

## Aproximación al estudio de la pena desde una perspectiva crítica

Keymer Avila\*

*“Sócrates: ¿Y responder con el mal cuando se recibe mal, es justo, como afirma la mayoría, o es injusto? Critón: De ningún modo es justo. Sócrates: Luego no se debe responder con la injusticia ni hacer mal a ningún hombre, cualquiera que sea el daño que se reciba de él... Jamás es bueno ni cometer injusticia ni responder a la injusticia con la injusticia, ni responder haciendo el mal cuando se recibe el mal”*

*(En Ferrajoli, 2001:290)*

### RESUMEN\*\*

*Desde los enfoques críticos del sistema penal (interaccionismo, criminología crítica y el abolicionismo) nos acercaremos al estudio de la pena. Después de hacer un breve recorrido por las ideas de Nils Christie y Eugenio Raúl Zaffaroni respecto al castigo, describiremos algunos intentos de elaboración de un concepto de pena y de las justificaciones legitimantes de la misma, que han sido realizados por la doctrina (tanto la dogmática-jurídica y criminológica tradicional, hasta las posturas*

---

\* Abogado *Magna cum Laude*, egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Cursa las Especializaciones en Ciencias Penales y Criminológicas y Gobierno y Políticas Públicas, de la misma Universidad. Actualmente, Asistente del Fiscal General de la República. Caracas, Venezuela. E-mail: [keymerguaicaipuro@gmail.com](mailto:keymerguaicaipuro@gmail.com), [kavila@fiscalia.gov.ve](mailto:kavila@fiscalia.gov.ve)

\*\* Artículo enviado a IUSPENALISMO por su autor, y publicado previamente en la Revista: *Capítulo Criminológico*, Vol.35, N°1: pp.5-44. Venezuela. Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro, LUZ, 2007.

*deslegitimantes del sistema penal); paseándonos desde la idea del castigo como algo positivo (ideas de la expiación-tratamiento), hasta posiciones más sinceras que consideran a la pena como lo que realmente es: un mal.*

**Palabras clave:** Pena, prevención general y especial, ideologías legitimantes.

El problema de la pena y su justificación es quizás el más clásico de la filosofía del derecho, y está íntimamente relacionado con la concepción del Estado mismo (Ferrajoli, 2001:247 y Bustos, 1982:151-152). En este trabajo –que pretende convertirse en un primer esquema para profundizar el tema en posteriores estudios- abordaremos el estudio de la pena desde los enfoques deslegitimantes del sistema penal (en el cual la obra de Jesús Muñoz Gómez es fundamental). Pero antes de entrar en materia, consideramos esencial dar una mirada previa a las ideas que presentamos a continuación:

## 1. NOCIONES NECESARIAS

### 1.1. El dolor y el castigo

En este trabajo partimos de las premisas de Nils Christie (1984) respecto al castigo:

1. La imposición de un castigo significa causar dolor. Ninguno de los intentos para hacer frente a la imposición intencional del dolor parecen satisfactorios.
2. Hay que restringir el uso del dolor provocado intencionalmente por el hombre como medio de control social.
3. El castigo es un mal que tiene la intención de ser un mal.<sup>1</sup> Pero la mayoría de las obras no dicen nada al respecto, no definen las penas ni los castigos. Tratan de definir y clasificar todo, menos a la pena. A ella se le justifica, mas no se le explica.

Sostenemos, además, la idea de Zaffaroni (1998) en la que afirma que esta repartición de dolor, es aplicada sólo a los más vulnerables de la sociedad. Esta es la más visible consecuencia de la violencia selectiva del sistema (este punto lo desarrollaremos más adelante).

---

<sup>1</sup> Francisco Muñoz Conde sostiene también la idea de la pena como un mal (2001:69).

## 1.2. La evolución de las penas y su legitimación

Christie nos dice que los “aparentes progresos en la reducción del dolor” que aparecen cuando damos un vistazo a la evolución histórica de las penas, no lo convencen del todo. Así, desde los demonólogos especialistas en Satán,<sup>2</sup> pasando por la “horrenda ejecución” de Damians descrita por Foucault, o por la tarifa que convertía las marcas con hierro candente y la amputación de miembros en años de cárcel; de la esclavitud y casas de trabajo, hasta los cómodos cuartos de las cárceles modelo. Todas estas formas de castigo deben ser evaluadas de acuerdo a su “propia época, por los que experimentan el dolor, conforme a su vida cotidiana y a las demás personas, y a la luz de lo que consideraban como sus pecados” (Christie, 1984:11). Existen elementos políticos, económicos, sociales, éticos y religiosos que influyen de manera determinante y en ocasiones “parecen capaces de neutralizar lo que debía de haber sido un dolor agudo, o de agravar un dolor de poca importancia” (ídem, 13).

Esto se debe a la relación que existe entre los castigos y los sistemas de producción que los generan. Rusche y Kirchheimer fueron los pioneros de esta tesis. Así observamos como en la época de las revoluciones liberales, la libertad se convierte en un valor absoluto. Esto trajo como consecuencia que se dejara de aplicar castigo físico al cuerpo (ya que éste se convierte en una herramienta para la producción de mercancías), para vulnerar algo máspreciado: la libertad de las personas. Es cuando cobra fuerza la idea de la prisión. Se deja de castigar al cuerpo para castigar el alma.

Zaffaroni (1998:60), si bien reconoce el mérito de los estudios de Rusche y Kirchheimer, califica como simplista la relación castigo-mercado y que –entre otras- no toma suficientemente en cuenta el aspecto del disciplinamiento; aspecto desarrollado, posteriormente, por autores como Pavarini y Foucault.

Foucault, afirma que con el advenimiento de los Estados nacionales y de la revolución mercantil, la verdad es establecida por el poder de un tercero que está “sobre” las partes. De

---

<sup>2</sup> Según Zaffaroni (2004:28) éstos son los verdaderos pioneros de la criminología. El delito tiene su antecesor en el pecado, al igual que sus reacciones respectivas, pena y penitencia. Más allá de que luego históricamente las hayan separado, sus vínculos no pueden desestimarse (Muñoz Gómez, 1992:22).

esta manera el poder le expropió el conflicto a las partes, y para mantener este orden se construyen una serie de instituciones que lo legitiman y protegen:

“La sociedad se militariza y el delito pasa a ser un daño al soberano. Así van surgiendo –o generalizándose– las que Foucault llama “instituciones de secuestro” (la prisión, el manicomio, el asilo, el hospital, la escuela, etc) y la policía.

Las “instituciones de secuestro” generan una epistemología: la criminología, la psiquiatría, la clínica, la pedagogía (podríamos agregar la gerontología, los “especialistas” en “tóxicodependencia”) y, lo que es muy importante, cada institución genera su propio saber al amparo de su micro-poder” (ídem, 66)<sup>3</sup>

### 1.3. El disfraz de las palabras

La *epistemología de las instituciones de secuestro* encubre, disimula, disfraza el nombre de las cosas, oculta el reparto del dolor. Sobre este particular, Christie nos dice que:

“...por medio del lenguaje y la ceremonia, la aflicción ha desaparecido de la vida pública. Y también los dolores del castigo (...) Nuestra elección de palabras neutralizantes nos engaña; la fría forma en que describen los profesores de derecho las cualidades del sufrimiento deliberado indica lo mismo. No nos agrada hacerlo porque causar dolor intencionalmente discrepa gravemente de otras actividades básicas de nuestra sociedad” (1984:18-24)

El autor concluye este planteamiento explicando como “por medio de la elección de palabras, de las rutinas de trabajo, de la división del trabajo y la repetición, todo el asunto se ha convertido en el reparto de un producto” (ídem, 25).

Esto no es algo nuevo, ha existido desde hace más de 500 años. Zaffaroni (2004: 28 y 37), en un interesante trabajo, donde analiza la primera obra crítica de la inquisición -la *Cautio Criminalis*- menciona que ya desde el siglo XIII existía la elaboración de estos discursos legitimantes y encubridores. Algunos ejemplos, ofrecidos por el maestro:

<p style="text-align: center;"><b><u>Doctrina Inquisitorial</u></b> Explicación y nomenclatura que la inquisición da a ciertos fenómenos</p>	<p style="text-align: center;"><b>Lo que ocurría en la realidad</b></p>
--	---

<sup>3</sup> A esta lista de disciplinas no sabemos por qué no anexaron al derecho y muy especialmente al derecho penal.

El diablo ahorcó a una persona para evitarle el sufrimiento y llevarse su alma.	Una persona enloqueció como consecuencia de una tortura cruel y se suicidó.	5
El diablo decidió llevarse consigo a una persona.	Una persona murió durante el tormento.	
Una persona está poseída y ríe durante su tormento	Una persona enloqueció como consecuencia de la tortura	

En este sentido es evidente como estas instituciones, a través de la construcción de discursos legitimantes, generan su saber y su poder. Es lo que Foucault llamaría la “microfísica del poder-saber” (Zaffaroni, 1998:67)

Tenemos así, que el carácter histórico de estos discursos es importante, porque constituyen un supuesto indispensable para considerar a la pena como un producto de procesos de definición (en términos del interaccionismo) (Muñoz Gómez, 1992:50).

#### 1.4. La inexistencia del delito (como concepto ontológico)

Ya varios autores han dicho que el delito no existe. En este sentido, Christie sostiene que: “la gente tiene problemas y crea problemas. Y debemos hacer algo con esos problemas. El peligro es apresurarse a definir problemas como delitos. Al hacer esto perdemos de vista alternativas interesantes... El delito no existe. Sólo existen actos. Estos actos a menudo reciben diferentes significados dentro de los diversos contextos sociales”(2005:555).

En esta misma línea argumentativa, Zaffaroni también lo afirma: “ópticamente sólo existen conflictos arbitrariamente seleccionados y jurídicamente sólo existe un conjunto muy heterogéneo de hipótesis conflictivas que, con buena voluntad pueden llamarse “delitos” (1998:253).<sup>4</sup> Por otra parte, este autor también nos dice que el delito no es más que una construcción procesal (2004:33).<sup>5</sup>

Sobre estas construcciones, Hulsman hace énfasis en los procesos de criminalización, y dice “que no habría “delito” si esos procesos no hubieran sido puestos en funcionamiento.”

<sup>4</sup> Respecto al concepto jurídico del delito (acción típica, antijurídica y culpable), dice que éste no es tal, “sino que es la síntesis de los requisitos que debe presentar cualquier acción conflictiva de un autor seleccionado por el poder del sistema penal, para que la agencia judicial responda afirmativamente en cuanto al avance del proceso de criminalización en curso”

<sup>5</sup> “El delito no existe hasta que el acto haya pasado a través de algunos procesos de creación de significado altamente especializados, y en los casos típicos terminan como hechos certificados por los jueces como un tipo particular de actos llamados delitos” (Christie, 2005:557)

Sugiere deshacerse de la idea de que existe una “categoría natural de hechos llamados delitos”, que no es más que la herencia de la idea del pecado como categoría natural (Font:135).

Christie, por su parte, afirma:

“El delito no es una cosa. Es un concepto aplicable en ciertas situaciones sociales donde es posible cometerlo y cuando a una o varias partes les interesa que se aplique. Podemos crear el delito creando sistemas que requieran esa palabra. Podemos extinguirlo creando los tipos opuestos de sistemas.” (1984:101)

Estudiando estos discursos es fácil preguntarse ¿Si la pena es una consecuencia del delito, qué sucede si el delito no existe? Al respecto, Muñoz Gómez –siguiendo los planteos de Baratta- establece que no podemos seguir sosteniendo que la pena es consecuencia del delito. En primer lugar porque los conceptos de pena y delito tienen una historia diferente, y sólo coinciden en parte cuando la pena pretende ser legitimada a través de la legalidad.

En segundo lugar, porque no siempre a la comisión de un delito le sigue como consecuencia una pena. El estudio de la realidad nos presenta *otras consecuencias del delito*, como la existencia de impunidad, cifra negra y “penas extralegales” (ejecuciones extrajudiciales, linchamientos, entre otras) (1992:46-47).

## 1.5. Negación del carácter ontológico de la pena

Muñoz Gómez niega el carácter ontológico de la pena ya que ésta no es más que el producto de procesos históricos de definición. Entre sus argumentos encontramos:

- a. El hecho de causar daño o infligir dolor a una persona adquiere distintos significados de acuerdo con el contexto en que se ejecute. Su significado dependerá de las definiciones que se impongan en el contexto determinado.
- b. La separación histórica dada entre delito y pecado, y de sus dos reacciones, pena y penitencia, llevan a negarle el carácter ontológico tanto a la pena como a la penitencia, y obviamente al pecado y al delito.
- c. Una mirada histórica a los sistemas punitivos permite observar que las penas cambian en el tiempo y el espacio. Hay, por un lado, formas punitivas que han desaparecido casi por completo: mutilaciones, destierros, galeras, pena de muerte; Y por otro lado, formas

punitivas de reciente aparición, pero que han conquistado prácticamente la totalidad del ámbito del castigo: penas privativas de libertad.

d. El papel desempeñado por los antecedentes inmediatos de la prisión –casas de corrección- en el disciplinamiento o devenir histórico de una clase social, que de campesina pasa a convertirse en verdadera clase obrera, también demuestra que antes de ser considerada en forma exclusiva como pena, más bien, era uno de los mecanismos de acumulación del capital (ídem,21-23)<sup>6</sup>

## 1.6. La selección de los más vulnerables

En el sistema penal existe un proceso de selección, estigmatización y condicionamiento criminalizante. En este proceso los estereotipos proporcionados por los medios de comunicación son esenciales. Este estereotipo se nutre de caracteres generales de los sectores mayoritarios más desposeídos, y la clientela para este bombardeo son los sujetos más vulnerables, más inmaduros, los menos inteligentes o los menos hábiles de este sector (es decir, los más vulnerables de los vulnerables). Éstos son los destinatarios de las penas (Zaffaroni, 1998).

Este proceso selectivo existe desde que existen las penas. Zaffaroni describiendo la obra de Spee (autor de la *Cautio Criminalis*) comenta:

“Dice [Spee] que si éste procedimiento [la inquisición] se proyectara al futuro de forma indefinida, toda Alemania sería quemada y como ello no puede ser, se seleccionan las mujeres más estúpidas que encuentran para quemarlas y el único límite que se opone a este poder es la riqueza y el poder de los príncipes y magistrados, con lo cual se adelanta a Sutherland en unos trescientos años” (2004:37-38)

## 2. INTENTO DE UN CONCEPTO DE PENA

---

<sup>6</sup> Sobre el tema de la prisión ver también a Guaimarães, C. “Revisão crítica da pena privativa de liberdade: Uma aproximação democrática” **XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Primero Nacional de Derecho Penal y Criminología**: 247-267. Universidad de Guayaquil, ARA Editores, Ecuador, 2005.

Siguiendo las ideas de Jesús Muñoz Gómez, en este trabajo nos interesa más un concepto sociológico que jurídico de la pena. En este sentido revisaremos dos conceptos de dos autores de nuestra América:

Emiro Sandoval Huertas: “la pena es la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable” (Muñoz Gómez, 1992:26)

Juan Bustos Ramírez: “la pena no es sino autoconstatación (ideológica) del Estado, no es, pues, neutral, como no es neutral el Estado. Mediante la pena, el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él erigido sigue vigente... Mediante la pena el Estado (...) ejerce la función de protección de su sistema, luego de los bienes jurídicos que ha fijado.” (1982:180)

Según Muñoz Gómez estos conceptos no son del todo completos ya que:

- a. Es falso que el Estado se reconoce en la pena, al contrario, la niega y la oculta.
- b. Existen otras penas más allá de las formalizadas por el Estado. Son las reacciones informales inherentes a la pena: ejecuciones extrajudiciales, el etiquetamiento, victimización de familiares, etc (1992:28-31).

## 2.1. Elementos comunes

Después de revisar varios conceptos de pena, Muñoz Gómez señala que existen al menos dos elementos comunes a partir de los cuales se define la pena: su naturaleza y su finalidad (ídem, 31).

### 2.1.1. Naturaleza de la pena

- La pena como reacción negativa sería siempre un mal. Excepto en los modelos teóricos-abstractos basados tanto en la expiación como en la retribución, de los que hablaremos más adelante.
- La pena no sólo es aquella que es impuesta por el Estado de manera formal, la pena comprende todas las reacciones informales de la sociedad y del Estado (ídem, 31-47).

### 2.1.2. Finalidades

Es lugar común que cuando trata de explicarse qué es la pena, se recurra a describir sus finalidades, dando por sobreentendido su concepto. Concepto que “en el fondo no aparece por ningún lado” (idem, 47).

Es una legitimación automática que se hace de la pena, a través de un discurso que explica sus finalidades. Toda la discusión gira en torno a los fines de la pena, pero no se discute nunca qué es la pena. Ni siquiera las teorías absolutas buscan un concepto de ella, ya que según este enfoque la pena es un fin en sí misma. Esto no es más que –como la llama Muñoz Gómez- la reificación<sup>7</sup> de la pena (idem, 48). En la sección siguiente nos acercaremos a estas teorías reificadoras de la pena.

## 3. FINES DE LA PENA

Estas teorías reificadoras de la pena le huyen a todo tipo de análisis interdisciplinario, desdeñan el análisis sociológico y todo tipo de acercamiento con la realidad. Esto es totalmente razonable, ya que el discurso deslegitimante fue obra principalmente del saber sociológico (Zaffaroni, 1998:50).

Se refugian en el derecho penal y su función como *programa normativo*, con independencia de que en la realidad logren o no cumplir con su función o fines.<sup>8</sup> La dogmática penal se limita a describir teorías sólo en el plano filosófico-jurídico y (supuestamente) político-criminal. Tratando de construir, de esta forma, una concepción ontológica tanto de la pena como del delito (Mir Puig, 1998:45 y Muñoz Gómez, 1992:55).<sup>9</sup> En las próximas secciones recorreremos estos caminos legitimantes...

<sup>7</sup> Cosificar algo, darle existencia, convertirlo en cosa.

<sup>8</sup> Advertimos que con este comentario no estamos confundiendo a la función con el fin. Como afirma Muñoz Gómez: “Las teorías de los fines de la pena son doctrinas normativas aceptadas o rechazadas conforme con valores. Por el contrario, las funciones que la pena cumple son teorías descriptivas de las cuales resultan aserciones formadas sobre la base de la observación de los hechos y por lo tanto susceptibles de ser verificables o falseables” (1992:50).

<sup>9</sup> Zaffaroni al comentar el proceso de deslegitimación y desprestigio de los sistemas penales y sus discursos, resalta que ese proceso “fue acompañado por un paralelo empobrecimiento filosófico del discurso jurídico-penal, hasta el punto de sobrevivir casi intactas dentro de ese mismo discurso, concepciones del hombre o antropologías filosóficas que hace muchas décadas han desaparecido de las corrientes generales del pensamiento” (1998:49).

### 3.1. Teorías absolutas

Para Muñoz Conde, estas teorías son las que atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Mir Puig, por su parte, señala que la función que le asignan estas teorías a la pena es la “realización de la justicia”. Función que se impone con carácter absoluto, de allí que reciban el nombre de teorías absolutas.<sup>10</sup> Para ellas, el sentido de la pena radica en la *retribución*, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena (Mir Puig, 1998:49 y Muñoz Conde, 1992:71). Estas teorías conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como *castigo*, *compensación*, *reacción*, *reparación* o *retribución* del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente la pena no es considerada como un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento. Todas estas teorías encuentran su base en la máxima: “es justo devolver mal por mal” (Ferrajoli: 2001:253-254).

La tesis de la retribución responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Esto se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas (Mir Puig, 1998:46-49):

**3.1.1. Fundamento religioso:** El principio de “devolver mal por mal” gira en torno a varias ideas elementales de corte religioso: el “pecado”, la “venganza”, la “**expiación**”, el “juicio final” y la del “reequilibrio” entre pena y delito. Se parte de un paralelismo entre la exigencia religiosa de justicia divina y la función de la pena. Estas ideas han ejercido siempre “una fascinación irresistible sobre el pensamiento político reaccionario y nunca se han abandonado del todo en la cultura penalista” (Ferrajoli: 2001:254).

Sandoval Huertas nos explica cómo la pena no siempre ha sido considerada como un mal. Cuando se refiere al modelo teórico tanto de la expiación como de la retribución, manifiesta que en ambos se empieza a decir que el reo es beneficiario del castigo:

---

<sup>10</sup> “Absoluta porque no se dan razones. Uno castiga porque sí...(…) Tal teoría absoluta del castigo está completamente pasada de moda entre los pensadores penales modernos. No da razones, no muestra utilidad (...) Sin embargo, no es casualidad que las teorías absolutas del castigo hayan pasado de moda, y que las teorías penales dominantes de nuestro tiempo sean de tipo utilitario, con el dolor como tratamiento o como instrumento disuasivo” (Christie, 1984:137-138)

“La tesis expiacionista y por consiguiente la retribucionista suponen, en cambio, que el sentenciado como autor de un hecho punible recibe un beneficio a través de la ejecución de la pena y que, por ende, el mismo posee interés en que la sanción se haga efectiva. Tal suposición proviene, a su vez de otra: de que solo tras su reconciliación con la divinidad (expiación) o con la colectividad (retribución) podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual; de allí que a éste le afane expiar o retribuir el daño ocasionado con su conducta” (Huertas en Muñoz Gómez, 1992:33)

**3.1.2. Fundamento ético** (la retribución ética): La filosofía de los valores. El mundo del derecho (perteneciente a las ciencias del espíritu o culturales) no es el mundo de la naturaleza o la causalidad, el derecho necesita y utiliza módulos propios de valoración (Agudelo, 1995 y Mir Puig, 1998). Según Kant, el hombre es un *fin en sí mismo*, por lo que la pena sólo se aplicaría como una exigencia de la justicia: la ley penal es un *imperativo categórico*, una “exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras” (Mir Puig, 1998:46-47).<sup>11</sup>

Para Kant la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ese es su único fundamento y es por ello que señala que si el Estado se disuelve<sup>12</sup> tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre éste (Bustos, 1982:153). Como puede evidenciarse el carácter utilitario de la pena carece de relevancia, lo importante en ella es la imposición de una justicia de validez *universal*, que tiene una fuerte carga moralista. De allí la idea de la imposición de un mal como algo justo (Jakobs, 2005:22-24).<sup>13</sup>

**3.1.3. Fundamento jurídico** (la retribución jurídica): Hegel justifica la necesidad de restablecer la vigencia de la “voluntad general” representada por el orden jurídico, que resulta negada por la “voluntad especial” del delincuente. Si la “voluntad general” es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo

<sup>11</sup> Al respecto, Zaffaroni cuando analiza el problema de la culpabilidad señala: “La acentuación etizante del derecho penal impactó también a la culpabilidad y, en la medida en que esa impronta tornaba nebulosos algunos límites entre ética y derecho, pecado y delito, corrección y pena, comprometía la función garantizadora del discurso jurídico-penal” (1998:269)

<sup>12</sup> Este es el ejemplo de la isla utilizado por Kant: “un pueblo que vive en una isla decide por <<unanimidad de todos sus miembros>> disolver la <<sociedad civil>>; según Kant en este caso todavía tiene que <<ser previamente ejecutado el asesino que se encuentre en prisión para que todo el mundo experimente el valor de sus hechos>> y no se produzca una <<lesión de la justicia>>” (Jakobs, 2005:21-22)

<sup>13</sup> “Pero ¿cuál es el destino del delincuente? Kant responde con una especie de imperativo categórico invertida en negativo: <<el mal inmerecido que ocasionas a otro ciudadano te lo haces a ti mismo... Sólo el derecho de retribuir con el mismo mal (*ius talionis*)... puede determinar de forma concreta la calidad y cantidad de la pena...” (idem, 27)

la afirmación de la voluntad general (tesis, antítesis y síntesis) (Mir Puig,1998:47 y Jakobs,2005:39-40).

Entonces, para Hegel la pena es la negación del derecho, cumple sólo un papel restaurador o retributivo y por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena, ningún otro factor influye sobre ella (Bustos, 1982:152-153). Para Jakobs, el desarrollo del lado social del delito se halla en el centro de la teoría de la pena de Hegel, según la cual “el delito precisamente no se dirige contra “otro en el pueblo”, sino contra la estructura social, contra el Derecho mismo, más aún, contra el principio de la juridicidad, el “Derecho en cuanto Derecho” (2005:38).

En la línea retribucionista se expresaron también Carrara, Binding, Mezger y Welzel (Bustos, 1982:153-154).

#### **3.1.4. Críticas a las teorías absolutas**

1. Para Ferrajoli, estas ideas están basadas en la “supervivencia de antiguas creencias mágicas” que derivan de una confusión entre derecho y naturaleza: la idea de la pena como restauración, remedio o reafirmación del orden natural violado; las religiosas del talión o de la purificación del delito a través del castigo -ahora ejercidas por el Estado (Bustos: 1982:154)-; o las menos irracionales de la negación del derecho por parte del ilícito y de la simétrica reparación de éste a través del derecho. “En todos los casos esta concepción primordial de la justicia penal es filosóficamente absurda” (2001:254-255).
2. Estas teorías también confunden dos problemas completamente distintos: el “fin general justificador” de la pena, que no puede ser sino utilitario y mira hacia el futuro, y el de su “distribución”, que tiene como base la retribución y por consiguiente mira hacia el pasado. “Confundiendo a su vez la razón judicial con la razón legal de la pena, esto es, el problema del <<cuándo castigar>> con el de <<por qué castigar>>” (ídem, 256).
3. De todo lo anterior se sigue que estas doctrinas resultan idóneas para justificar modelos autoritarios de derecho penal máximo (ídem, 257). Además, como afirma Bustos, no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad humana que la pena solo consista en

un mal, otra cosa es que lleve como efecto necesario un mal; “tal unilateralidad evidentemente está marcada por la idea del talión o la venganza, que no resulta adecuada para la concepción de un Estado de Derecho” (1982:156).

Mir Puig cuestiona estos enfoques “absolutos” con el siguiente argumento:

“La función del Estado moderno no se ve generalmente en la realización absoluta de la justicia sobre la tierra. Esta tarea se considera hoy un cometido más moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la ética o la religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico” (1998:49)

4. Zaffaroni, va más allá, e identificado con Jean Paul Marat, califica a estas posturas como contractualistas, las cuales plantean el problema siguiente:

“...la cuestión sería obvia en una sociedad “justa”, en la que la pena alcanzase a todos los violadores del derecho y en que todos dispusiesen del mismo espacio social, pero en sociedades reales, en que esto no sucede en ninguna –y mucho menos en nuestro margen- la pena retributiva queda deslegitimada.”(1998:86)

De las críticas al retribucionismo surgen los planteamientos prevencionistas (teorías relativas), que han intentado superar los fundamentos de las teorías absolutas.

### 3.2. Teorías relativas (o de prevención)

Para Muñoz Conde, éstas son las que atienden al fin que persigue la pena. Se preocupan no del fundamento de la pena, sino de ¿para qué sirve la pena? Mir Puig, indica que mientras las teorías absolutas parten, en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin tomar en consideración otros fines de utilidad social, las teorías relativas asignan a la pena el fin utilitario de la **prevención de delitos** futuros como medio de “protección de determinados intereses sociales”. Se trata de una *función utilitaria*, que no se funda en postulados religiosos o morales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, sino como instrumento, como medio dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro (Mir Puig, Ferrajoli,2001:252 y Bustos,1982:156).

Frente a las teorías absolutas, las teorías preventivistas reciben el nombre de **teorías relativas**. Ello -según el profesor Mir Puig- se debe a que, a diferencia de la justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales (1998:49-50)

Estas teorías se distinguen según el quantum de sus destinatarios y de sus efectos preventivos, en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

### 3.2.1. Teoría de la prevención especial

La prevención especial se dirige a la persona del delincuente. Diferentes corrientes la postulan, el correccionalismo en España, la escuela positiva italiana, la dirección político criminal de Von Liszt en Alemania y la defensa social de Mar Ancel en Francia (Bustos, 1982:164).

Para la prevención especial el fin de la pena es la **corrección y educación** del delincuente (individualmente considerado como un ser anormal), a través de su **aseguramiento**, para que éste se aparte de la comisión de futuros delitos.

Según este enfoque, ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, enmendar o rehabilitar (doctrinas moralistas), siempre que ello sea posible; en caso contrario lo que procedería sería la inocuización (doctrinas naturalistas de la “defensa social”) (Bustos y Ferrajoli). Ferrajoli nos dice que estos enfoques no miran tanto al delito como al delincuente, no a los hechos sino a los autores, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo. Su fin no sólo es el de prevenir delitos, sino también de “transformar personalidades desviadas de acuerdo con un proyecto autoritario de homologación o, alternativamente, de neutralizarlas mediante técnicas de amputación y saneamiento social” (2001:265).

Bustos explica el surgimiento de estas versiones penales del determinismo positivista, de la siguiente manera:

“El desarrollo del Estado durante el siglo XIX y sus continuas disfuncionalidades, con grandes crisis y levantamientos populares, plantean la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales, también en los de tipo criminal. El hombre no puede concebirse ya como un ser bueno y libre por naturaleza, sino por el contrario sujeto a determinaciones; luego el criminal aparece determinado al delito e intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica y social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él, para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de la sociedad, se trata entonces de llevar a cabo una defensa social contra los enemigos de la sociedad. En tal sentido la retribución resulta inadecuada pues parte de un ser libre e igual por naturaleza, y eso es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un peligroso social. Por otra parte también la prevención general resulta ineficaz, ya que parte

de la posibilidad de motivar, aunque sea por el miedo a los individuos, y ello –no- es posible en el caso de los delincuentes, pues están determinados y carecen de la racionalidad suficiente para sopesar costos y beneficios del delito” (idem, 164-165)<sup>14</sup>

### 3.2.1.1. Ideología del tratamiento

Desde esta perspectiva, el concepto de pena como un mal parece ambiguo. Al respecto Muñoz Gómez destaca que:

“En efecto, si la finalidad de la pena es la reeducación y reinserción social del condenado, se supone que tanto la sociedad como el reo son beneficiarios de la pena, y por ende estarían interesados en su aplicación. (...) De la misma forma, la duración de la pena solo estaría limitada por el tiempo necesario para lograr la resocialización, sin importar la gravedad del delito ni los efectos sobre la sociedad.

Adicionalmente, la introducción de una metodología científica para lograr la reeducación del penado –tratamiento-, desde el punto de vista teórico descartaría la posibilidad de causar daño al sujeto, con lo cual se destierra el concepto de mal de la resocialización...”(1992:33-34)

Esta teoría, además, es armonizable con una criminología etiológica, que busca las causas y factores que llevan a los hombres a delinquir. “Por supuesto la respuesta se halla en ese delincuente anormal, a quien necesariamente hay que *tratar*” (ídem, 58).

Lo que no se podía hacer como castigo no encontraría objeciones si se realizaba como tratamiento. “Este podría también causar dolor; pero igualmente lo causan muchas curas, y este dolor no tiene la finalidad de ser dolor, sino de ser cura. El dolor se vuelve así inevitable, pero éticamente aceptable” (Christie, 1984:27).

Christie, cuando nos habla sobre el tratamiento -después de comentar el origen médico-militar de Cesare Lombroso (punta de lanza del positivismo criminológico) y su revelación ante el cráneo de Videla (donde halló rasgos atávicos ¿o estigmas demoníacos?<sup>15</sup>)- se pregunta acerca de la naturaleza del criminal nato:

“...¿eran delincuentes comunes, ladrones?, o ¿eran campesinos rebeldes?; ¿se resolvía la cuestión de la naturaleza y causa de la criminalidad basándose en el cráneo de un enemigo político? De cualquier manera, las causas del crimen se atribuían firmemente al interior del cuerpo. Los criminales eran diferentes a la mayoría de la demás gente; y había que

<sup>14</sup> Ver también: Ferrajoli, 2001:264,267

<sup>15</sup> “Estos estigmas siempre han sido afirmados por toda la criminología etiológica, siendo suficiente para ello con mencionar a Lombroso. Pérdida de sensibilidad cutánea, tatuajes y agujas, son los elementos comunes al discurso inquisitorio y lombrosiano, sólo que en la inquisición los signos o marcas los ponía el diablo, en tanto que para Lombroso los colocaba la biología”(Zaffaroni, 2004:38).

hacerles frente con métodos científicos. Había que internarlos o darles tratamiento, de acuerdo con las necesidades de cada criminal (...)” (1984:30-31)<sup>16</sup>

### 3.2.1.2. La diferenciación de las penas

El autor que logró universalizar la prevención especial fue Von Liszt, quien consideró al delincuente como objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección o aseguramiento (Muñoz Conde y Muñoz Gómez). Ya en su famoso Programa de Marburgo planteó que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o habitual incorregible, la pena tendría por fin la intimidación individualmente considerada, la corrección (o resocialización) o la inocuización (o neutralización) (Bustos, 1982:166 y Ferrajoli, 2001:268).

Sobre este punto, Mir Puig nos dice que la finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología (etiología):

1. Frente al *delincuente ocasional* necesitado de correctivo, la pena constituye un **recordatorio (intimidación)** que le inhibe de ulteriores delitos.
2. Frente al *delincuente no ocasional pero corregible* (delincuente habitual) deben perseguirse la **corrección y resocialización** por medio de una adecuada ejecución de la pena. Llamada también *prevención especial positiva* (Muñoz Gómez, 1992:57)
3. Frente al *delincuente habitual incorregible* la pena ha de perseguir su **inocuización** a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo. Llamada también *prevención especial negativa* (ídem, 57)

Entonces, según el mencionado profesor, la función de la pena para Liszt es la prevención especial por medio de la **intimidación** (del delincuente no de la colectividad), la **corrección o resocialización** y la **inocuización** (Mir Puig, 1998:53-54)

Sin embargo, Mir Puig explica que la prevención especial no puede, por sí sola, justificar el recurso de la pena: en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y, finalmente, en ocasiones no será lícita (ídem, 56).

<sup>16</sup> A Lombroso le siguieron, Ferri en Italia, Liszt en Alemania, Getz en Escandinavia... Más adelante Christie destaca: “El estado liberal no era tan liberal cuando se trataba de establecer las condiciones externas para el libre flujo de la empresa económica”

Ferrajoli explica como esta teoría del fin penal está menos condicionada por presupuestos filosóficos; a la vez que refleja el “proyecto autoritario de un liberalismo conservador” para defender penalmente la estructura político-económica existente. Ferrajoli para ejemplificar el carácter clasista de Liszt cita textualmente a este autor:

“La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de la misma... Se trata en efecto sólo de un eslabón, si bien el más significativo y peligroso, de esa cadena de manifestaciones patológicas de la sociedad que solemos agrupar bajo la denominación comprensiva de *proletariado*. Mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos dedicados a la prostitución y alcoholizados, fulleros y sujetos de vida equívoca, degenerados física y espiritualmente, todos ellos concurren para formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo *estado mayor* está formado precisamente por los delincuentes habituales” (2001:268-269).<sup>17</sup>

Entonces, para resumir, tenemos que la prevención especial se divide, según sea el caso, en positiva y negativa:

### 3.2.1.3. Prevención especial positiva (o de la corrección)

Es la que se da a través de la corrección del delincuente. Los delitos son considerados como una patología y las penas como su terapia. Estas doctrinas de la enmienda o tratamiento “confunden el derecho con la moral, concibiendo al reo como un pecador a reeducar coactivamente y confiando a la pena funciones benéficas de arrepentimiento interior; las de la defensa social y las teleológicas confunden por el contrario derecho y naturaleza, sociedad y estado, ordenamientos jurídicos y organismos animales, representando al reo como un enfermo o como un ser anormal al que hay que curar o eliminar. En todo los casos es la persona del delincuente más que el hecho delictivo –el pecador más que el pecado, el enfermo más que el síntoma de enfermedad- el que pasa a primer plano a los fines de la calidad y cantidad de la pena” (Ferrajoli, 2001:270).

<sup>17</sup> “La pena es coacción... respuesta al hecho... de una persona racional,... desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose por lo tanto, la configuración de la sociedad... el autor es tomado en serio en cuanto persona... la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo:... prevención especial... efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso” (2003:23-24) No, no es Liszt, es Günter Jakobs...

#### 3.2.1.4. Prevención especial negativa (o de la incapacitación)

La prevención especial negativa es la que se da a través de la eliminación o neutralización del delincuente (Ferrajoli). Es una de las justificaciones más sinceras y transparentes de la doctrina, posiblemente a ello se deba que ésta sea una de las menos discutidas... No actúa –ni se preocupa- sobre las causas, sólo trata de contener algunos efectos, siendo, de esta manera, una respuesta eminentemente reaccionaria.

#### 3.2.1.5. Críticas a la prevención especial

1. Este enfoque puede representar el “máximo de deshumanización y de absolutismo arbitrario al querer imponer sólo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o la divergencia” (Bustos, 1982:170).<sup>18</sup> Instrumentaliza al hombre para los fines del Estado, con lo cual se le cosifica y se pierde el respeto por su dignidad, que es uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho. Con esto no queremos negar la importancia de la formación de una conciencia colectiva y solidaria en el hombre (ésta es vital para la humanidad), lo que no se puede admitir es que éste sea suprimido como individuo. Esto toca la legitimidad misma del Estado, en este sentido, Bustos parafraseando a Roxin se pregunta:

“...qué es lo que puede legitimar a una mayoría para subyugar a una minoría conforme a sus formas de vida, de dónde surge un derecho a educar contra su voluntad a personas adultas, por qué ciertos ciudadanos no pueden vivir como se les plazca; pareciera muy pobre como fundamentación de ello el hecho de que tales personas son molestas o incómodas para la mayoría” (1982:168)

2. En sintonía con el punto anterior, estas doctrinas son las “más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas y jutifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado” (Ferrajoli, 2001:270)

<sup>18</sup> “Por otra parte tiende a acentuar la llamada ideología de la divergencia, esto es, de plantear las cosas en blanco y negro conforme a un solo orden verdadero, y en ese sentido distinguir entre normales y anormales, entre sanos y enfermos: requeridos de tratamiento son entonces aquellos que tienen perturbaciones para entender el valor, el bien. La resocialización o el tratamiento como criterio de validez general o sustento fundamental de la pena aparece cuestionable en su propia legitimidad y solo podría, bajo determinadas condiciones, en especial el consentimiento del sujeto, acogerse frente a ciertos casos particulares, y, en todo caso, prescindiendo de la ideología de la diferenciación que la preside.” (ídem) Ver también en este sentido a Ferrajoli, 2001:264

3. Como ya mencionamos, la ideología del tratamiento está basada en los conceptos del pensamiento utilitario y científico; sin embargo, la utilidad del tratamiento no ha sido confirmada.<sup>19</sup> El tiempo ha demostrado que, más allá de las nomenclaturas, los centros de tratamiento no eran más que prisiones y que el tratamiento no *trataba con éxito* (Christie,1984:31-33). La idea de la prevención especial positiva considera que sólo la pena carcelaria, y no otra, tiene que ver con la finalidad reeducadora (Ferrajoli, 2001:271), razón por la cual afronta dificultades prácticas y metodológicas para plantear de manera genérica un criterio de prevención especial. Hay delincuentes que no requieren tratamiento, hay otros que no son susceptibles de tratar (los llamados incorregibles de Liszt), y en cuanto a los corregibles, las estadísticas sobre su corrección son discutibles. Extensa literatura especializada ha mostrado que no existen penas correctoras o terapéuticas y que la cárcel, en particular, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito. Represión y educación son en definitiva incompatibles (Bustos, 1982:169 y Ferrajoli, 2001:271).
4. Estas ideologías al suponer una concepción del delincuente como ser anormal e inferior – adaptable o inadaptable-, si son llevadas a sus últimas consecuencias darían lugar a doctrinas inhumanas como las de “crianza” o la “eliminación” eugenésicas (Ferrajoli, 2001:272).
5. Siguiendo a Muñoz Gómez, afirmamos que, la prevención especial implica por un lado la reificación del delincuente (del sujeto considerado como “anormal”) y por el otro la reificación del delito, ya que parte del supuesto tácito de que las normas sociales, entre ellas las penales, están bien y en relación con ellas nada hay que hacer ni estudiar (ideología del consenso). Negando, de esta manera, cualquier crítica a la sociedad y a sus valoraciones, pues entienden que quien está mal es el sujeto y no la sociedad. Por otra parte, esta teoría no implica en sí misma una concepción ontológica de la pena, pues la concibe como vacía de contenido y solo legitimable por su fin utilitario.

Este discurso positivista (reduccionista-biologicista) de la prevención especial fue la expresión del discurso racista neo-colonialista del siglo XIX. Predominó durante muchas décadas, para dar luego paso al neokantismo (Zaffaroni, 1998) y a la ideología de la prevención

---

<sup>19</sup> “Con excepción de la pena capital, la cadena perpetua y posiblemente la castración, ninguna cura ha resultado ser más eficiente que las demás como medio para impedir la reincidencia” (Christie, 1984:33).

general. En la doctrina se presenta una dicotomía entre las ideas de tratamiento que ceden su lugar a la idea de la necesidad de una prevención general. Estas dos ideas expuestas como distintas, en realidad están estrechamente relacionadas, “son ideologías gemelas” (Christie, 1984:35-36). En el punto siguiente trataremos, entre otros, este tema.

### 3.2.2. Teoría de la prevención general

En este caso el fin preventivo se dirige a la sociedad en general. Ha sido sustentada entre otros por Bentham, Schopenhauer y Feurbach. Pero a quien se le concede la especial paternidad de esta posición, por la nitidez con que la expresó es a Feuerbach (Bustos, 1982:157).

Feuerbach afirma que el “Estado debe buscar la protección del orden jurídico mediante penas... En la medida en la que el Estado (...) no puede físicamente <<encadenar a todos los ciudadanos>>, tiene que hacer uso de <<cadenas>> psíquicas eficaces” (Jakobs, 2005:32-33).

Sobre la prevención general Bustos afirma que:

“Esta teoría se debate entre dos ideas: la utilización del miedo y la valoración de la racionalidad del hombre. En el fondo esta teoría si no quiere caer en el totalitarismo total, en el terror, en la consideración del individuo como un animal que responde solo a presiones negativas, tiene necesariamente que reconocer, por una parte, la capacidad racional absolutamente libre del hombre, lo cual es una ficción al igual que el libre albedrío, y, por otra, un Estado absolutamente racional en sus objetivos, lo que también es una ficción” (1982:158)

#### 3.2.2.1. Ideología de la disuasión

Cuando hablamos de la prevención especial, mencionamos que la ideología del tratamiento (prevención especial) es la hermana gemela de la ideología de la disuasión (prevención general). Christie lo explica de la siguiente manera:

“Tienen en común el elemento manipulativo. El tratamiento tiene por objeto cambiar al delincuente; la disuasión es un intento de cambiar la conducta de la gente. En ambos casos es un dolor con un propósito. Se supone que tiene lugar algún tipo de modificación de conducta.

Otro elemento común es que uno y otro están firmemente incrustados en la ciencia” (Christie, 1984:36).

Sin embargo, el autor destaca una ventaja que la disuasión tiene sobre el tratamiento:

“...los problemas y potencialidades que se han de medir son los mismos dentro de la prevención general y el tratamiento... (...) Pero también hay diferencias entre las dos. Llama particularmente la atención la mayor *capacidad de supervivencia* de las ideas dentro del campo de la disuasión o prevención general... es un asunto mucho más difícil de investigar...

Las razones son simples: los efectos del tratamiento por lo menos tenían un blanco formalmente claro: los que recibían tratamiento; con la prevención general o disuasión estas cuestiones son más complicadas: la población general, toda o en parte, es el blanco...  
...La teoría se fortalece al afirmar que está fundada en la ciencia, pero sobrevive al escrutinio empírico” (ídem, 37-39).

La prevención general, al igual que la especial, se divide en positiva y negativa.

### 3.2.2.2. Prevención general positiva (o de la integración)

La prevención general positiva es la que se da a través de la integración disciplinar de todos los asociados, es decir, a través del reforzamiento de la fidelidad de los asociados al orden constituido (Ferrajoli). Para Mir Puig es una afirmación positiva, de convicciones jurídicas, conciencia social y respeto al derecho (1998:50-51).

Al respecto, queremos mencionar que en la academia, especialmente en nuestra América, actualmente se está vendiendo un “aparente” nuevo producto: *la doctrina de Günter Jakobs*, que “inspirándose en las ideas de Niklas Luhmann, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento jurídico y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones” (Ferrajoli, 2001:275).<sup>20</sup>

La pena, afirma Jakobs, no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, es decir, prevención negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. La pena es prevención-integración en el sentido que su función primaria es “ejercitar” el

<sup>20</sup> Como dice Ferrajoli, Baratta (1985:14) y Zaffaroni (1998,2004) estas doctrinas no son del todo nuevas. Gabriel Tarde a finales del siglo XIX fundamentó el utilitarismo penal precisamente en el valor que socialmente se atribuye a los factores irracionales de la indignación provocados por el delito y satisfechos por la pena. En el plano sociológico, “la teoría sistémica de Jakobs no añade nada a la teoría de la desviación de Émile Durkheim, que había concebido en términos semejantes la pena como factor de estabilización social” (Ferrajoli, 2001:275). A diferencia de la teoría de Durkheim, quien nunca pretendió dar una justificación, sino sólo una explicación de la pena, esta doctrina no es más que “una ideología de legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena.” Que reduce al individuo a un “subsistema físico-psíquico” funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, esto viene acompañado inevitablemente de un derecho penal máximo e ilimitado, “programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona” (ídem).

reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad (Baratta, 1985:3 y 6). Jakobs lo explica de la siguiente manera:

“Función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para la relación social. El contenido de la pena es una contradicción de la negación de la autoridad de la norma, a costa del infractor de ésta.” (Jakobs citado por Baratta, 1985:12)

### 3.2.2.3. Prevención general negativa (o de la intimidación).

La prevención se da a través de la disuasión o intimidación de los ciudadanos, mediante el ejemplo o la amenaza de la pena. Grocio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri, Bentham y Feuerbach se encuentran entre sus exponentes (Ferrajoli, 2001:275).

Para ella, el fin de la pena es la *intimidación* de toda la ciudadanía, para que ésta se aparte de la comisión de delitos. Su principal representante –como ya mencionamos- fue Feuerbach, que consideraba la pena como una “coacción psicológica”, una “amenaza previa de ley”, que se ejerce en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos (Muñoz Conde, 2001:71-72).

En este caso, se sanciona al sujeto para intimidar a los demás miembros de la sociedad, es decir por algo diferente de su acto, y ya que el grado de intimidación depende de la gravedad de la sanción, esta teoría tiene una tendencia hacia el terror penal (Muñoz Gómez, 1992:60).

Dentro de la prevención general negativa cabe distinguir:

- a) Las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del ejemplo ofrecido por la imposición de la pena llevada a cabo por la condena;
- b) Las de la intimidación dirigida también a la generalidad, pero por medio de la amenaza de la pena contenida en la ley (Ferrajoli, 2001:276).

### 3.2.2.4. Críticas a la prevención general

1. No se ha confirmado aún el efecto preventivo general de las penas. No parece posible comprobarlo, “por lo menos en el estado actual de las ciencias sociales, lo cual la convierte entonces en una cuestión de fé o simplemente de disquisición filosófica y, por tanto, contradictoria con el postulado de utilidad social” (Bustos, 1982:161,164 y Larrauri)

2. No explica por qué frente a la *falta de coacción* una gran cantidad de ciudadanos no delinquen y esto desde un punto de vista de *investigación y democrático* resulta mucho más importante (Bustos, 1982:162)
3. El planteamiento de la prevención general tiende (o debería tender) a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme a los fines sociopolíticos del Estado, con lo cual también se trasgrede otro pilar del Estado de derecho, esto es, que solo se responde por los hechos cometidos y no por los fines que persiga el Estado, que significaría caer nuevamente en la arbitrariedad del absolutismo (Bustos, 1982:164). Esta crítica es común –como ya mencionamos- a la prevención general y especial.
4. En cuanto a la prevención general positiva, decimos con Baratta:
  - a) Para ella lo importante no es la lesión de bienes jurídicos sino la desconsideración del sistema, la falta de respeto: las personas no importan, lo que importa es el sistema. El individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un “subsistema físico-síquico” al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social (Bustos en Modolell, 2001:273, Baratta, 1985:4-6 y Muñoz Gómez, 1992:60)
  - b) La exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el derecho mediante la pena, contemporáneamente puede ser considerado como un criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, de otra parte, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva.
  - c) De esta forma parecen desplomarse dos baluartes erigidos por el pensamiento liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio de lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad. Lo que hace evidente, entre otras razones, que esta teoría es “funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal” (1985:6 y 16).

- d) Desconoce todos los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costos sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones (1985:18-19)<sup>21</sup>
- e) También decimos con Zaffaroni que la prevención general positiva es “casi en un discurso moralizante destinado a castigar o a corregir a “ciudadanos maleducados”, como si la sociedad fuese una “inmensa escuela” y el derecho penal un conjunto de previsiones para niños indisciplinados”(1998:257)<sup>22</sup>
5. En cuanto a la prevención general negativa, si bien por su carácter abstracto, mira al delito y no al delincuente en particular, poniendo a éstos a resguardo de tratamientos desiguales y personalizados con fines correctivos o de enmienda o terapia individual o social, o con fines de ejemplaridad represiva; igual tiene un resultado autoritario que sugiere la máxima severidad punitiva. Ferrajoli citando a Carrara lo describe así: “La intimidación lleva a un incremento perpetuamente progresivo de las penas, ya que el delito cometido, mostrando a las claras que ese culpable no ha tenido miedo a esa pena, demuestra que para infundir temor a los demás es necesario aumentarla” y más adelante cierra con Bettiol: “En la lógica de la prevención general hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos” (2001:278-279). Esto se percibe en nuestra cotidianidad cuando en la realidad estas ideas no se aplican “en esa forma elemental de la teoría”, sino que son aplicadas por los políticos cuando necesitan argumentos para legitimar políticas represivas (aumento de penas, leyes peligrosistas, lucha contra el crimen, etc.) (Avila, 2005:225-265). Por su parte, Christie explica cómo la *intimidación* no disuade a la colectividad de cometer delitos, dice que algunas personas no “escarmientan en cabeza ajena” (1984:39-41).
6. El fin de la prevención general, al estar trazado a partir de la sugerente idea de la prevención de delitos, puede caer fácilmente en el de la prevención especial y avalar por consiguiente

<sup>21</sup> Ante el advenimiento de la moda de la prevención general positiva en contra de los “enemigos”, Baratta advierte: “La negación de la ideología de la resocialización y el reconocimiento de la no realizabilidad de la utopía de la reinserción en el contexto del sistema penal no pueden ser considerados por sí solos como un progreso, si tienen lugar junto con una estabilización conservadora y una nueva legitimación de los instrumentos tradicionales del sistema penal” (1985:20).

<sup>22</sup> Nils Christie explica todo este “Plan educativo oculto”, que forma parte del neoclasicismo: culpa a los individuos y no a los sistemas; hace énfasis en la reglamentación del dolor, pasando a un segundo plano la importancia o necesidad de inflingirlo (desapareciendo el sufrimiento en un “niebla de mecanismos regulatorios”) (1984:59-71).

medidas y tratamientos *extra* o *ultra delictum* (Ferrajoli, 2001:279); lo que se evidencia en las teorías mixtas o eclécticas.

Por último, las teorías de la prevención general positiva y negativa, -como indica Muñoz Gómez (1992)- también conducen a la reificación del concepto de pena, ya que éstas se desentienden por completo de los contenidos de los valores de las normas y de la justicia que pretender reafirmar; así como el de las conductas que quieren evitar. Presuponiendo en todo momento un orden consensual.

### **3.2.2.5. Breves comentarios sobre el derecho penal mínimo o garantismo penal como discurso legitimante de la prevención general**

#### **3.2.2.5.1. El garantismo de Ferrajoli**

Para Ferrajoli el utilitarismo, al menos en la medida en que excluye las penas socialmente inútiles, es en suma el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, afirma también que el utilitarismo sigue siendo una doctrina ambivalente, ya que de éste -desde el punto de vista lógico- pueden distinguirse dos versiones del mismo, en cuanto al fin asignado a la pena y al derecho penal:

- a) *El fin se ajusta a la máxima utilidad posible, encargada de asegurar a la "mayoría formada por los no desviados"*. El fin sólo responde a los intereses de la seguridad social, distintos de los de aquellos a los que se inflige la pena, y por tanto hace imposible la ponderación entre costes y beneficios. En este modelo el utilitarismo resulta idóneo para fundamentar el derecho penal máximo, y no constituye de ningún modo una garantía frente a la arbitrariedad del poder.
- b) *El fin se ajusta al mínimo sufrimiento necesario que haya que infligir a la "minoría formada por los desviados"*. El fin también responde a los intereses de los destinatarios de la pena, que a falta de ésta podrían sufrir males extra-penales mayores, y por consiguiente hace conmensurables con ellos los medios penales adoptados. Este modelo limita el poder penal al mínimo necesario (2001:258-261).

Es con este segundo modelo con el que Ferrajoli se identifica.

### 3.2.2.5.2. Aspectos legitimantes de este discurso

Para Ferrajoli, el abolicionismo engendra el peligro de alternativas peores que el derecho penal: *reacción vindicativa* descontrolada (individual o estatal), *disciplinarismo social*, *vigilantismo*, entre otras. Ante esto, propone el “derecho penal mínimo”, afirmando que no pueden rechazarse los “fines” de las penas (Zaffaroni, 1998:108-111). Para este autor, el derecho penal está dirigido a cumplir una doble función preventiva, ambas de carácter negativo: la prevención de los delitos y la prevención general de las penas privadas, o arbitrarias o desproporcionadas. Entre estas dos, la segunda sería la más importante (Muñoz Gómez, 1992:61-62).

Por su parte, autores como Zaffaroni y Elena Larrauri hacen frente a estos argumentos que justifican a la pena y sus efectos “preventivos”, cuestionando tal afirmación:

“...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 de 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. (...) ...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...(…)...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.”<sup>23</sup>

Muñoz Gómez, complementa lo anterior, explicando cómo en la realidad la selectividad del sistema penal frente al elevado número de crímenes impunes no produce un elevado número de venganzas privadas. Concluyendo que la propuesta de Ferrajoli no cumple los requisitos que él mismo exige porque se trata de fines irrealizables (1992:64).

Por otra parte, Larrauri, argumenta que en los modelos alternativos propuestos por el abolicionismo, no se prescinde del derecho como mecanismo regulador que proporciona un marco de acción y de respeto a los derechos y garantías fundamentales, por lo que las críticas del garantismo no tienen razón de ser:

<sup>23</sup> Larrauri, E. **Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo.** <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/larrauri17.htm>, pp. 9-11. En esta misma línea Muñoz Gómez (1992:52-54, 61-64, 70-71).

“...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 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.” (Larrauri)<sup>24</sup>

Antes de cerrar este punto, queremos aclarar que no es nuestra intención desdeñar la importancia del minimalismo como “propuesta que debe ser apoyada por todos los que deslegitiman el sistema penal, pero no como meta insuperable, sino como paso o tránsito hacia el abolicionismo” (Zaffaroni, 1998:110).

### 3.3. Teorías mixtas o eclécticas

Intentan armonizar las teorías absolutas y las relativas, partiendo de la idea de la retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales (Muñoz Conde, 2001:72-74) (lo que demuestra que tienen una misma raíz). Esta postura es la dominante en la doctrina (Jescheck, Roxin, entre otros). Al estar basadas en las teorías anteriores absorben también la totalidad de sus críticas.

Las más simples son todas aquellas que a partir de Von Liszt trataron de combinar junto al criterio fundamental retributivo, la aplicación de medidas, esto es el planteamiento de la doble vía en el derecho penal, reconociéndole una naturaleza retributiva, pero que en caso de ciertos delincuentes es necesario proceder con criterios preventivo especiales, esto es, mediante medidas (idea del tratamiento) (Bustos, 1982:171).

Existen también otros intentos, más recientes, en los que –en términos de Bustos– se intenta más bien lograr una superación de las diferentes teorías. En cuanto a la prevención general diferentes autores tratan de paliar las objeciones que se le han hecho, presentando una concepción revisada de ella. Así por ejemplo, Hassemer abandona una prevención general “especial” o intimidatoria y se inclina por una prevención general “amplia”, que solo persiga la estabilización de la conciencia del derecho (muy semejante a la de Merkel, Jakobs y Carrara), con lo que se pretende convertir el derecho penal en un control social como tantos otros, pero que

<sup>24</sup> “...considerar el castigo simplemente como medio de control contra actividades indeseables es adoptar un punto de vista demasiado restringido (...) Para los inquisidores, el Infierno era una realidad, y repartían dolor con un propósito preventivo” (Christie, 1984: 44 y 124).

se diferencia de otros en cuanto está ligado a la protección de los derechos fundamentales del desviado por las normas (Bustos, 1982:173).

Roxin, por su parte, elabora una teoría que diferencia los distintos momentos en que actúa el derecho penal con la pena:

1. *Conminación penal*: en que aparece en primer plano la prevención general, entendida de forma amplia, semejante a lo que plantea Hassemer;
2. *Imposición y mediación de la pena*: que sería el momento de la realización de la justicia, que en el fondo es el planteamiento retributivo-preventivo general a semejanza de Adolf Merkel y de Günter Jakobs;
3. *Ejecución de la pena*: que es el momento de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente. (Bustos, 1982:175)

Como puede apreciarse, Roxin lo que hace es ubicar temporalmente a todas las teorías preventivistas con un toque retributivo, en un mismo argumento legitimante.

Para Zaffaroni estas posiciones mixtas corresponderían al *neo-idealismo*, el cual ofrece la base para la superposición del retribucionismo con la neutralización peligrosista (positivismo)<sup>25</sup> (1998:50-51). Christie, en este sentido, nos dice que:

“...detrás de la idea preventiva general está otra idea, que dice que algo tiene que suceder cuando se han hecho actos malos, algo análogo al luto. En otras palabras, muchos argumentos en favor del reparto de dolor como una necesidad para la prevención general o disuasión, podrían ser elementos de una teoría absoluta del castigo que estuvieran disfrazados (...)

La teoría absoluta del castigo disfrazada de teoría utilitaria es la que en una sociedad de representantes crea los fuertes incentivos para usar el dolor” (1984:139-143)<sup>26</sup>

### 3.3.1. La prevención limitada

Más recientemente, Mir Puig, nos dice que en un modelo de Estado Social y democrático de derecho, se exige que la pena cumpla una misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos, y ello sólo puede cumplirse mediante una pena cuya función sea la prevención. Esta idea de prevención ha de quedar *estrictamente limitada* por los principios que rigen justamente

<sup>25</sup> Ésta pretendió ser la filosofía oficial del fascismo italiano.

<sup>26</sup> En cambio “una teoría absoluta, vista como absoluta, y ejecutada por aquellos que están cerca de la escena de la mala conducta, no tendría necesariamente el mismo efecto. Una teoría absoluta de castigo, aplicada entre iguales colocados unos cerca de otros, en esta situación concreta muy probablemente se convertiría en un conflicto civil.”

a un Estado Social y democrático de derecho (protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, legalidad, servir a las mayorías con respeto de las minorías, etc) (Bustos, 1982:177-178). En palabras del propio Mir: “en un Estado Social y Democrático de Derecho la función es la prevención limitada de delitos”. Este planteamiento es considerado por Rosales (2005) como el “momento cumbre” de la sustentación de estas tesis donde se muestra “que la dificultad parte de la base”.<sup>27</sup>

Para Rosales el “error de origen” consiste en:

“considerar que el Derecho Penal tiene una *función de prevención* (lo que no deja de anidar una relegitimación autoritaria del sistema penal, aun en la tesis más blanda y restrictiva de evitar un mal mayor) por la sencilla razón de que todo *preventivismo* es de por sí expansivo del control penal y esto es contrario a sus fines limitadores y a su excepcional autorización político jurídica para intervenir (*ultima ratio*). Es decir, si el Derecho penal (y la función de la intervención punitiva con la cual se entremezcla) puede ser útil para prevenir unas acciones o situaciones, podrá serlo para “prevenir” otras y otras, creciendo y expandiéndose *ad infinitum*, según los caprichos, fantasmas o decisiones políticas del poder punitivo, como de hecho se ha hecho y se viene haciendo de modo cada vez más intensivo en los últimos tiempos, siendo esta tesis *preventivista* paradójicamente *funcional* a tal expansión.”

Compartimos con la autora que la idea de prevención limitada, como justificación legitimante de la pena, incurre en las mismas debilidades del resto de las teorías relativas y por lo tanto es susceptible de las mismas críticas.

Rosales más adelante esgrime:

“En cambio, si el sentido es simple y exclusivamente *limitante*, pacificador (en cierta medida advertido por Ferrajoli en su magistral teoría del garantismo, aunque le añade el consabido fin de tutela penal), en tanto que la intervención conduzca a brindar la respuesta más pacificadora o menos violenta ante la violencia del delito, el sentido del Derecho se reduce y así, siempre tendrá uno reductor (que es lo razonable toda vez que se trata de administrar violencia de cara a la violencia) sobre la conflictividad social más grave, que en definitiva, es el espacio social específico de actuación del sistema penal y no sobre toda la trama social, a la cual perturba mediante el tamizado del control penal generalizado, sacrificando el principio constitucional de libertad general.”

<sup>27</sup> “...es obvio que todas las variantes jurídico penales del funcionalismo, de cuño europeo, terminan siendo legitimadoras...” (Rosales,2005)

Con esta última afirmación la autora trata de superar -o invertir- los argumentos legitimantes de la pena, a través de la explicación de la función limitante que el derecho penal debe tener ante el poder punitivo del sistema penal.

## REFLEXIONES FINALES

1. Las agencias reproductoras de la *epistemología de las instituciones de secuestro* encubren, disimulan, disfrazan la realidad con el fin de ocultar el reparto del dolor y legitimar a las instituciones encargadas de ese reparto.
2. La pena al igual que el delito no es un dato ontológico. Son más bien productos de procesos de definición. Estos procesos son lentos y por ello son de difícil percepción.
3. Al considerar a la pena como producto de procesos de definición, más que penas pudiera hablarse de sistemas y prácticas punitivas hacia determinados sectores de la sociedad (Rushe y Kirchheimer). Sin embargo, no puede negarse la existencia de la pena como realidad concreta, razón por la cual su estudio debe partir de esa realidad concreta.
4. La pena no sólo es aquella que es impuesta por el Estado de manera formal. En este sentido, la pena comprende también todas las reacciones informales de éste y todas las de la sociedad, hacia las construcciones llamadas: delito y delincuente.
5. La realidad concreta nos demuestra que la pena no cumple (al menos en un grado significativo) con ninguno de sus fines ni funciones declaradas.
6. Las teorías absolutas legitimadoras de la pena están basadas en creencias “mágico-religiosas”, que confunden la moral con el derecho y lo futuro con lo pasado. En las sociedades reales la pena no alcanza a todos los “transgresores” del derecho, los cuales no disponen de las mismas condiciones sociales entre sí, especialmente en nuestros países; además, al encontrarse en el plano meramente metafísico y filosófico estas premisas son muy difíciles de verificar en la realidad (que es un plano mucho más complejo porque tiene el costo de vidas y dolor humano); razones por las cuales estos enfoques carecen de validez, legitimidad y utilidad social.
7. La idea de prevención especial también confunde al derecho con la moral y con la naturaleza; la idea de pena como tratamiento -una de las principales premisas de este enfoque- es

insostenible, porque represión y educación no son sinónimos; la prevención especial instrumentaliza al hombre para los fines del Estado y no al revés (como debería ser);<sup>28</sup> todo esto, obviamente, también fundamenta los modelos autoritarios del derecho penal máximo.

8. En cuanto a la idea de prevención general -de manera muy semejante a las tesis absolutas- la verificación empírica de sus funciones no se ha confirmado, presentándose entonces más como una cuestión de fe y dado su pretensión utilitaria esto se convierte en una debilidad significativa; para este enfoque lo importante es la protección del sistema, y no de las personas; la intimidación como instrumento de prevención alimenta también la maximización del derecho penal de manera ilimitada.

9. La expansión de las “modas” de la prevención general positiva, pertenecientes a la teoría sistémico-funcionalista, son totalmente adversas a los principios garantistas que constituyen un límite al sistema penal; así como a la construcción de cualquier proyecto alternativo en miras a la emancipación del hombre. Por el contrario, este enfoque ofrece un nuevo soporte para la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes (Baratta, 1985:23-24).

10. Con total independencia del no cumplimiento de los fines, ni de las funciones declaradas de la pena, todas las teorías de los fines de la pena (absolutas, relativas y eclécticas) conllevan a la reificación de su concepto. El cual es inexistente (desde el punto de vista ontológico) y se da por sobreentendido, en una búsqueda de desviar cualquier discusión al respecto, porque el objetivo es legitimar su existencia.

11. Como la existencia del sistema penal y del castigo es una realidad, aceptamos como táctica al derecho penal mínimo (como transición al abolicionismo), en la búsqueda de la reducción del dolor.

12. Un verdadero Estado Social y democrático de derecho tiene necesariamente que reconocer al ser humano como una entidad ética diferente al Estado, autónoma y superior, pues constituye su finalidad, la entidad ética del Estado solo se entiende y legitima al servicio del ser humano, y no a la inversa. (Bustos, 1982:183)

---

<sup>28</sup> Con esto no quiere negarse la necesaria formación colectivista y solidaria del hombre, lo importante es que a éste -como ya hemos señalado- no se le suprima como individuo. Pero tampoco esto último, debe entenderse como una oda al individualismo, concepción política y filosófica tan terrible y nefasta como cualquier totalitarismo.

13. Es importante hacer más énfasis en el derecho a la educación de los ciudadanos, garantizar su acceso y calidad a toda la sociedad (atendiendo primero o paralelamente a las diferencias materiales que existen en la realidad, para hacerlo posible). Si esto se cumple efectivamente sería innecesario hablar de “re-educación” o “re-socialización”.

14. Coincidimos con Zaffaroni y Christie en que la decisión éticamente correcta es la que elige la “valoración de la vida, pese al coraje de pensar”, trazándonos como meta: la reducción del dolor en todo el sistema penal. Ya es tiempo “que prestemos más atención al cielo.”

15. Creemos que es posible tener una actitud de “optimismo consciente”, que busque: reducir los niveles de violencia y dolor innecesario e inútil, salvar vidas humanas y construir nuevos mecanismos de solución de conflictos a la vez que desmontamos al sistema penal vigente. En este sentido es de suma importancia la: reconstrucción de vínculos comunitarios, participación de la víctima y de las partes en la solución del conflicto; construcción de un discurso diferente, no violento, y no estigmatizador de los sectores más vulnerables y marginados de la sociedad, lo que pasa por la “neutralización del aparato de propaganda violenta del sistema penal” (medios masivos), introduciendo mensajes alternativos; entre otras.<sup>29</sup>

Todas las teorías de los fines de la pena conllevan a la reificación del concepto de delito, partiendo del supuesto de un derecho penal racional ya sea por la vía iusnaturalista (fundamento ético-religioso), consensual (fundamento jurídico) o utilitaria (fundamento pragmático). Con total indiferencia de que en la realidad cumpla o no con los fines que le adjudiquen. Incluso, se evidencia también la reificación del concepto de pena, a pesar de no dar una definición de la misma. Se reflexiona sobre sus fines, como si existiera un concepto indiscutible de pena que no necesita ser estudiado (Muñoz Gómez, 1992:68-69). En cuanto a los actuales pilares fundamentales de la legitimación de la pena, la prevención especial y la prevención general (y todas las teorías preventivistas), más que “ideologías gemelas”, podemos decir que son una misma ideología -con su toque retribucionista- que se nos presenta

---

<sup>29</sup>Sobre la construcción de políticas alternativas ver: Avila, K. “Estudio de la participación comunitaria o ciudadana como modalidad de una política criminal.” **Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. “Hacia la construcción de un Derecho Penal Latinoamericano”**. Bogotá, Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia y Editorial Leyer, 2006. Este artículo también está disponible por la web en: [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar) ; y en: <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=27,348,0,0,1,0>

teóricamente como un ser (para nosotros como un monstruo, para otros como un dios redentor) de múltiples cabezas, cada una de ellas adaptable a cualquier cambio del ambiente (entiéndase sistema económico-político); que incluso en ocasiones llegan a fusionarse en una sola; lo que le ha permitido sobrevivir y mimetizarse a través del tiempo, y seguir contribuyendo con el mantenimiento de las relaciones de dominación.

## REFERENCIAS

Agudelo Betancur, N. **Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito**. Ediciones La Constitución, Colombia, 1995.

Avila, K. "Estudio de la participación comunitaria o ciudadana como modalidad de una política criminal." **Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. "Hacia la construcción de un Derecho Penal Latinoamericano"**. Bogotá, Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia y Editorial Leyer, 2006. Este artículo también está disponible por la web en: [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar) ; y en: <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=27,348,0,0,1,0>

Avila, K. "Aproximación a las propuestas de prevención y control del delito desde la criminología crítica." **Capítulo Criminológico**. Vol. 33, N°2: 225-265. Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro, LUZ, Venezuela, 2005.

Baratta, A. "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica" (1985). **Criminología y Sistema Penal. (Compilación in memoriam)**. Euros Editores, Argentina, 2004.

Bustos, J. **Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal**. Temis, Bogotá (Colombia), 1982.

Christie, N. "El delito no existe", en: **Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio Maier**. Editores del Puerto, Argentina, 2005.

Christie, N. **Los límites del dolor**. Fondo de Cultura económica, México, 1984.

Ferrajoli, L. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Editorial Trotta, 2001.

Font, E. "Entrevista a Louk Hulsman." **Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales**. Editorial Edino, Ecuador.

Guaimarães, C. "Revisão crítica da pena privativa de liberdade: Uma aproximação democrática" **XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Primero Nacional de Derecho Penal y Criminología**: 247-267. Universidad de Guayaquil, ARA Editores, Ecuador, 2005.

Jakobs, G. "La pena estatal: significado y finalidad" **XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Primero Nacional de Derecho Penal y Criminología**: 11-70. Universidad de Guayaquil, ARA Editores, Ecuador, 2005.

Jakobs, G. y Meliá C. **Derecho penal del enemigo**. Civitas Ediciones, Madrid (España), 2003.

Larrauri, E. **Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo**.  
<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/larrauri17.htm>.

Mir Puig, S. **Derecho Penal. Parte General**. 5ta ed. Barcelona, 1998.

Modolell, J. **Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva**. Livrosca, Caracas (Venezuela), 2001.

Muñoz Conde, F. **Introducción al Derecho Penal**. 2da ed. Euros Editores, Argentina, 2001.

Muñoz Gómez, J. **El concepto de pena. Un análisis desde la criminología crítica.** Ediciones Forum Pacis, Bogotá, 1992.

Rosales, E. "Sistema Penal y Estado Constitucional en Venezuela." **Capítulo Criminológico.** Vol. 33, N°4: 469-515. Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro, LUZ, Venezuela, 2005.

Zaffaroni, E. R. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal.** Lectio Doctoralis. EDIAR, Argentina, 2004.

Zaffaroni, E. R. **En busca de las penas perdidas.** EDIAR, Argentina, 1998.