Definitive Study of the Causes of Crime*. New York, Simon & Schuster.
- YOUNG, J. (1998) «Breaking Windows: Situating the New Criminology» en WALTON, P.-YOUNG, J. *The New Criminology Revisited*. London, Macmillan.
- ZAFFARONI, E. R. (1990) *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis.
- , (1991) «¿Vale la pena? Una réplica a Carlos S. Nino, de un agnóstico del derecho penal» en *No Hay Derecho*. Año 2, núm. 5, Buenos Aires.