

PERFIL **CRIMINOLÓGICO**

Diciembre de 2024

Edición: 36

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Dirección de Estudios Penales

VOLUMEN



CRIMEN Y ...

¿CASTIGO?

Fundamentos Filosóficos y
Análisis Crítico de la Sanción Penal

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

Mtr. Guido Quezada Minga
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Abg. Mario Hurtado Sánchez
Director de Estudios Penales (E)

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

M.Sc. Gabriela Moncayo

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, diciembre de 2024

Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Edición

30

PERFIL **CRIMINOLÓGICO**

EDICIÓN 36

CONTENIDO

PERFIL
CRIMINOLOGICO

Presentación.....	8
Contra la pena de la prisión permanente revisable del Código Penal español.....	2
¿Por qué castigamos en un Estado social y democrático de Derecho? Función, fin y legitimación de la pena.....	10
La alargada sombra de la retribución.....	32
El caso Verbitsky (II) de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Democracia participativa y sistema judicial penal.....	44
Cárcel femenina: ¿harén estatal? - Un estudio sobre instituciones totales bajo el concepto de Goffman. Female prison: state harem? - A study on total institutions under Goffman's concept.....	52

PRESENTACIÓN

CRIMINOLOGICO PERFIL

*"En el principio era la pena y la pena era el fin.
Cuando al fin no haya penas, este será el principio.
Cuando toda forma residual de esclavitud haya desaparecido de la faz de la tierra, no habrá
aún motivo de fiesta universal porque todavía pervivirán las penas..."*

Juan Fernández Carrasquilla

Discutir sobre la teoría de la pena implica examinar los fundamentos y justificaciones últimas tanto del Derecho Penal cuanto del poder punitivo. Pero no se limita a eso, ya que, en última instancia, la atribución de una sanción por un acto determinado involucra juicios de valor que ponen en juego las nociones éticas y morales más relevantes para una sociedad, así como las nociones metaéticas y metafísicas que las sustentan; por lo tanto, las reflexiones a su alrededor requieren de visiones amplias y conocimientos multidisciplinarios.

En efecto, una discusión con estas características ha generado a través de la historia un gran número de aportes académicos y ha producido varias corrientes filosófico-jurídicas que tratan de explicar, justificar y atribuir diversos objetivos y fines a la sanción penal. De todas estas corrientes destacan: las teorías absolutas, dentro de las que se pueden encontrar propuestas como la retributiva subjetiva de enfoque kantiano, o la retributiva objetiva de enfoque hegeliano; las teorías relativas, de la cual forman parte las corrientes de la prevención tanto general cuanto especial en todas sus variantes; y, las corrientes mixtas o eclécticas, mismas que combinan ciertos postulados de las demás propuestas teóricas.

Es así que esta complejidad y variedad de enfoques exige un profundo análisis que tome en cuenta, además de lo ya señalado, el impacto y las consecuencias sociales de la aplicación del poder punitivo, pues los estudios de esta naturaleza no se presentan como un simple aporte académico, sino como un insumo que permite generar reflexiones críticas respecto de cómo la sociedad contemporánea responde al fenómeno criminal y cómo esta decisión, a su vez, refleja sus valores fundamentales.

En este contexto, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección de Estudios Penales, tiene el agrado de presentar la edición número 36 de la Revista Perfil Criminológico, *Crimen y... ¿Castigo? Fundamentos filosóficos y análisis crítico de la sanción penal*. Construido a partir de un enfoque pluralista, crítico y con altísimos estándares de calidad, la presente revista invita a debatir y reflexionar tanto a la comunidad académica cuanto a la ciudadanía sobre los fundamentos, objetivos y consecuencias de las respuestas punitivas al fenómeno criminal en los Estados contemporáneos. Estamos seguros de que a partir de la reflexión crítica es posible llegar a los consensos sociales necesarios que permitan construir una mejor sociedad.

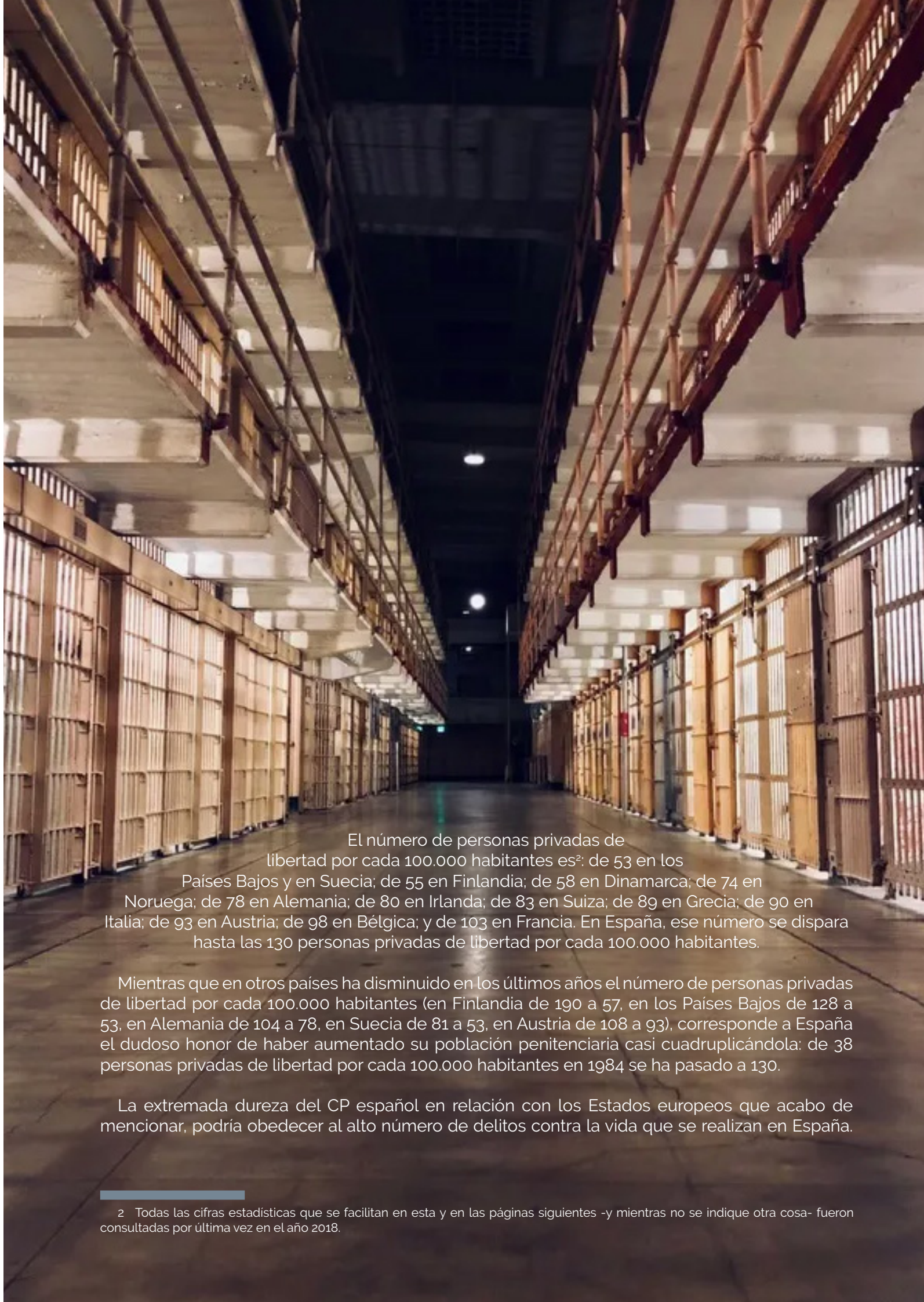
Mario Hurtado Sánchez
Director de Estudios Penales (E)
Fiscalía General del Estado

CONTRA LA PENA DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Enrique Gimbernat¹

Para acudir únicamente a la situación en Europa: ni Noruega, ni Portugal, ni Croacia, ni Serbia contemplan en sus leyes la pena de prisión perpetua.

Ciertamente que en otras naciones europeas la prisión perpetua figura en su catálogo de penas. Pero el plazo que tiene que transcurrir para que se revise esa pena y el recluso pueda alcanzar la libertad condicional es: de siete años en Irlanda; de 10 años en Suecia y Suiza; de 12 en Chipre, Dinamarca y Finlandia; de 15 en Austria, Alemania, Bélgica, Liechtenstein, Luxemburgo y Macedonia; de 18 en Francia; y de 20 en Bulgaria, Grecia, Hungría, República Checa y Rumania. En España, la revisión de la prisión permanente se ha fijado, según la gravedad del delito cometido, en 25 o, en su caso, en 35 años. Hasta 2015 la pena máxima de privación de libertad, introducida en nuestro Código Penal (CP) en 2003, era la de 40 años de cumplimiento efectivo, pena que ahora se ha visto superada en su severidad, en una escalada imparables, por la pena de prisión permanente revisable creada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.



El número de personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes es²: de 53 en los Países Bajos y en Suecia; de 55 en Finlandia; de 58 en Dinamarca; de 74 en Noruega; de 78 en Alemania; de 80 en Irlanda; de 83 en Suiza; de 89 en Grecia; de 90 en Italia; de 93 en Austria; de 98 en Bélgica; y de 103 en Francia. En España, ese número se dispara hasta las 130 personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes.

Mientras que en otros países ha disminuido en los últimos años el número de personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes (en Finlandia de 190 a 57, en los Países Bajos de 128 a 53, en Alemania de 104 a 78, en Suecia de 81 a 53, en Austria de 108 a 93), corresponde a España el dudoso honor de haber aumentado su población penitenciaria casi cuadruplicándola: de 38 personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes en 1984 se ha pasado a 130.

La extremada dureza del CP español en relación con los Estados europeos que acabo de mencionar, podría obedecer al alto número de delitos contra la vida que se realizan en España.

¹ Catedrático Emérito de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid, España.

² Todas las cifras estadísticas que se facilitan en esta y en las páginas siguientes -y mientras no se indique otra cosa- fueron consultadas por última vez en el año 2018.

Pero, afortunadamente, sucede todo lo contrario: España es uno de los países donde menos delitos de esa naturaleza se cometen y, en consecuencia, una de las naciones más seguras del mundo.

Así, y por ponerlo en relación con algunos de los Estados europeos que he mencionado anteriormente, donde, o no existe prisión permanente, o la revisión de ésta se lleva a cabo antes –o mucho antes– de la que establece nuestro CP, el número de delitos contra la vida (asesinatos y homicidios dolosos) que se registran por cada 100.000 habitantes es: de 1,7 en Grecia; de 1,6 en Finlandia y Bélgica; de 1,4 en Macedonia; de 1,3 en Hungría; de 1,2 en Croacia y Portugal; de 1,0 en la República Checa y en Francia; de 0,9 en Austria y en los Países Bajos. España, con 0,8 de delitos dolosos contra la vida cometidos por cada 100.000 habitantes ocupa prácticamente –junto con Dinamarca, Luxemburgo y Alemania– el último lugar del mundo por lo que se refiere a las posibilidades de que una persona pierda la vida a consecuencia de un ataque intencional contra su persona.

Cuando se alega en España a favor de la prisión permanente revisable o de la brutal pena de 40 años de prisión efectiva que ello es necesario para satisfacer los fines de prevención general (con la amenaza de penas prácticamente ilimitadas se cometerían menos delitos) se están formulando afirmaciones que, simplemente, no son ciertas.

Mediante la prevención general se confía en que, por el miedo al castigo, los ciudadanos se abstengan de cometer delitos; ciertamente que esta función nunca se satisface plenamente, porque en todas las sociedades, a pesar de estas amenazas, se cometen delitos. Pero que ese miedo al castigo consigue disminuir, en gran medida, la comisión de hechos delictivos es algo empíricamente comprobable, en cuanto que, siempre que, de alguna manera, se produce un vacío del poder punitivo estatal, por ejemplo, con ocasión de grandes catástrofes como terremotos o graves inundaciones, o a consecuencia de huelgas generales de la Policía, aumenta espectacularmente –mediante actos de pillaje contra la propiedad y de ataques contra las personas– la comisión de actos delictivos por parte de muchas personas que, hasta entonces, nunca habían actuado al margen de la ley penal, lo que encuentra su explicación en que la función de prevención general ha quedado transitoriamente suspendida, porque también ha quedado suspendida, total o parcialmente, la actividad policial encargada de la persecución de delitos, y, con ello, también el miedo a tener que responder por los comportamientos delictivos que se cometen en esas situaciones de emergencia.

Pero los efectos de prevención general del Derecho penal no dependen de la mayor o menor gravedad de las penas, sino de que estas vayan a aplicarse efectivamente. Y así, y por lo que se refiere a la mayor pena imaginable: la de muerte, las estadísticas demuestran que esta sanción para nada influye en la prevención general. Unos pocos ejemplos entre los numerosísimos: los delitos de violación disminuyeron en Canadá a raíz de la supresión de la pena de muerte prevista para tales hechos; en Inglaterra no aumentó la comisión de aquellos delitos que, en 1957, dejaron de ser castigados con la pena capital; y lo mismo se observó en Yugoslavia a partir de 1950. Los resultados estadísticos de Alemania, Austria, Estados Unidos (en los estados federados donde se ha abolido la pena de muerte), Finlandia, Noruega y Suecia señalan, asimismo, el nulo influjo preventivo-general de esa máxima pena. Y en relación específica con la prisión perpetua, en Noruega, cuando se suprimió la prisión perpetua, los delitos que hasta entonces estaban castigados con esa pena, no solamente no aumentaron, sino que disminuyeron. Y es que, como sabemos ya desde el gran *Cesare Beccaria*, el fundador del Derecho penal moderno, con su libro "De los delitos y las penas", escrito en 1764, "el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad [...] La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surte

más efecto que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de su impunidad o de su incumplimiento"³.

Como ya he señalado, la existencia de las leyes penales hace que, por miedo a la pena, ello suponga una inhibición para que la generalidad de las personas no incurra en conductas delictivas que podrían cometer si esa amenaza no existiera. Pero en toda sociedad existen personas que delinquen, a pesar de esa amenaza de sufrir una pena, lo que obedece a que el infractor confía en que no va a ser descubierto ni, con ello, condenado. Incluso cuando el asesinato se lleva a cabo fríamente, tampoco el autor piensa que va a pagar por su delito, como lo pone de manifiesto, para acudir a un ejemplo que hace algunos años conmocionó a la opinión pública española, el del niño *Gabriel Cruz*⁴: la asesina confesa, *Ana Julia Quezada*, mató a su víctima porque ésta suponía un "estorbo" en la relación sentimental que mantenía con el padre del niño, relación sentimental que la autora sólo podía pensar –como pensó– que iba a poder continuar porque confiaba en que no se iba a descubrir su delito y porque, en consecuencia, proseguiría su vida en libertad junto a su novio, por lo que era indiferente para impedir su asesinato que la pena señalada a este fuera de muchos años de prisión o –tal como sucedió con la legislación penal al tiempo de los hechos– la de prisión permanente revisable.

Capítulo aparte requiere la explicación de por qué la amenaza con una pena es ineficaz para combatir los delitos contra la vida que se cometen dentro del marco de la violencia machista (o de género), es decir, aquellos homicidios dolosos o asesinatos que tienen como víctimas a mujeres y como autores a sus parejas o ex parejas masculinas, habiéndose cometido en España, entre 2012 y 2022, una media de 52 de estos delitos por año. La ineficacia del Derecho penal para prevenir esa clase de delitos se explica, desde una perspectiva criminológica, que tenga en cuenta las formas de aparición de los crímenes machistas cometidos en España durante las últimas décadas, porque:

- En un porcentaje muy alto de ellos, el autor, después de matar o de intentar matar a su pareja o expareja, se suicida, o, al menos, trata de hacerlo, por lo que, ¿qué efecto preventivo puede desplegar la amenaza con una pena estatal, en cuya ejecución el autor ni se le ocurre pensar, ya que ha decidido despedirse de este mundo?
- Porque, en otro porcentaje igualmente elevado, los autores de estos hechos punibles, una vez cometidos, se entregan a las autoridades, sin que traten de eludir, sino, por el contrario, aceptando que se les aplique la muy grave pena prevista para su delito.
- Y, finalmente, porque, en el prácticamente resto de los casos, no suelen transcurrir ni 24 horas antes de que se proceda a la detención del autor del crimen machista, cuyo único autor sospechoso es, con razón, el hombre pareja o expareja de la mujer asesinada.

La lucha efectiva contra la violencia de género, por consiguiente, no puede alcanzarse con el Derecho penal y su amenaza de sanciones, sino únicamente con medidas preventivas como, entre otras, y después de la correspondiente denuncia por parte de la mujer amenazada, órdenes judiciales de alejamiento, completadas, a veces, con el porte por las denunciadas de pulseras telemáticas que detectan si el potencial autor, infringiendo la resolución judicial, trata de

³ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid: Carlos III University of Madrid, 2015), 55, <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/eedbf599-daa5-4b33-8a7b-709373b4b1c9/content>.

⁴ El niño *Gabriel Cruz*, de 8 años, desapareció en Níjar, Almería, España, el 27 de febrero de 2018. Era hijo del matrimonio -divorciado al tiempo de los hechos- formado por Patricia Ramírez y Daniel Cruz, siendo la novia de este último, desde hacía algún tiempo, Ana Julia Quezada. Durante los 10 días siguientes a su desaparición se organizó la mayor operación de búsqueda de un desaparecido en España, en la que participaron 5.000 efectivos (3.000 de ellos voluntarios y 2.000 profesionales), lo que fue objeto de un amplísimo seguimiento en todos los medios de comunicación nacionales. Como se pudo averiguar con posterioridad, el niño fue asesinado por Quezada el mismo día de su desaparición; ésta fue considerada sospechosa de la desaparición desde los primeros días y detenida el 11 de marzo cuando trasladaba en el maletero de su coche el cadáver del niño Gabriel, desde su primitivo e improvisado enterramiento, a un lugar que la autora creyó que ofrecía mayores posibilidades de permanecer oculto.

acercarse a aquella, o, en supuestos de peligrosidad extrema, con una vigilancia policial más o menos estricta de los autores potenciales, de sus parejas o exparejas, o de ambos.

A pesar de todos estos argumentos racionales y razonables, ¿cómo es posible que España, con su despiadada pena de prisión de 40 años de cumplimiento efectivo y con sus plazos de revisión de la cadena perpetua de una extensión que no tiene equivalente en los países de la Europa occidental, haya superado, con mucho, la extensión de las penas privativas de libertad que podían aplicarse durante el franquismo, donde estas, con la pena máxima de reclusión de 30 años y la institución de la redención de penas por el trabajo, nunca excedían –en los casos más extremos– de 20 años de privación real de libertad? Ciertamente que también existía la pena de muerte, pero, con la excepción de las impuestas por los tribunales militares⁵, esa pena, de facto, se había dejado de aplicar a los delitos comunes, ya que la última ejecución por garrote vil se remonta al año 1959 en el que fue ajusticiado *José María Jarabo*, condenado por un cuádruple asesinato.

Son varios los factores a los que obedece esa transformación del Código Penal español en el más despiadado de la Europa occidental. Por citar un último ejemplo, en Alemania la duración media de la prisión perpetua es de 18 años, algo de lo que ahora se separa sideralmente nuestro país con sus, por una parte, 40 años de cumplimiento efectivo de prisión y, por otra, sus plazos de revisión de 25 a 35 años para la perpetua.

El primer factor es la existencia de dos grupos de presión que han conseguido que el legislador incorporara al CP, íntegramente, sus pretensiones punitivas. Por lo que se refiere a las asociaciones de víctimas del terrorismo de ETA, sus demandas fueron acogidas por la Ley Orgánica 7/2003 de reforma del Código Penal, introduciéndose la pena de 40 años de cumplimiento efectivo. El segundo grupo de presión está encabezado por padres de víctimas de 18 o menos años de edad (casos *Marta del Castillo*, *Diana Quer*, entre otros⁶) que han conseguido hacerse oír hasta lograr que se introdujera en el CP en 2015 –y, una vez introducido, que se siguiera manteniendo–, la pena de prisión permanente revisable para, entre otros, los mismos terribles delitos de los que habían sido objeto sus hijas.

Pero todas esas movilizaciones de esos grupos de presión no habrían sido suficientes para introducir esas extremas reformas penológicas en el CP, si no se hubieran visto espectacularmente reflejadas –y apoyadas– en los medios de comunicación. Para referirme a un solo ejemplo: el caso del niño *Gabriel Cruz* acaparó todas las noticias, comentarios y tertulias, desde su desaparición, el 27 de febrero de 2018; y, al día siguiente de que se encontrase su cadáver y de que fuera detenida su asesina confesa, en sus ediciones de 12 de marzo, los cuatro periódicos españoles de difusión nacional (*El País*, *El Mundo*, *ABC* y *La Razón*) dieron la noticia a cinco columnas, dos de ellos ocupando todas sus portadas, algo que, como señaló mi amigo el escritor y periodista Manuel *Hidalgo*, en otros tiempos sólo habría suscitado semejante atención por parte del semanario *El Caso*⁷. Para comparar este despliegue con el que habría tenido lugar en un país que conozco

⁵ En septiembre de 1975, menos de dos meses antes de la muerte del dictador *Franco*, se ejecutaron en España las cinco últimas penas de muerte impuestas por tribunales militares.

⁶ *Marta del Castillo*, de 18 años, desapareció el 24 de enero de 2009 después de haber sido recogida en el portal de su casa de Sevilla (España) por su ex novio *Miguel Carcaño*, que conducía una moto. El 14 de enero del mismo año *Carcaño*, que actualmente cumple una pena de 21 años de prisión, confesó que la había asesinado. Desde entonces *Carcaño* ha indicado numerosos lugares –todos ellos falsos– donde supuestamente habría escondido el cuerpo de la joven, mintiendo a la Policía y sin que hasta ahora haya aparecido el cadáver. Los padres de *Marta* desplegaron numerosas acciones –con gran repercusión mediática y coronadas por el éxito– para conseguir que se implantara en España la pena de cadena perpetua. –*Diana Quer*, de 18 años, desapareció de la localidad coruñesa Puebla de Carabiñal (España), donde pasaba sus vacaciones, el 22 de agosto de 2016. Su búsqueda resultó infructuosa hasta que 16 meses más tarde su asesino, *José Enrique Abuín*, confesó el crimen y condujo a la Policía hasta el lugar en el que había escondido el cuerpo de *Diana*.

⁷ El semanario *El Caso* se publicó en España entre 1952 y 1997. Era una publicación amarillista dedicada a informar exclusivamente sobre sucesos, especialmente sobre los crímenes violentos; cuando se ocupaba de los más sangrientos llegó a tener una tirada de casi 500.000 ejemplares.

muy bien, Alemania (porque he vivido en él varios años), la noticia de un asesinato de esas características sólo habría tenido un alarde tipográfico parecido en el amarillista *Bild Zeitung*, habiendo quedado relegado en los otros tres periódicos no sensacionalistas de difusión nacional (*Frankfurter Allgemeine*, *Süddeutsche Zeitung* y *Die Welt*) a páginas interiores o, como mucho, a una columna en sus portadas.

Pero, con todos mis respetos para esos grupos de presión, de los que yo, tal vez, formaría parte si el destino me hubiera golpeado con una tragedia semejante a la que ellos han padecido, hay que decir que no son los más indicados para dictar las reformas penológicas que deben introducirse en el CP. Porque, como ha señalado, con razón, el antiguo presidente de una de las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo alemán, *Thomas Fischer*, esas personas no son neutrales y, si fueran jueces de los asesinos de sus hijas, tendrían que abstenerse de formar parte del tribunal por tener un interés directo en la causa.

Cuando por parte de miembros de esas asociaciones se escapa el eslogan: "que se pudran en la cárcel", esa formulación es tan comprensible como incompatible con nuestra Constitución (CE), ya que, por muy horrible que sea el delito que ha cometido, el autor tiene intactos sus derechos a la integridad física y moral y a no ser sometido a penas o tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE), a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), así como, específicamente para los condenados, a que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE).

Además de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht* = *BVerfGE*) de 21 de junio de 1977, que obligó al legislador germano a fijar, en los casos de prisión perpetua, un plazo transcurrido el cual el recluso podía alcanzar la libertad condicional, plazo que, finalmente, se fijó en 15 años, dicha sentencia, así como alguna otra, como la de 8 de noviembre de 2006, han fundamentado, con argumentos constitucionales, la razón del establecimiento de ese plazo, así como el modo en que paliar, en lo posible, los efectos negativos de, en general, las penas largas de privación de libertad. El *BVerfGE* opera en su motivación, primordialmente, con el derecho inviolable de toda persona –también de los condenados– a su dignidad, así como con las obligaciones que derivan de una nación constituida en un Estado social de Derecho. De acuerdo con ello, la revisión preceptiva de la prisión perpetua, así como las condiciones de la ejecución de la pena, las deriva el *BVerfGE* de la obligación del Estado de "contrarrestar" los efectos dañinos de las penas de larga duración, que pueden llevar a modificaciones deformadoras de la personalidad, tanto en el aspecto somático como en el espiritual y psiquiátrico, lo que estaría en contradicción con la inviolabilidad de la dignidad de la persona.

En el mismo sentido se han pronunciado las Recomendaciones (2003)23⁸ y (2006)2⁹ del Consejo de Ministros de la Unión Europea en relación a la prisión perpetua y a otras penas de larga duración, en el sentido de que el tratamiento penitenciario de esos reclusos debe estar orientado a contrarrestar los efectos negativos y orientado a reinsertarlos con éxito en la sociedad, debiendo "ajustarse la vida en prisión lo máximo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior"¹⁰.

Dentro de esta conexión, el *BVerfGE* pone como ejemplos de cómo "contrarrestar" tales efectos perjudiciales, que a los penados con reclusión perpetua les puedan ser concedidos permisos de salida, así como el régimen abierto.

⁸ Francia Consejo de Europa: Comité de Ministros, *Recomendación Rec(2003)23* (Estrasburgo: Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2003).

⁹ Francia Consejo de Europa: Comité de Ministros, *Recomendación Rec(2006)2* (Estrasburgo: Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2006).

¹⁰ Francia Consejo de Europa: Comité de Ministros, *Recomendación Rec(2003)23* (Estrasburgo: Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2003) y, *Recomendación Rec(2006)2* (Estrasburgo: Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2006).

Además de que, de acuerdo con los estudios empíricos sobre la materia, penas inamovibles de 25, 35 o 40 años producen daños irreversibles en el soma y en la psique de los reclusos, para acabar de arreglarlo la práctica penitenciaria española con los responsables de los delitos más graves es la de mantenerlos durante todo el tiempo de su condena en primer grado de clasificación penitenciaria, es decir, en un régimen que durante todos los años de su interminable condena les mantiene en una celda aislada en la que permanecen encerrados, sin salidas al patio, al menos 21 horas diarias, sometidos a cacheos diarios, sin permiso alguno de salida durante algunos días a la vida en sociedad, sin contacto con otros presos y desayunando, comiendo y cenando entre barrotes. En esta situación de régimen cerrado se encuentran, según informó en su día el diario *El País* de 21 de marzo de 2018, el 88% de los 243 presos de ETA y, de acuerdo con una noticia del mismo periódico de 18 de marzo de ese año, desde hace casi 15 años, *Tony Alexander King*¹¹, el asesino de *Sonia Carabantes* y de *Rocio Wanninkhof*, clasificación de régimen cerrado que es el que, lógicamente y en el futuro, también se les aplicará a los condenados a 40 años de prisión efectiva y de prisión permanente revisable. Un encarcelamiento en estas condiciones, que sólo puede tener como consecuencia el aniquilamiento físico y moral del recluso, es impropio de un Estado social de Derecho, atenta contra la dignidad humana, el fin resocializador de las penas y la prohibición de tratos inhumanos, y hace todo lo contrario de lo que prescriben las recomendaciones del Consejo de Ministros europeo.

Asumiendo íntegramente las peticiones de las asociaciones de víctimas del terrorismo, el CP exige ahora, para que los etarras condenados a prisión permanente revisable puedan acceder a la libertad condicional, que cumplan con unas condiciones que no puedo por menos que calificar de inasumibles. En primer lugar, que el condenado "haya colaborado activamente con las autoridades [...] para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas"¹², una exigencia que, incluso éticamente, me parece discutible. Un escritor tan preocupado por problemas morales como *Graham Greene*, autor del guión de la película *El tercer hombre*, plantea el dilema que se le presenta a *Holly Martins (Joseph Cotten)* entre prestarse a la captura de su íntimo amigo, y traficante de penicilina adulterada, *Harry Lime (Orson Welles)* o, renunciado a ello, regresar a América, decidiéndose por la primera alternativa, traición que no le perdona su novia actual, encarnada por *Alida Valli*, que antes lo había sido de *Harry Lime*, sin que *Graham Greene* tome posición sobre cuál de las dos conductas sería la éticamente correcta. De otras exigencias, como las del arrepentimiento del penado o la de pedir sincero perdón a las víctimas, me he ocupado ya, críticamente, en un artículo publicado en el diario *El Mundo* de 24 de abril de 2015¹³, para rechazarlas, porque para un Derecho penal no moralizante lo único decisivo no debe ser que el condenado se convierta en un policía y experimente sentimientos que no está en su mano poder controlar, sino únicamente que tenga un pronóstico favorable de que no va a volver a delinquir, criterio de no-peligrosidad que es, según el *BVerfGE*, el único que debe decidir si el delincuente debe quedar o no en libertad.

Rechazando –como rechazo– la pena de prisión permanente revisable, y que se ejecuta en España de una manera tan distinta a como se hace en los países de nuestro entorno europeo, no obstante, y naturalmente, yo también comparto la preocupación de que hay que proteger a la sociedad de delincuentes peligrosos condenados ante la eventualidad de que, una vez en libertad, vuelvan a cometer los mismos delitos; pero esa peligrosidad no se debe combatir con penas, sino con medidas de seguridad. Como la pena tiene un carácter aflictivo –por eso se cumple en un establecimiento penitenciario–, y se impone para retribuir el mal hecho en el pasado, no se entiende por qué, entre dos violadores, puede liberarse al no-peligroso, mientras

que debe seguir en prisión otro que ha cometido el mismo delito, pero en el que concurre un riesgo de reiteración; porque si el primer delincuente no peligroso ha saldado ya su deuda con la sociedad, al cabo de unos determinados años de privación de libertad, por los mismos motivos, y porque el delito ha sido el mismo, debería considerarse que el segundo delincuente ha saldado también esa cuenta. Ciertamente que este último sigue siendo peligroso y que, potencialmente, puede incurrir en futuros delitos; pero ni es responsable de su peligrosidad –porque no la puede evitar: ¡qué más querría él!– ni debe pagar con la permanencia en prisión por delitos que sólo hipotéticamente pudiera cometer, pero que, de hecho, no ha cometido. Esa peligrosidad no debe combatirse prolongando la pena de prisión, que sólo debe imponerse por los hechos pasados: esa peligrosidad se combate, no con la prisión, sino con medidas de seguridad de carácter no aflictivo como las de internamiento en un centro no penitenciario o, en los casos en que ello sea suficiente, con otras de carácter ambulatorio.

Mi rechazo de la prisión permanente revisable se basa en que es inútil desde un punto de vista de prevención general, en que, desde el de la prevención especial, ciertamente que hay que –una vez cumplida su condena– proteger a la sociedad de delincuentes peligrosos, pero no con la prolongación de la pena de prisión, sino con medidas de seguridad, y, finalmente, en que las penas largas privativas de libertad causan daños irreparables a aquellos a los que se les aplican, vulnerándose, así, derechos fundamentales de los que también son titulares los delincuentes condenados.

Bibliografía

- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Carlos III University of Madrid, 2015. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/eedbf599-daa5-4b33-8a7b-709373b4b1c9/content>.
- España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.
- Francia Consejo de Europa: Comité de Ministros. *Recomendación Rec(2003)23*. Estrasburgo: Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2003.
- . *Recomendación Rec(2006)2*. Estrasburgo: Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2006.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *El Derecho penal en el mundo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018.

¹¹ Delincuente británico que se vio rodeado de un gran interés mediático en España cuando en 2004 confesó dos de sus crímenes. Fue condenado por dos asesinatos y una agresión sexual, y se le consideró sospechoso –aunque eso nunca se pudo probar– de la desaparición de una joven en el año 2000, que nunca pudo ser encontrada, y de otros delitos contra la libertad sexual.

¹² España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 90, numeral 8, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

¹³ Y reproducido en mi libro *El Derecho penal en el mundo* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018), 121-125.

¿POR QUÉ CASTIGAMOS EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO? FUNCIÓN, FIN Y LEGITIMACIÓN DE LA PENA

Laura Pascual Matellán¹

Decía Albert Camus que "la tiranía totalitaria no se edifica sobre las virtudes de los totalitarios, sino sobre las faltas de los demócratas" y no parece que le faltara razón. Sin duda, esto nos debería servir para iniciar una reflexión profunda sobre la finalidad que debe tener el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. Pues, si algo parece que hemos podido evidenciar en las últimas décadas es que los legisladores de las denominadas "democracias sanas" también caen en la tentación de elaborar un Derecho penal más próximo al de los estados totalitarios que al de los estados democráticos.

Una de las cuestiones que no pueden obviarse, cuando se pretende analizar las finalidades de la pena propias de un Estado social y democrático de Derecho es que las mayorías sociales, al menos en esa materia, parecen estar dispuestas a vivir en sociedades democráticas que no lo son tanto en materia penal. Puesto que, de forma consciente o inconsciente, manejan discursos muchas veces punitivistas, vindicativos y con escasa empatía hacia la figura del delincuente. Este sentir generalizado condiciona las posiciones políticas en esta materia y las consiguientes reformas penales, que tienden a ir en una dirección contraria a la dispuesta en el mandato constitucional, que en el caso español se recoge en art. 25.2 CE².

Por tanto, no va a ser objeto de discusión que las sociedades democráticas tienen que asumir el desafío al que inevitablemente las lleva el Derecho penal: conquistar el equilibrio entre la imposición de sanciones penales y el respeto a los Derechos Humanos. A este respecto, la situación española, que es a la que me voy a referir a lo largo de estas páginas, podríamos extrapolarla a muchos países del mundo. Todo esto teniendo en cuenta que una cosa son las finalidades de la pena recogidas en los textos constitucionales de los países democráticos, es decir, las reconocidas formalmente, y otra las que parecen imperar realmente.

² Art. 25.2 de la Constitución Española: Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, art. 25.2, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

1. Las opiniones científicas sobre la pena

Hassemer se refirió a las teorías de la pena como “opiniones científicas sobre la pena”³. Y es que, aunque pueda parecer una cuestión de perogrullo, para poder reflexionar sobre la pena con un mínimo de rigurosidad, se hace necesario estudiar detenidamente esta cuestión. No obstante, los intentos de dar respuesta a la pregunta *¿para qué sirve el Derecho penal?* los encontramos con más frecuencia en las redes sociales, realizados por ciudadanos sin conocimientos filosófico-jurídicos, que en las publicaciones de los penalistas y filósofos del derecho contemporáneos⁴. Con ello quiero señalar que, al igual que sucede con cualquier otra cuestión jurídica, esta parte del Derecho penal también requiere un abordaje por parte de especialistas en la materia, tanto es así que su desarrollo es de vital importancia para la reflexión sobre el castigo, pues son estas teorías las que intentan dotar de sentido a la existencia del Derecho penal. Sin embargo, el Derecho penal, como construcción política que es, tiene un sesgo ideológico importantísimo, pero esto no significa que, a la hora de reflexionar sobre su función, fin y legitimación, todas las opiniones sean igualmente válidas. Sin bien es cierto que el Derecho penal parece haberse convertido en la única rama del ordenamiento jurídico susceptible de ser opinable por cualquier miembro de la ciudadanía. Asimismo, los comentarios vertidos sobre la función del Derecho penal siempre van en una línea punitivista o retribucionista, entendiendo la pena como un castigo que a veces ni siquiera respetaría los límites de lo que los retribucionistas establecen con el merecimiento⁵.

En Europa existen desde hace décadas una renuncia al retribucionismo y un posicionamiento a favor de las teorías dialécticas prevencionistas. Así, se observa en los manuales más importantes de la disciplina, como son el de la Parte General del Derecho Penal de Roxin en Alemania o de Mir Puig en España⁶.

A finales del siglo XVIII empezó a surgir de forma explícita la filosofía del castigo, que tenía y tiene como objetivo reflexionar sobre el Derecho penal, abordando la finalidad y la legitimación del *ius puniendi* estatal. En este sentido, fueron importantes las teorías retribucionistas de los filósofos idealistas Kant y Hegel, estrechamente vinculadas con las denominadas teorías de la expiación penal, y las denominadas teorías relativas o de la prevención (tanto general como especial), siendo las más importantes en el ámbito de la prevención general la teoría de la coacción psíquica de Feuerbach y en el ámbito de la prevención especial la teoría correccionalista de Röder, basada en la filosofía krausista. Esta última fue la que más éxito tuvo en España debido a las aportaciones realizadas por Concepción Arenal y Pedro Dorado Montero. Más adelante, y ya entrado el siglo XX, aparecieron formalmente⁷, con Roxin, quizá, como el más ilustre de sus representantes, las teorías mixtas, entre las que destaca la teoría dialéctica de la unión, también conocida como teoría unificadora dialéctica. Esta última ha sido la que más seguidores ha tenido en los últimos

tiempos. El auge de esta teoría se debe fundamentalmente a que ha permitido combinar, tal vez no de forma correcta desde el punto de vista lógico, las distintas finalidades de la pena con el objetivo de garantizar la prevención del delito en toda su dimensión. A su vez, ciertos sectores doctrinales han considerado que desde esta posición teórica de la pena se puede dar respuesta al problema de la legitimación del castigo, algo que no consiguen las teorías retribucionistas ni las prevencionistas de forma aislada⁸.

En plena consonancia con lo anterior, hay que tener en cuenta que, dentro del garantismo que caracteriza al pensamiento penal europeo contemporáneo, la imposición de una pena es descrita con las palabras de Hans Schultz y que se utilizaron en el Proyecto Alternativo de Código Penal para Alemania (1966): “imponer una pena no es un proceso metafísico, ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres”⁹. Esto enlaza con algo muy importante y es que, cuando nos referimos a la función y a los fines de la pena, lo estamos haciendo en el marco de un sistema económico y un modelo de Estado concretos. En este sentido, el sistema capitalista y el Estado social y democrático de Derecho tendrían una influencia sobre el Derecho penal. Así las cosas, parece existir una vinculación evidente entre la idea de pena y la idea de Estado. Lo que deriva en una pena subjetiva y mutable, como ocurre, por otro lado, con el catálogo de delitos.

1.1 El retribucionismo: Un acercamiento a las teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas se caracterizan por basarse en una concepción material de la justicia. Son teorías retribucionistas, lo que significa que ante la comisión de un hecho delictivo se debe responder imponiendo un castigo. No se persigue una finalidad con la imposición de la pena, no son teorías utilitaristas o consecuencialistas, no buscan consecuencias, no persiguen una utilidad. Dentro de las teorías absolutas destacan las dos versiones más importantes: la teoría de la retribución moral de Kant y la teoría de la retribución jurídica de Hegel.

1.1.1 Teoría de la retribución moral de Kant

El centro de esta teoría es el principio de culpabilidad. El filósofo alemán consideró al Derecho penal como el derecho que tiene el soberano de imponerle una pena a aquel que ha cometido un delito¹⁰. No entiende este autor un Derecho que no se encuentre estrechamente vinculado con la voluntad de coaccionar. La pena es entendida como una retribución ética/moral que se fundamenta en el valor moral de la ley que el culpable ha vulnerado. Esto lleva a afirmar que la ley penal es presentada en su obra como imperativo categórico. Tanto es así, que a Kant le resultaba indiferente la utilidad de la pena para garantizar la paz social porque la pena no tiene que cumplir la función de garantizarla.

Voy a ser más específica: la teoría de la retribución moral, como buena teoría absoluta, excluye la posibilidad de dirigir la pena a la consecución de un bien, de que esta pena se instrumentalice en la idea de que esto atentaría contra la dignidad humana, pues se estaría utilizando a un individuo para conseguir un bien que trasciende al propio individuo, por ejemplo cuando se utiliza al delincuente para garantizar la prevención general del delito (en sus versiones positiva y negativa). En cambio, una visión retribucionista de la pena basada en el merecimiento garantizaría, según Kant, el respeto a la dignidad humana del penado:

³ Winfried Hassemer, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).

⁴ Con esta afirmación no me estoy refiriendo a que no existan publicaciones de penalistas y filósofos del derecho que se dediquen a abordar estas cuestiones, sino a que sus voces son invisibilizadas por una masa de ciudadanos anónimos que, desde diversas plataformas, como pueden ser las redes sociales, contribuyen a dar visiones distorsionadas de la función del Derecho penal y que son las únicas en las que parece reparar la clase política a la hora de “hacer Derecho penal”.

⁵ Sobre el merecimiento puede consultarse: Juan Pablo Mañalich R., “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2015): 15 y ss.

⁶ Véase: Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2015); y, Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997). Esto lo observamos también en otros autores como Lorenzo Morillas Cueva, “La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (2013); y Michael Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (Berlin: Duncker Und Humblot, 2004), 45.

⁷ La literatura jurídica tiende a establecer el origen de las teorías mixtas en el siglo XX con la aparición de la teoría dialéctica de la unión de Roxin. Sin embargo, existe, en las propuestas penales de otros teóricos anteriores en el tiempo, una convivencia clara de diferentes finalidades de la pena. Esto fijaría el origen de las teorías mixtas siglos antes de que Roxin formulara la suya, como muy bien plantea Andrés Botero Bernal, en alusión a Beccaria, en Andrés Bueno Bernal, “La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 5 (2001/2002): 201-212.

⁸ Andrés Bueno Bernal, “La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, 201.

⁹ Véase: Claus Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy* (Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981), 148; y, Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus, 1981), 98.

¹⁰ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt: Suhrkamp, [1797] 1978), 453.

[La pena] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real.¹¹

Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.¹²

En este sentido, conviene hacer alusión a la ley del talión (conocida mayoritariamente por la frase del Éxodo que mejor refleja su contenido "ojo por ojo, diente por diente") que es una ley retribucionista. Lo cual no significa que todos los retribucionistas sean defensores del talión. Esto no es debido, como podría pensarse, a la brutalidad de las penas que propugna, sino que el rechazo al talión es de carácter conceptual: su incapacidad para explicar los sistemas de penas habituales y los resultados absurdos que se seguirían de un sistema que tratara de aplicarlos. Siendo más explícita: el talión es una explicación economicista de la pena porque se paga por el daño que se ha cometido con el delito. Sin embargo, las penas no son susceptibles de una explicación coste-beneficio, o "tanto has roto tanto pagas". De ser esto cierto, la mayoría de los robos habrían de penarse con una multa variable en función del importe del robo, y la calumnia, que puede arruinar la vida de las personas y que llega a provocar suicidios, merecería a veces la pena capital. Los delitos de riesgo no deberían ser sancionados porque no ocasionan daños efectivos. En suma, las penas no responden al daño material infligido, para eso está la compensación civil y la indemnización por daños. Responden a la importancia del valor atacado: vida, integridad física, honor, propiedad, medio ambiente, etc. Por eso, ahora y antes se imponen penas importantes ante daños materiales pequeños y, a veces, penas leves ante daños graves. El problema de la cuantía de la pena está en: a) que concedamos al valor atacado el rango que se merece (a veces este es incluso penal y jurídicamente irrelevante); y, b) que seamos proporcionales, que la pena se corresponda realmente con la importancia de dicho valor. Son también estos los problemas de la legislación penal hoy vigente.

En realidad, el ojo por ojo no ha sido aplicado casi nunca. Ha habido, hay y habrá penas desproporcionadamente altas y bajas; pero ello se debe a las razones a) y b), y no a razones economicistas de cálculo del daño. A pesar de lo dispuesto, Kant consideró que sólo el talión podría ofrecer la pena merecida en calidad y cuantía¹³. Por tanto, no es de extrañar la defensa que realizó de la pena capital, defensa que chocaba con los anhelos dulcificadores de Cesare Beccaria, que tan difundidos estaban en la época y que gozaban de gran reconocimiento.

1.1.2 Teoría de la retribución jurídica/lógica de Hegel

Al igual que ocurre con la teoría kantiana de la pena, la propuesta penológica hegeliana aboga por una pena cuya función es el castigo, sin fines utilitaristas/consecuencialistas, y justificado la pena en el merecimiento, por ello es importante que medie la igualdad entre el daño cometido y el daño de la pena. Sin embargo, la diferencia con Kant radica en que Hegel construyó en mayor grado que Kant "una teoría positiva acerca de la retribución penal"¹⁴. Al aludir a la retribución jurídica, lo que hace es justificar la pena en la necesidad de reparar el Derecho (que el autor del delito ha vulnerado al cometerlo) ejerciendo un mal. Si a un mal le respondes con otro mal, tienes

11 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 453.

12 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 455.

13 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 454.

14 Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena* (Madrid: Reus, 2016), 49.

un bien, dado que estás negando la negación del Derecho. Esta sería la única forma, de acuerdo al idealista alemán, de tratar al delincuente como a un ser humano racional y no como a un perro:

Fundamentar la pena de esa manera es como levantar el bastón contra un perro, y entonces el hombre es tratado no conforme a su honor y libertad, sino como un perro.¹⁵

La pena para el retribucionismo es una pena que mira al pasado, al hecho delictivo que se cometió y que no persigue fines para el futuro como sí harán los partidarios de las teorías relativas.

1.1.3 Críticas a las propuestas retribucionistas

Una de las críticas fundamentales al retribucionismo es que no sirve para justificar la pena. En esto insiste especialmente Roxin, cuya teorización sobre la pena, como he advertido, se inicia rechazando la retribución. Las razones por las cuales no es posible fundamentar la pena desde un postulado retribucionista son, de acuerdo al penalista alemán, tres:

- Las propuestas retribucionistas presuponen la necesidad de la pena que tienen que fundamentar. No es posible desde estas posiciones la imposición de un límite de contenido a la potestad penal estatal.
- Los retribucionistas fundamentan la pena en la culpabilidad humana que parte del libre albedrío del delincuente y esto no es susceptible de demostración.
- La retribución exige un ejercicio de fe para poder ser entendida, pues no son pocos los que no pueden comprender cómo es posible eliminar un mal causando otro¹⁶.

Otra crítica de Roxin a estas teorías es que la retribución se caracteriza por una falta de límites; puesto que, como no persigue un fin, no limita al *ius puniendi* estatal. Esto es, que, al no otorgarle un fin a la pena, no trata la cuestión de cuándo y cuánto se tiene que penar, dotando al legislador de la capacidad de decidir libremente. Por último, también destaca la confusión de la Ética con el Derecho, produciéndose, en palabras de Arroyo Gutiérrez, una etización absoluta de lo jurídico¹⁷.

Otro autor, Ulrich Klug, en su artículo *Despedida de Kant y Hegel*, cargó duramente contra los relatos penales de Kant y Hegel al sostener que el imperativo categórico kantiano es una fórmula vacía que no permite la extracción de conclusiones. A su vez, la negación de la negación de la filosofía de la pena impulsada por Hegel es "un ejemplo de la pseudológica de aplicar un concepto sobre sí mismo [...] pero no un contenido susceptible de conocimiento"¹⁸. Es por esto que las teorías penales de Kant y Hegel deberían rechazarse.

Demetrio Crespo, en cambio, rescata la parte positiva del retribucionismo al considerar que en su significación liberal apuestan por una pena proporcional a la gravedad del hecho cometido por el delincuente, lo que sería una de las garantías imperantes en los Estados de Derecho (principio de proporcionalidad penal). A su vez, considera que el poner en el centro del retribucionismo la idea de dignidad humana es, sin duda, un aspecto positivo de esta teoría¹⁹.

15 Palabras de Hegel recogidas en Nieves Sanz Mulas, *Alternativas a la pena privativa de libertad (análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)* (Madrid: Colex, 2000), 41.

16 Claus Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal* (Madrid: Reus, 1976), 13.

17 José Manuel Arroyo Gutiérrez, *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas* (San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995).

18 Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 52.

19 Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 52 y ss.

1.2 El prevencionismo penal de las teorías relativas

Las teorías relativas de la pena son aquellas cuya finalidad trasciende a la propia norma y esa finalidad consiste en evitar la comisión de futuros delitos (prevención general y prevención especial).

La prevención general es la que se dirige a todos los miembros de una comunidad. Tiene dos vertientes: la positiva y la negativa. Se entiende por prevención general positiva la que se dirige a la ciudadanía y la trata como posible víctima, haciéndole saber que el sistema penal funciona porque quien no se mantiene dentro de los límites de la legalidad es sancionado. Actualmente, nuestro legislador realiza, con más frecuencia de la que debería desde mi punto de vista, un uso excesivo de la prevención general positiva cuando utiliza el populismo punitivo y apuesta por la subida de penas. En cambio, la prevención general negativa es la que se dirige a la ciudadanía, no tratándola como víctima, sino como delincuente. Por esta razón, utiliza la amenaza de la pena para evitar la comisión de delitos mediante la coacción y el miedo que estos pudieran generar en los potenciales delincuentes.

Roxin criticó la prevención general negativa y lo hizo por el hecho de que desde esta posición no se establece qué comportamientos son legítimamente susceptibles de un proceso de intimidación. En otras palabras, la pregunta que se haría Roxin sería algo así: ¿cómo puede el Estado legitimar la intimidación a personas para evitar determinados comportamientos, y cómo puede establecer los límites de esa intimidación para que esa intimidación no se convierta en terror? Otra de las objeciones planteadas por el penalista alemán, que la criminología contemporánea ha demostrado científicamente, es que la disuasión no funciona demasiado bien, pues en la existencia de cada delito radica una prueba en contra de la eficacia de la prevención general negativa. Asimismo, se critica kantianamente que la imposición de un mal (la pena) a un individuo para que otros no cometan el delito atentaría contra la dignidad humana, que, por otro lado, está consagrada en los textos constitucionales de los Estados sociales y democráticos de Derecho.

En lo que respecta a la prevención especial, cabe señalar que es la que se dirige al individuo que ya ha delinquido y no a la comunidad en general. El objetivo que se persigue con ella es evitar no la delincuencia, sino la reincidencia. Al igual que ocurre con la prevención general, también tiene una doble vertiente (positiva y negativa). La prevención especial negativa es lo que en Derecho penal se conoce como inocuidación, que es la incapacitación o neutralización del delincuente²⁰. Ésta, en ocasiones, es confundida con el retribucionismo porque desde ambas finalidades de la pena se podría establecer una pena tan dura como la pena capital (te mato para evitar la reincidencia, te mato por razones retribucionistas liberales basadas en el merecimiento). Por último, la prevención especial positiva es la rehabilitación, resocialización, reinserción o corrección del delincuente. Desde esta posición, se pretende evitar la reiteración delictiva a través de la resocialización del recluso. Es la finalidad exclusiva de la pena defendida por los correccionalistas decimonónicos españoles y aparece consagrada en el texto constitucional español, en el citado artículo 25.2.

Si las teorías absolutas fueron objeto de duras críticas, la prevención especial tampoco estuvo exenta de ellas. En palabras de Roxin:

La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho Penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones.²¹

²⁰ Esto lo podemos observar cuando se sanciona con penas privativas de libertad que persiguen apartar al delincuente de la sociedad temporal o perpetuamente. También en las penas de inhabilitación para cargo público que persigue la muerte política de los cargos públicos en modalidades delictivas como, por ejemplo, el cohecho.

²¹ Claus Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, 17.

Esta crítica, según señala el propio autor, se debe a que la prevención especial, de la misma forma que ocurre con la retribución, no delimita al *ius puniendi* en lo referente al contenido del mismo y tampoco posibilita una delimitación temporal. A su vez, si lo que se pretende conseguir con la prevención especial es evitar la reincidencia, si no hubiera riesgo de la misma, la pena no podría imponerse. Además, aunque la prevención especial es un fin de la pena, este fin no consigue justificarla porque, según Roxin, que es lo que legitima a la mayoría a obligar a la minoría a acomodarse a sus formas de vivir. En la misma línea crítico-argumentativa se posiciona Mir Puig.

1.3. Teorías mixtas o de la unión. La teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin

Antes de introducirnos en la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin, considerada la teoría mixta más importante y con mayor número de adeptos, conviene recordar que hay dos tipos de teorías mixtas: las teorías retributivas de la unión y las teorías preventivas de la unión. El nacimiento de estas teorías se sitúa en Alemania en el s. XIX con la teoría retributiva de la unión Adolf Merkel²². Aunque, como ya se ha señalado, se puedan apreciar esbozos de estas propuestas al darse una cohabitación de fines de la pena en las obras de autores de siglos anteriores. La teoría retributiva de la unión impulsada por Merkel partía de la inexistencia de una contradicción entre la retribución (ausencia de fines fuera de la propia pena) y la prevención. En la idea de que una pena preventiva no puede considerarse pena si no hay retribución y de que toda retribución tiene un carácter preventivo. Esto implicaría que la construcción de la dicotomía prevencionismo/retribucionismo no existiría. Por esta razón, Callies señalaba, y yo lo comparto, que las teorías de la unión "forman un guiso en el que todo se mezcla y se declara lo incompatible como compatible"²³.

De todo lo anterior se deriva la definición estandarizada de teoría mixta, desde la que se considera que la retribución es la esencia de la pena, pero teniendo en cuenta que el castigo no puede ser la única finalidad de la misma, sino que tiene que ir acompañado de finalidades preventivas. Son teorías mixtas porque en ellas confluyen las teorías absolutas y las relativas, el castigo y la prevención. Aunque, como he advertido, hay quienes dudan de su coherencia lógica. Sin embargo, estas teorías no pretenden ser un cúmulo de contradicciones derivadas de formas distintas de mirar y de entender el Derecho penal. Sus desarrollos no son una suma de posiciones intencionadamente antagónicas, sino de combinaciones de varias funciones de la pena para conseguir una penología más amplia capaz de afrontar los retos y los desafíos de la criminalidad.

Dicho esto, ya en la segunda mitad del siglo XX aparecen las teorías preventivas de la unión y concretamente la más conocida que es "teoría dialéctica de la unión" de Claus Roxin. A ella me voy a referir a continuación.

La teoría dialéctica de la unión es, desde mi punto de vista, una teoría mixta, pero vinculada exclusivamente a las teorías relativas de la pena. En la idea, ya señalada anteriormente, de que Roxin rechaza el retribucionismo y de que la pena sólo puede tener finalidades preventivas. Su teoría, como teoría mixta que es, se basa en la cohabitación de la prevención general y la prevención especial. Esto implicaría que se trataría de prevenir el delito acudiendo a la generalidad de la sociedad (prevención general) y al sujeto particular (prevención especial).

Conciliar las distintas finalidades de la pena supuso un desafío para Roxin. Para deshacer el conflicto existente entre las mismas, diferenció tres etapas que reflejan la importancia de las

²² Bernardo Feijóo Sánchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal* (Montevideo - Buenos Aires: Julio César Faira - Editor, 2007), 239.

²³ Bernardo Feijóo Sánchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, 234.

finalidades de la pena en cada momento de aplicación del Derecho penal. Esto equivale a decir que Roxin distingue la finalidad de la pena según la etapa de la vida de la misma en la que nos encontremos.

A este respecto, en la etapa legislativa o conminativa, la finalidad de la pena va a ser la prevención general, pero sin olvidar que también se deben establecer contenidos y figuras preventivas especiales. Este es un estadio temprano, donde el delito aún no se ha cometido, y donde impera el efecto intimidatorio y el de aprendizaje.

En la etapa judicial o aplicativa, la finalidad de la pena es la prevención especial, puesto que la general ya está prevista en los límites punitivos en los que debe moverse el juez. Ahora bien, toda imposición de pena conlleva por sí misma un claro efecto intimidatorio (prevención general). Un segundo momento es el de la imposición de la pena mediante la sentencia, donde las necesidades preventivas especiales y generales se deben tener en cuenta en la misma proporción.

En cuanto a la etapa ejecutiva (o penitenciaria), la finalidad de la pena es la prevención especial, sin olvidar que todo cumplimiento de pena conlleva un efecto ejemplarizante (prevención general). A pesar de que Roxin rechaza la finalidad retributiva de la pena, sí admite un postulado retribucionista en su teoría mixta al considerar al principio de culpabilidad como límite de la pena. Todo ello a pesar de las críticas que vertió al retribucionismo kantiano por su defensa del libre albedrío humano a la hora de decidir la comisión de un hecho delictivo.

La teoría dialéctica no se encuentra exenta de críticas. A continuación voy a exponer las dos más significativas:

- La primera de ellas es una crítica común a toda teoría mixta y es la de intentar una cohabitación imposible. Al entremezclarse los inconvenientes de las teorías absolutas y los de las relativas en un intento de convencer a todos, se termina por no convencer a ninguno.
- La segunda de las críticas es que esta teoría acude a la culpabilidad como forma de limitar la pena que se va a imponer.
- La tercera crítica, vinculada estrechamente con la anterior, se deriva del hecho que Roxin recoge del retribucionismo la culpabilidad, pero como él había sido crítico con la idea de culpabilidad basada en el libre albedrío humano, lo que va a hacer es sustituirla por otra noción diferente más vinculada a la necesidad y al merecimiento (por cierto, un concepto también muy utilizado por los retribucionistas) sin contornos precisos por basarse en consideraciones referentes a la necesidad y al merecimiento de pena, olvidando que toda la teoría del delito quiere responder a la pregunta de la necesidad y del merecimiento de pena y no sólo la teoría de la culpabilidad²⁴.

2. La función de la pena en un Estado social y democrático de Derecho

Antes de aludir a la función de la pena en un Estado social y democrático de Derecho, cabe decir que la consideración de que España es un Estado social y democrático de Derecho aparece regulada en la Constitución. Es el artículo 1.1 CE el que lo establece, y señala que se propugnan valores superiores al ordenamiento jurídico como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

En lo que respecta a la función de la pena, como ya se ha afirmado con anterioridad, aparece regulada en el art. 25.2 CE en el que se establece que estará orientada a la reeducación y

reinserción social. Ahora bien, la interpretación que debe hacerse de este artículo no es que la única finalidad de la pena en España sea la prevención especial positiva, sino que pueden existir otras finalidades de la pena, pero ninguna podrá impedir esta. Esto es, que implicaría que no se anularía el principio de culpabilidad y que la prevención general no estaría excluida, pero que la meta o el objetivo será la resocialización²⁵. Insistiré sobre esto más adelante.

2.1 Instrumentos de control social informales y formales

En el Estado social y democrático de Derecho la prevención del delito es algo fundamental, pues se trata de conseguir una disminución de la tasa de criminalidad hasta alcanzar unos niveles que se puedan considerar "tolerables" por la sociedad. No obstante, hay que partir de la imposibilidad de erradicar el delito, dado que la delincuencia va a existir siempre mientras existan códigos penales con normas de prohibición y de mandato, pues habrá sujetos que las infrinjan. Sin embargo, no será siempre el Derecho penal, como mecanismo de control social formal, lo primero a lo que se recurra en los Estados democráticos, sino a otro tipo de control social: el informal.

A través del control social, los Estados democráticos intentan mantener el orden, aunque se recurra a él en última instancia. El tipo de control social va a estar determinado por el modelo de sociedad. En sociedades con altos niveles de cohesión social, el control suele ser menos represivo, más sutil (prima la función garantista). Por el contrario, en sociedades con mucha diversidad cultural, suele acudir a técnicas de control más duro y violento para lograr el orden social (prima la función represiva). Decidirse por una u otra opción determina el contenido del ordenamiento social y, por tanto, del ordenamiento jurídico. Esta opción es una opción política. El control penal encuentra su última racionalidad en los objetivos de un poder político concreto, por lo que la cuestión penal es un problema eminentemente político. Así las cosas, el ordenamiento jurídico fortalece las expectativas de conducta derivadas de un determinado orden social, que a su vez corresponde con el mantenimiento de un modelo de sociedad. El ordenamiento jurídico no sólo se limita a la conservación de un determinado orden social, sino que también puede actuar como un factor que contribuya a la configuración de ese orden social, es decir, la orienta en una dirección o en otra.

La discordancia entre el modelo de sociedad que pretende el ordenamiento jurídico y aquel al que aspira una sociedad está detrás de muchas de las grandes crisis sociales.

El uso del término control social se remonta a los escritos del sociólogo norteamericano Edward Alsworth Ross, que en el siglo XIX se refirió al control social utilizando la siguiente definición: "[t]odo lo que se impone sobre el individuo: opinión pública, derecho, sistema educativo, religión, entre otros"²⁶.

A este respecto, el ordenamiento jurídico en general, pero concretamente el Derecho penal, constituye uno de los mecanismos de control social que imperan en un Estado social y democrático de Derecho. En los Estados totalitarios también se recurre al Derecho penal como herramienta para conseguir el control social y, como es de esperar, lo hace con más fuerza que en los estados democráticos. Siendo esto así, cabe señalarse que, en plena consonancia con lo dispuesto por Ross, existen dos tipos de mecanismos de control social informales que imperan en un Estado social y democrático de Derecho: los mecanismos de control social informales y los mecanismos de control social formales.

²⁴ Abraham Castro Moreno, *El por qué y el para qué de las penas: (análisis crítico sobre los fines de la pena)* (Madrid: Dykinson, 2008), 16.

²⁵ Lorenzo Morillas Cueva, "La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho", I.

²⁶ Diego Torrente Robles, *Desviación y delito* (Madrid: Alianza, 2001), 35.

El control social informal abarca el proceso de socialización del individuo a través de las instituciones que intervienen en el mismo y que van a acompañar al sujeto en su integración a la sociedad a través de la interiorización de los valores sociales, de las normas y de las pautas de conducta. Con esto, se conseguiría la creación de individuos capaces de convivir de forma pacífica con sus conciudadanos. Entre los mecanismos de control social informales nos encontramos: la familia, la religión, la educación, la profesión, los grupos sociales, los medios de comunicación, entre otros.

Por otro lado, tenemos el control social formal, que es el que entra en funcionamiento cuando los anteriores mecanismos de control social informal fracasan. El mecanismo de control social formal por excelencia es el ordenamiento jurídico y, dentro de este, estaría concretamente el Derecho penal por su carácter coactivo y este es acompañado por la judicatura, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, el legislador, etc.

Desde mi punto de vista, la definición de control social de Ross es una definición interesante por su amplitud, al no centrarse solo en el Derecho como mecanismo de control social formal, y tener en cuenta todas las instituciones que contribuyen y facilitan la socialización del ser humano.

No obstante, desde otro sector doctrinal se ha considerado que estamos ante un concepto demasiado extenso o amplio. Por este motivo, Talcott Parsons elaboró una definición de control social más reducida, al referirse al mismo como el conjunto de medios que permitían el control de los comportamientos delictivos/desviados²⁷. Desde esta perspectiva, el control social sería un mecanismo más reducido que anterior al querer hacer frente únicamente a los comportamientos y a las personas definidos como peligrosos, problemáticos, amenazantes, molestos o indeseables.

A este respecto, cada estructura de control social tiene una idea de control social que se manifiesta en la forma en la que se actúa o reacciona frente al sujeto que no acepta las normas. Esta reacción social frente a tal proceder va a depender de la ideología, ideología que viene determinada por el modelo económico, religioso, etc. La ideología marca el medio de control social que se elige. En algunos sistemas existe una propensión a elegir fundamentalmente medios de control social no jurídicos (informales) para prevenir la delincuencia. Esto es así por considerarse que con este método se logran mejores resultados que con el sistema de control formal caracterizado por la coacción jurídica. A su vez, implicaría que se recurriera a la familia, a la educación, al gobierno, a la religión, es decir, que se utilizaran sanciones, pero no penales, para resolver los conflictos que se generan en torno a las relaciones. En resumen, unos Estados recurrirán al control social formal del Derecho penal; en cambio, otros lo resolverán en el ámbito del sector en el que tal conflicto surge o mediante soluciones preventivas.

Por ejemplo, durante los años 80 en España, el problema de la heroína causó un elevado número de delitos contra la salud pública, muertes por sobredosis, robos y hurtos realizados por los adictos, problemas de salud pública por jeringuillas en los espacios públicos, etc. La solución de este problema puede abordarse a través de las herramientas de control social informales o de control social formales (de acuerdo a la ideología imperante). Si se opta por utilizar el control social informal, podría suministrarse de forma controlada heroína desde la sanidad pública a los adultos consumidores y esto no sólo reduciría las muertes por sobredosis o por la mala calidad de la droga consumida, sino que también se rebajaría, en gran medida, el número de delitos contra la propiedad y contra la salud pública. En cambio, si se apuesta por mecanismos de control social formales, se utilizará la vía del Derecho penal sancionando a los traficantes de drogas y a los toxicómanos. En suma, ante la problemática de la droga, puede optarse, bien por la vía de la represión penal que jamás ha logrado la disminución del índice de esta clase de delitos, o por una solución preventiva basada en la información del perjuicio para la salud del consumidor o en la entrega controlada de droga que conduce directamente a una disminución de las muertes, de

los delitos contra la propiedad relacionados con la necesidad del consumo y de los delitos contra la salud pública, así como una disminución del riesgo para el resto de la ciudadanía de pincharse con jeringuillas.

En la sociedad postmoderna asistimos a la aparición de la sociedad del control, en la que un gran número de agencias privadas y públicas controlan todas las actividades y comportamientos de los ciudadanos considerados peligrosos. Las políticas de control están cambiando y lo hacen en una dirección de carácter reaccionario. Se ha pasado de la reclamación de cierto orden y de una demanda de seguridad, es decir, de pedir que los ciudadanos sean protegidos de una microcriminalidad, a una petición política de exclusión de los "enemigos", del sujeto considerado peligroso en el sentido de Jakobs.

Las sociedades de las últimas décadas se caracterizaban por tener unos "enemigos" clásicos: los terroristas y los traficantes de drogas. Sin embargo, las consecuencias de este cambio en las políticas de control han ampliado ese círculo de enemigos con unos nuevos, entre ellos, nos encontramos a los inmigrantes, a los mendigos, a los vagabundos, a las prostitutas, y a los okupas que pasan a adquirir la condición de "modernos peligros/modernos enemigos" para el sistema de producción. Es decir, este Derecho penal del enemigo que se ha colado en nuestros ordenamientos jurídicos se centra en la persecución de los improductivos, de los que «no cuentan en las cuentas» del sistema capitalista.

Un ejemplo de esto lo constituye Francia, país que en el año 2002 aprobó la Ley de Seguridad Interior, con la que se perseguían la mendicidad violenta, la prostitución, la ocupación, las acampadas de gitanos, etc. El ministro del interior Sarkozy, impulsor de esta ley, se refirió a esta medida con las siguientes palabras: "los derechos humanos que hemos escogido defender de forma prioritaria son los de las víctimas, no los de los culpables"²⁸.

La ciudadanía acepta este tipo de normativas porque se encuentra bajo el yugo de la manipulación de la realidad que llevan a cabo los medios de comunicación, que están controlados por minorías privadas (en la mayoría de los casos) y que pretenden generar en la población sentimientos de venganza, inseguridad y falsa necesidad de represión. En la mayoría de los casos, el peligro no es real, pero genera la sensación de vivir en sociedades del riesgo. Ante estos sentimientos, la ciudadanía se encuentra con una vía a la que considera correcto acudir y esa vía es la del Derecho penal que tiene un papel simbólico que hace creer a la población que aquí podría radicar una solución a sus demandas. Esto lleva, en palabras de Morillas Cueva a:

Impulsivas reacciones a convicciones allanadas por influencias mediáticas y por determinadas ideologías que conducen al incremento de la alarma social y la permanente exigencia de un endurecimiento de los medios de reacción penal. Situación expansionista que parece no tener freno ni límite incluso con el acceso al poder en los más variados sistemas y gobiernos de grupos políticos de convicciones progresistas que por su vinculación ideológica más comprometida, en teoría, con acciones sociales parecieran más comprometidos con un garantismo penal, con un derecho de la prevención, integrador socialmente y recuperador de los ciudadanos que delinquen sobre políticas sociales y criminales sustentadas en mecanismos alternativos que alejen, en la medida de lo posible, la comisión de delitos y el uso desmesurado de la pena.²⁹

Un ejemplo de la distorsión de la realidad que realizan los medios de comunicación lo encontramos cuando se señala que la inmigración ilegal se traduce en un aumento de la tasa de criminalidad. Esta distorsión tiene como objetivo conseguir que se recorten los derechos sociales de estas personas.

²⁸ Libertad Digital, "El Gobierno francés aprueba la Ley de Seguridad Interior que castiga la prostitución y la mendicidad", *Libertad Digital*, 24 de octubre de 2002, <https://www.libertaddigital.com/internacional/2002-10-24/el-gobierno-frances-aprueba-la-ley-de-seguridad-interior-que-castiga-la-prostitucion-y-la-mendicidad-1275321433/>.

²⁹ Lorenzo Morillas Cueva, "La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho", 10.

²⁷ Sobre esta cuestión Talcott Parsons, *The Sociology of Law* (New York: Routledge, 2008).

Se puede concluir, por tanto, que el concepto de control social del Derecho penal está en crisis, porque ha fracasado el castigo como método de prevención del delito. Por tanto, el Derecho penal, de acuerdo con Morillas Cueva, tiene en un Estado social y democrático de Derecho una doble función: por un lado, la función de protección bienes jurídicos individuales y colectivos, y por otro, una función preventiva³⁰.

2.2 El bien jurídico protegido

Aunque la doctrina no está de acuerdo por unanimidad en que una de las funciones del Derecho penal sea la tutela de bienes jurídicos, esta sí es una posición mayoritaria³¹. Hay que tener en cuenta que, aunque el Derecho penal tenga entre sus funciones la protección o tutela de determinados bienes jurídicos, no significa que deba proteger todos ellos³². La historia del bien jurídico es una historia de búsqueda de un catálogo de valores cuya importancia haga necesaria la intervención del Derecho penal.

En este sentido, conviene recordar a Garofalo y a su noción de "delito natural". Este teórico de la Escuela Positiva italiana se encargó de sistematizar jurídicamente los postulados de esta Escuela. No hay que olvidar que dos de los otros ilustres representantes de la misma (Lombroso y Ferri) eran médico y sociólogo respectivamente, pero no juristas. Frente a las investigaciones realizadas por sus dos colegas y el resto de miembros de la Escuela que se dedicaban al estudio del delincuente, Garofalo se sintió más atraído por dar una definición del concepto de delito³³. En sus propias palabras: "han descuidado el decirnos qué es lo que se entiende por la palabra delito"³⁴. Lo primero que se plantea y a lo que, de entrada, va a llamar delito natural es si existe una serie de actos o comportamientos que han sido considerados delictivos en todos los lugares del mundo, con independencia del país y de la época. De ser esto así, estaríamos ante los denominados "delitos naturales", que se caracterizan por la persecución de valores (lo que nosotros denominamos el bien jurídico protegido) que han sido considerados preciados en cualquier cultura, época y lugar. De encontrarse con ellos, podríamos tener ese delito natural no subjetivo porque esa idea de universalización lo convertiría no en algo subjetivo y cambiante, sino en algopreciado y protegido a través del Derecho penal de forma universal. Sin embargo, ese delito natural que buscaba no existía, no existía porque allí donde intentaba hallarlo, Garofalo se encontraba que incluso los hechos más horribles del mundo en algún sitio no fueron perseguidos por el Derecho penal. Entiende entonces el autor que el concepto de delito es subjetivo, mutable, cambiante y dependiente de muchos factores que van desde los ideológicos, los políticos, los culturales, los económicos, los étnicos y, por tanto, jamás se podría encontrar ese delito, ni unos valores tan importantes para la humanidad como para protegerlos en cualquier lugar o época³⁵.

³⁰ Lorenzo Morillas Cueva, "La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho", 6.

³¹ A este respecto, conviene advertir que, por ejemplo, Jakobs, que defiende un funcionalismo radical, critica estas posiciones al entender que la función del Derecho penal va más allá de la tutela de bienes jurídicos.

³² El Derecho penal no protege todos los bienes jurídicos, sino que se va a limitar a proteger los bienes jurídicos más valiosos. No olvidemos que, al menos formalmente, un Estado social y democrático de Derecho se caracteriza por tener un Derecho penal mínimo.

³³ Esto es común en la teoría del castigo; pues, dentro de las teorías de la pena, los más importantes teóricos empiezan dando una definición de delito y otra de pena para que, a partir de las mismas, se pueda desarrollar una teoría. Esto ocurre en autores como Feuerbach con su teoría de la coacción psíquica del delincuente o en Dorado Montero con su correccionalismo krauso-positivista.

³⁴ Raffaele Garofalo, *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión* (Madrid: B de F, 2005), 69.

³⁵ Posteriormente, Garofalo modifica su noción de delito natural; pero, por no ser esta el objeto de la presente investigación, se anima al lector a que, si tiene interés en la misma, consulte la citada obra de Garofalo, el artículo Alfonso Serrano Gómez, "El delito natural según Garofalo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (2017): 331 y ss.; y, Laura Pascual Matellán, *Pedro Dorado Montero y el correccionalismo español. El difícil desafío de humanizar el Derecho penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 334 y ss.

He acudido a Garofalo porque refleja muy bien unos intentos frustrados de establecer una definición de delito que deje al margen la subjetividad que la caracteriza porque no puede olvidar el lector que el delito es una construcción política y, como construcción política que es, siempre será subjetiva y mutable. No obstante, el afán de los penalistas por quitarle este sesgo ideológico al Derecho penal los ha llevado a la construcción de una teoría del bien jurídico, que es necesaria para poder fundamentar el Derecho penal y así intentar evitar las decisiones arbitrarias en esta materia.

La doctrina contemporánea se divide en dos grupos: el sector que defiende acudir a referencias externas para localizar esos valores o bienes jurídicos (en este sentido, estaríamos ante bienes jurídicos que trascienden al Derecho positivo); y el sector que niega la existencia de un concepto previo de bien jurídico y considera que es el Derecho positivo el que lo crea (bien jurídico inmanente al Derecho positivo).

Dentro del primer grupo de teóricos existe una división doctrinal sobre cómo deben interpretarse las referencias externas. A este respecto, hay dos tesis diferenciadas. Por un lado, la tesis que señala que la búsqueda de referentes externos tiene que realizarse en los textos constitucionales porque en ellos se recogen los valores que deben protegerse. En este grupo nos encontraríamos a Roxin, que considera que un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo podría derivar de los postulados recogidos en los distintos textos constitucionales. Por otro lado, nos encontramos con la tesis que no pone en el centro el valor Constitución, sino los derechos del sujeto. Hassemer es uno de los autores que defiende esta posición.

En lo que respecta a los teóricos del segundo grupo, destacan autores funcionalistas como Amelung, Köhler o Jakobs, que niegan la existencia de un concepto previo de bien jurídico y consideran que es una creación del legislador.

En este sentido, me ubico en el primer grupo, puesto que considero que el legislador no crea el bien jurídico protegido, sino que se lo encuentra. De no ser así, como diría Ferrajoli, nos quedaríamos sin justificación moral y política a la hora de decidir qué es lo que castigamos y por qué³⁶.

Dicho esto, si el ya citado artículo 1.1 CE afirma que el Estado español es un Estado social y democrático de Derecho, los límites que este modelo de Estado nos marca nos llevan necesariamente a una política criminal que parte de que el Derecho penal tiene que proteger o tutelar determinados bienes jurídicos (los más valiosos de acuerdo al principio de lesividad). Y tal y como se ha señalado anteriormente, los textos constitucionales son muy socorridos porque, al menos teóricamente, recogen ese catálogo de valores que como sociedad consideramos importantes y que, por ello, debemos proteger penalmente. El acudir al texto constitucional para fundamentar el castigo de aquellos ataques a determinados bienes jurídicos dota al poder punitivo del Estado de fundamentación jurídica, política e, incluso, ética. Esto no le quita al delito su subjetividad, pues al fin y al cabo los textos constitucionales, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, tienen como base la cultura, los principios y los valores imperantes en un determinado momento histórico; pero, dentro de todas las subjetividades posibles, el acudir a los textos constitucionales garantiza al menos una justificación.

A lo largo de la historia, el Derecho penal ha sido un reflejo de uno de los instintos más básicos del ser humano que es responder a un mal con otro mal, una idea que, si bien está presente en los seres humanos, llega a interiorizarse y a afianzarse con más fuerza en los imaginarios colectivos al verse reflejada en el Derecho penal, al entenderse como herramienta con la que respondemos causando un mal al que previamente ha causado otro. Pero, siguiendo con lo dispuesto en las diferentes teorías de la pena, esa sanción penal que establecemos como respuesta a la comisión

³⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 471.

de un acto delictivo puede ser retributiva o preventiva. Es decir, compensamos el mal cometido con el mal de la pena (en plena consonancia con el idealismo alemán kantiano y hegeliano) o bien utilizamos ese mal para prevenir el delito, bien sea esa prevención centrada en la generalidad buscando prevenir ese primer delito que no se ha cometido todavía o prevenir la reincidencia o reiteración delictiva (prevención especial). Esto equivale a decir que hay que intentar prevenir que se ataquen los bienes jurídicos protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico. En suma, considero que en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, teniendo en cuenta que asumimos como válida la función de tutela de bienes jurídicos del Derecho penal, esto se lograría únicamente sustituyendo la función retributiva por una acción punitivo-preventivista de la pena, sujeta a los límites garantistas, donde no deben perderse de vista principios tan importantes como el de legalidad, el de proporcionalidad, el de humanización de las penas y el de resocialización, entre otros.

2.3 Del irresoluble problema de la libertad humana y el principio de culpabilidad

En plena consonancia con lo anterior, deben ser los especialistas, a los que parecía aludir Hassemer cuando hacía referencia a las opiniones científicas sobre la pena, que son generalmente los penalistas, pero también podríamos incluir a filósofos del Derecho y criminólogos, quienes frenen ese expansionismo y punitivismo excesivo del Derecho penal, puesto que no tienen encaje en un Estado social y democrático de Derecho, y combatirlo con propuestas de política criminal basadas en la prevención, así como de mejora del Derecho penal y su catálogo de sanciones.

Para ello, hay que partir de una base garantista con los principios, acompañados de sus correspondientes garantías, sobre los que se va a articular el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, podemos encontrarnos con los principios de legalidad, de proporcionalidad, de lesividad, de intervención mínima, de humanidad de las penas y de las medidas de seguridad, de *non bis in idem*, de culpabilidad y de resocialización. De todos estos principios, es el de culpabilidad uno de los más importantes, por sus vinculaciones con el retribucionismo, pero que en la actualidad ha adquirido fuerza en las visiones preventivas de la pena, como ya he comentado anteriormente a raíz de la teoría dialéctica de la unión de Roxin. El principio de culpabilidad pretende fundamentar y limitar la pena. En materia de fundamentación, la cuestión es compleja y parece llevar, en ocasiones a callejones sin salida por el irresoluble problema del libre albedrío humano. En cuanto a la limitación de la pena, tampoco parece haber un claro consenso doctrinal, pero este principio parece estar más dirigido a una limitación por arriba de la pena y no tanto por debajo.

En consecuencia, una de las cuestiones importantes es que, una vez que asumimos los principios y las garantías como límite al poder punitivo del Estado, nos encontramos el controvertido principio de culpabilidad porque ya parte, nos sentimos más o menos cómodos con ello, del dilema generado con la cuestión de la libertad humana. Es decir, si el sujeto pudo o no pudo actuar de otra manera diferente a la que actuó cuando cometió el delito. A este respecto mi teoría es la de un libre albedrío limitado: los seres humanos eligen su actuación; pero no lo hacen en su totalidad, sino que se encuentran condicionados en la toma de sus decisiones, aunque ese condicionamiento no supone en ningún caso una determinación.

Si bien autores como Morillas Cueva señalan que en un Estado social y democrático de Derecho se debe partir de que los ciudadanos son libres, capaces de decidir con responsabilidad y autonomía³⁷, no considero que esto sea realmente así. Aunque esto no puede llevarse por delante el principio de culpabilidad, sí tendrá, desde mi punto de vista, mucha repercusión en materia de política criminal (política social) y de resocialización

Toda la reflexión anterior la realizo, como es lógico, excluyendo los casos en los que sustituimos la culpabilidad por la peligrosidad para imponer no penas, sino medidas de seguridad, así como los casos de menores no responsables penalmente.

3. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y la introducción de la "prisión permanente revisable"

Aunque este no sea el objeto principal del presente artículo, conviene realizar una breve mención a la pena de prisión permanente revisable, una medida que fue introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta Ley Orgánica reformó ampliamente el Código Penal español; sin embargo, fue la introducción de esta medida la que más interés tuvo entre la doctrina, pero también en la sociedad, pues los medios de información pusieron un especial interés en ella.

No puedo ocultar mi rechazo a la aplicación de esta medida, pues ya en distintos artículos de investigación he mostrado mi opinión sobre ella³⁸.

La pena de prisión permanente revisable se aplica a una serie de delitos especialmente graves³⁹. Esta pena, como toda pena de prisión, consiste en la privación de libertad, con la diferencia de que nos encontramos con una privación de libertad indeterminada porque el condenado ingresa en prisión sabiendo que día ingresa, pero sin una perspectiva de futuro más o menos clara sobre cuándo podrá salir de allí (si es que alguna vez consigue la libertad). Esta medida implica una prisión a perpetuidad como estancia máxima y fija un periodo de estancia mínima de 25 años. A su vez, se endurecen los requisitos para la consecución de la libertad condicional, lo mismo para suspender la ejecución de la pena, la concesión de permisos penitenciarios y la progresión al tercer grado.

Dentro del mundo jurídico, especialmente entre los penalistas, ha surgido un posicionamiento de rechazo a esta pena de prisión. Ello se visibilizó en un manifiesto firmado por más de 100 catedráticos de Derecho penal⁴⁰. El rechazo a la prisión permanente revisable se basa fundamentalmente en que estaríamos, de entrada, ante una pena susceptible de inconstitucionalidad. Los argumentos esgrimidos en esa dirección se centran en varios artículos de la CE.

En lo que respecta al art. 25 CE, lo hacen tanto en su párrafo 1 (referente al principio de legalidad) como en su párrafo 2 (referente al principio de resocialización).

A continuación, voy a centrarme en el art. 25.1 CE, en el que se dispone lo siguiente:

"[N]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"⁴¹.

³⁸ Laura Pascual Matellán, "La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado", *Clivatge. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi socials*, n.º 3 (2015): 51-65.

³⁹ La prisión permanente revisable está prevista en el Código Penal para los siguientes delitos: asesinato de un menor de 16 años o de una persona especialmente vulnerable, asesinato después de cometer un delito contra la libertad sexual, asesinato cometido en el seno de una organización criminal, asesinato múltiple, delito contra la vida del Rey o Reina o Príncipe o Princesa de Asturias, homicidio del Jefe de un Estado extranjero o de otra persona protegida internacionalmente por un tratado internacional que se encuentre en España y delitos contra el derecho de gentes: genocidio y de lesa humanidad.

⁴⁰ España Juan Antonio Lascurain Sánchez, "Manifiesto contra la prisión permanente revisable", *Petición.es*, accedido 28 de noviembre de 2024, https://www.peticion.es/manifiesto_contra_la_prision_permanente_revisable.

⁴¹ España. *Constitución Española*, art. 25.1.

³⁷ Lorenzo Morillas Cueva, "La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho", 14.

La prisión permanente revisable, al ser por esencia una pena indeterminada, atentaría contra el principio de legalidad, puesto que no se puede conocer la duración de la condena por ser esta una condena que varía de un mínimo de 25, 28, 30 y 35 años hasta un máximo de toda la vida. La determinación de la pena, por tanto, se conoce mucho tiempo después de que ocurrieran los hechos delictivos.

En lo que respecta al art. 25.2, ya he señalado que establece:

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.⁴²

Existe, como bien señala Díaz y García Conlledo⁴³, un problema a la hora de definir qué se entiende por resocialización, pues no hay un consenso sobre esta cuestión y tampoco parece estar claro que la resocialización pueda llevarse a cabo en un centro penitenciario. A su vez, si de algo tenemos certeza en materia de resocialización es que esta no puede conseguirse con penas excesivamente largas, pero tampoco con penas excesivamente cortas. De nuevo, Díaz y García Conlledo la define, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, con las siguientes palabras:

La resocialización implica que, en la propia concepción de la pena y en su ejecución, se ofrezcan al penado (con carácter voluntario) diversos instrumentos que eviten una destrucción de su personalidad y sociabilidad tal que impidan toda vuelta a la normalidad de una vida sin delitos e incluso ayuden a esta.⁴⁴

La cuestión es que la prisión permanente revisable permite que una persona pueda estar encerrada perpetuamente o, en el mejor de los casos, establece un mínimo de 25 años que, como ya he advertido, puede aumentarse a 28, 30 y 35. Aun así, si fijáramos el tiempo de encierro en 25 años, este tiempo es lo suficientemente largo para imposibilitar la resocialización y, en cambio, conseguir la desocialización del interno. Es decir, haría realidad el famoso dicho de que en la cárcel se entra mal, pero se sale peor. Los estudios aluden a un encierro de una duración máxima de 12 a 14 años para conseguir la resocialización y evitar la desocialización. Sin embargo, uno de los principales argumentos que se han utilizado para defender la resocialización en el marco de la prisión permanente revisable es que estaríamos ante una pena que, a diferencia de otras, sí realizaría un seguimiento (a partir de los 25 años de encierro) de la evolución del penado en materia de resocialización. Este argumento nos llevaría a la idea de penas indeterminadas para cualquier modalidad delictiva hasta la consecución de la resocialización. Consecuentemente, podrían tener lugar los excesos derivados de una prevención especial positiva no sujeta a límites. Asimismo, los defensores de la constitucionalidad de la medida, aluden a las teorías mixtas, pues no estaríamos en un país donde la única finalidad de la pena es la resocialización, sino que la resocialización convive con otras finalidades. Hay que señalar, en este sentido, que el hecho de que se abogue por teorías mixtas no implica relegar a un segundo plano a la resocialización, sino que el propio texto constitucional es la única finalidad de la pena que nombra, pero no porque sea la única que buscamos, sino porque ninguna otra podrá impedir esta.

⁴² España, *Constitución Española*, art. 25.2.

⁴³ Miguel Díaz y García Conlledo, "La pena de prisión permanente revisable. ¿Hay que mantenerla?", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 8 (2021): 155.

⁴⁴ Miguel Díaz y García Conlledo, "La pena de prisión permanente revisable. ¿Hay que mantenerla?", 155.

Otro de los artículos con los que parece colisionar esta pena es el art. 15 CE que señala:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.⁴⁵

La prisión permanente revisable, al poder ser una pena a perpetuidad si el pronóstico resocializador no fuera favorable, podría ser considerada inhumana. Asimismo, sigue presente el argumento de que todas las penas privativas de libertad superiores a 12/14 años serían inhumanas en la medida que desocializan al interno y no consiguen que este pueda resocializarse. Este argumento podría ser tenido en cuenta para intentar abolir cualquier pena privativa de libertad superior a 14 años por no tener encaje con la resocialización. Sin embargo, la categorización de una pena como humana o inhumana sigue siendo susceptible de interpretación y cae en el marco de las subjetividades humanas, que llevan a un relativismo difícilmente soportable.

En plena consonancia con lo anterior, podríamos acudir también al art. 10.1 CE:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.⁴⁶

Aquí aparece la idea de dignidad humana y otro de los argumentos de inconstitucionalidad alude a que la prisión permanente revisable atentaría contra la dignidad humana por ser una pena indeterminada que puede llegar a privarte de libertad durante el resto de tu vida. De nuevo, la dificultad para definir la dignidad humana deja en la subjetividad este argumento.

En suma, parece que la prisión permanente revisable se encuentra con un problema de inconstitucionalidad. Esto llevó a la presentación de un recurso de inconstitucionalidad, núm. 3866-2015, por parte de 50 diputados. En él instaban a declarar inconstitucional esta medida por varios motivos: vulneración de la prohibición de las penas inhumanas o degradantes, vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas, y vulneración del mandato de resocialización, entre otros.

La respuesta al recurso de inconstitucionalidad tardó seis años en llegar y fue en la sentencia del 6 de octubre de 2021 en la que se defendió la constitucionalidad de esta pena: "la pena de prisión permanente revisable no es por ello una prisión de por vida, sino una pena revisable, pues los beneficios penitenciarios y la libertad condicional la concretan"⁴⁷.

Asimismo, apunta que es "una realidad en muchos países miembros de la Unión Europea"⁴⁸. No obstante, en los países europeos donde también existe esa pena, tiene un plazo de revisión inferior al establecido por el legislador español (véanse los 15 años de Alemania, los 10 años de Suecia o los 12 de Dinamarca). Estas revisiones en etapas más tempranas del cumplimiento no atentarian contra la resocialización al ser más difícil que el interno se encuentre ya desocializado.

Dicho esto, lo que habría que pensar es si esta prisión revisable tendría encaje con el resto de finalidades de la pena. Partiendo de que, con independencia de lo que diga el Tribunal Constitucional español, estaríamos colisionando con la prevención especial positiva. No obstante, hay otras finalidades de la pena con las que sí encaja, como sería la prevención especial negativa

⁴⁵ España, *Constitución Española*, art. 15.

⁴⁶ España, *Constitución Española*, art. 10.1.

⁴⁷ España Tribunal Constitucional, *Sentencia 169/2021*, Boletín Oficial del Estado 268, 9 de noviembre de 2021, BOE-A-2021-18372, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-18372>.

⁴⁸ España Tribunal Constitucional, *Sentencia 169/2021*.

(dado que la prisión permanente revisable constituye un ejemplo prototípico de inocuización). En lo que respecta a la prevención general negativa (coacción psíquica/disuasión) sí tendría encaje en esta medida, más allá de que no parece que la prevención general negativa consiga los resultados esperados en este sentido, pues la tasa de criminalidad para los delitos en los que está prevista esta medida no ha disminuido⁴⁹. En cuanto a la prevención general positiva, entendida esta como una consecución de adhesión a las normas penales, podríamos establecer que la ciudadanía confiaría en las normas por tener una prisión permanente revisable, pero no sería necesario introducir penas tan graves en el repertorio para lograr la citada adhesión. En cualquier caso, esa adhesión es muy difícil de verificar empíricamente.

4. El mandato de resocialización

Señala acertadamente Urías Martínez que:

Las constituciones se limitarán a recoger, con más o menos éxito y de un modo más o menos vinculante, los derechos de los ciudadanos a la hora de ser detenidos o encarcelados, pero olvidando ya siempre a los ciudadanos en prisión. Los presos no aparecen nunca como titulares de derechos en nuestras constituciones, y la institución de la privación de libertad nunca exige una justificación constitucional: la prisión existe, y es el legislador el que ha de dirigirla.⁵⁰

Esto, en cambio, no sucede con parte de la doctrina penal, que sí se ha preocupado por la resocialización y por aquellos que tienen que resocializarse. Curiosamente, y como se ha venido señalado a lo largo de este trabajo, esta preocupación estuvo más presente durante el siglo XIX y principios del XX, que en el siglo XXI.

La escuela correccionalista utilizó el término corrección para hacer referencia a la prevención especial positiva. Sin embargo, en los textos constitucionales, en los artículos de investigación, en las monografías, etc. contemporáneos encontramos referencias a la prevención especial positiva con una terminología diferente. No se utiliza la palabra corrección, pero sí rehabilitación, reeducación, reinserción y resocialización. Todas ellas se usan indistintamente como sinónimos. Así las cosas, el término corrección apenas es utilizado para evitar las connotaciones negativas que lo rodearon. La connotación negativa se debe a dos razones: a) la corrección implicaba un cambio profundo en el «alma» del delincuente, realizar una cura de almas, en palabras de Röder. Esto implica una forma de entender la cuestión que no tiene encaje en el Estado social y democrático de Derecho; b) En nombre de la corrección se han producido excesos que jamás fueron pretendidos por la Escuela Correccionalista. Un ejemplo de esto lo encontramos en que en nombre de la corrección se aplicaron castigos físicos en las denominadas casas de corrección.

En lo que respecta a la CE y a su ya citado art. 25.2, los términos que utiliza son concretamente los de reinserción social y reeducación.

Hay que tener en cuenta que fue a partir de los años 70 del siglo pasado cuando se produce una desilusión frente al ideal resocializador por la falta de resultados. Esto lleva a un fenómeno caracterizado por 3 pilares: a) los citados abusos que han tenido lugar en nombre de la corrección, por ejemplo: la Ley de Vagos y Maleantes de 1970 en España que consideraba a la homosexualidad un estado peligroso. Había que curar a los homosexuales en las cárceles; b) La ciudadanía, tal como ocurre hoy en día, pide castigos más severos; c) Los programas de resocialización, normalmente mal desarrollados, no se han caracterizado por conseguir buenos resultados.

⁴⁹ Anthony N. Doob y Cheryl Marie Webster, "Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis", *The University of Chicago Press* 30, (2003): 143-195. No hay relación entre el aumento de las sanciones y el poder disuasorio.

⁵⁰ Joaquín Urías Martínez, "El valor constitucional del mandato de resocialización", *Revista española de derecho constitucional* 21, n.º 63 (2001): 43-78.

En consecuencia, se ha pasado de la resocialización a la inocuización, lo que equivale a decir que se ha abierto el camino para pasar de la prevención especial positiva a la prevención especial negativa.

Una de las principales preguntas que pueden surgirnos en esta materia sería: ¿Resocializar para qué? Puesto que no se termina de entender cómo vamos a intentar integrar a alguien en una sociedad que en la mayoría de las ocasiones es la culpable de su situación. Lo que nos llevaría a pensar si lo que hay que cambiar es al recluso o si no sería mejor empezar cambiando a la sociedad que gesta el delito para que el delincuente, ya resocializado, pueda llegar a una sociedad donde las raíces del delito se hayan arrancado. Esto puede resultar utópico, pero lo que no lo es tanto es poner en el centro del debate penológico un sistema penitenciario que camine hacia la resocialización.

En los postulados correccionalistas, la corrección aparecía como un derecho y un deber del penado (el condenado tiene el derecho y la obligación de corregirse). Sin embargo, actualmente en España, como Estado social y democrático de Derecho caracterizado por una combinación de finalidades de la pena (teoría mixta), la corrección es un derecho, pero no puede ser un deber.

Así las cosas, el desafío de la corrección o resocialización se basa en si debemos esperar a que el Derecho penal intente cambiar al condenado (correccionalismo) o si nos conformamos con que no vuelva a delinquir, incluso aunque no haya cambiado. Actualmente, consideramos que un individuo está resocializado cuando no hay reincidencia o reiteración delictiva. Nos conformamos con que no vuelva a delinquir con independencia de que existan cambios más o menos profundos en su foro interno. Hoy en día somos conscientes del inmenso desafío que supone educar para la libertad privando de ella. Por este motivo, la resocialización ya no es ni siquiera a lo que se trata de aspirar, sino que las pretensiones son más humildes, no tanto que el delincuente se resocialice, sino que bastaría con que no se desocialice.

5. A modo de conclusión

En un Estado social y democrático de Derecho el poder punitivo del Estado debe estar sujeto a límites. Asimismo, dentro de los fines de la pena, la resocialización o prevención especial positiva debe adquirir un papel destacado que trascienda lo formal. Esto equivale a decir que no basta con que los textos constitucionales se hagan eco de la resocialización en su articulado, sino que las políticas resocializadoras deben implementarse en las prisiones y se deben introducir paralelamente cambios en la sociedad que ayuden a disminuir la delincuencia, haciéndose realidad que la mejor política criminal es una buena política social.

En Europa, sobre todo a través de la influencia de Roxin, hemos asumido las teorías mixtas como la mejor forma de compaginar las distintas finalidades preventivas de la pena. Así, intentamos prevenir el delito desde los diferentes lugares con un objetivo claro: mantener la criminalidad en unos niveles tolerables por nuestras sociedades. Sin embargo, la ciudadanía, que bebe de fuentes poco fiables, interioriza discursos favorables al retribucionismo y a la venganza, que se manifiestan en demandas sociales de mayor punitivismo, eliminación de principios y garantías, conversión del Derecho penal mínimo en un Derecho penal máximo, asumir el Derecho penal del enemigo, entre otras cuestiones. La clase política en su búsqueda inagotable de votos y abandonando lo que sería esperable (la mejora de nuestras democracias) ha puesto en marcha el famoso populismo punitivo. Así las cosas, nuestros partidos políticos anuncian constantemente reformas penales basadas en la represión y la persecución de los denominados enemigos. Todo ello con un único objetivo: conseguir votos. Una prueba la encontramos con la introducción de la prisión permanente revisable.

Ante esta situación, los penalistas no podemos resignarnos y tenemos que dedicar nuestros esfuerzos a algo a lo que tal vez no estemos acostumbrados, pues quizá el último de nosotros

en hacerlo fuera Pedro Dorado Montero. Deberíamos dirigir nuestros discursos, nuestras investigaciones no al resto de la doctrina (convencida o no con nuestras ideas), sino a las mayorías sociales. Estas mayorías, que construyen sus discursos a través de los medios de información, necesitan encontrar en nosotros un nuevo relato penal que les sirva como alternativa. La ciudadanía es la única que con su fuerza y presión puede conseguir que el legislador dé un giro hacia un Derecho penal más humanizado. Hasta ahora, nosotros, los estudiosos del Derecho penal predicamos a conversos, mientras que una población retribucionista sigue instalada en la venganza. Hagamos una reflexión y busquemos la vía de hacer llegar nuestras palabras a la calle, fuera de los gruesos muros de las universidades, que no dejan traspasar el conocimiento al retenerlo en su interior. Los que pueden cambiar las cosas siguen esperando que les relatemos las razones por las que hay que construir el Derecho penal del porvenir.

Bibliografía

- Arroyo Gutiérrez, José Manuel. *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995.
- Bueno Bernal, Andrés. "La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 5 (2001/2002): 201-212.
- Castro Moreno, Abraham. *El por qué y el para qué de las penas: (análisis crítico sobre los fines de la pena)*. Madrid: Dykinson, 2008.
- Demetrio Crespo, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Madrid: Reus, 2016.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "La pena de prisión permanente revisable. ¿Hay que mantenerla?". *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 8 (2021).
- Doob, Anthony N. y Cheryl Marie Webster. "Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis". *The University of Chicago Press* 30, (2003): 143-195.
- España. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.
- España Juan Antonio Lascuráin Sánchez. "Manifiesto contra la prisión permanente revisable". *Petición.es*. Accedido 28 de noviembre de 2024. https://www.peticion.es/manifiesto_contra_la_prision_permanente_revisable.
- España Tribunal Constitucional. *Sentencia 169/2021*. Boletín Oficial del Estado 268, 9 de noviembre de 2021, BOE-A-2021-18372. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-18372>.
- Feijóo Sánchez, Bernardo. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Montevideo – Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

- Garofalo, Raffaele. *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Madrid: B de F, 2005.
- Hassemer, Winfried. *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Kant, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt: Suhrkamp, [1797] 1978.
- Libertad Digital. "El Gobierno francés aprueba la Ley de Seguridad Interior que castiga la prostitución y la mendicidad". *Libertad Digital*, 24 de octubre de 2002. <https://www.libertaddigital.com/internacional/2002-10-24/el-gobierno-frances-aprueba-la-ley-de-seguridad-interior-que-castiga-la-prostitucion-y-la-mendicidad-1275321433/>.
- Mañalich, Juan Pablo. "Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling". *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2015).
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2015.
- Morillas Cueva, Lorenzo. "La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho". *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (2013).
- Parsons, Talcott. *The Sociology of Law*. New York: Routledge, 2008.
- Pascual Matellán, Laura. "La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado". *Clivatge. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi socials*, n.º 3 (2015): 51-65.
- . *Pedro Dorado Montero y el correccionalismo español. El difícil desafío de humanizar el Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- Pawlik, Michael. *Person, Subjekt, Bürger*. Berlin: Duncker Und Humblot, 2004.
- Roxin, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.
- . *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus, 1981.
- . *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981.
- . *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- Sanz Mulas, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad (análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)*. Madrid: Colex, 2000.
- Serrano Gómez, Alfonso. "El delito natural según Garofalo". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (2017).
- Torrente Robles, Diego. *Desviación y delito*. Madrid: Alianza, 2001.
- Urias Martínez, Joaquín. "El valor constitucional del mandato de resocialización". *Revista española de derecho constitucional* 21, n.º 63 (2001): 43-78.

LA ALARGADA SOMBRA DE LA RETRIBUCIÓN

Pablo Bonorino¹

El principio de retribución es una de las ideas asociadas a la justicia más antiguas². Este principio de retribución, que justifica la producción de un daño a una persona por el mero hecho de que él o ella generaron un daño previamente, fue limitado con el tiempo exigiendo algún tipo de equivalencia entre el daño recibido y el daño provocado. La *Lex Talionis* constreñía la respuesta retributiva asimilándola a la "devolución de una deuda": la idea es que si alguien provocaba un daño a otro generaba una deuda que debía satisfacer sufriendo el mismo tipo de daño que había provocado y en la misma cantidad³. Desde la antigüedad, el principio de retribución forma parte de la idea de justicia, pero ha dado lugar a prácticas e instituciones muy diversas a lo largo de la historia. El cambio más radical se produjo cuando se pasó de un sistema de venganza privada a la administración de castigos a cargo de órganos especiales del Estado. Este tránsito fue acompañado, desde los mismos inicios de la reflexión filosófica, por el esfuerzo teórico para comprenderlo y justificarlo. En este trabajo se abordarán algunas de las discusiones que se han generado sobre la cuestión con el objetivo de entender su vigencia en el trasfondo de los debates actuales sobre la justificación moral del castigo.

¹ Profesor Titular de Universidad de Filosofía del Derecho, Universidad de Vigo, España.

² Hans Kelsen escribió un artículo en 1943 en el que analizó las narraciones sobre diluvios y otras catástrofes míticas en las culturas antiguas con el objetivo de determinar cuáles eran los principios morales subyacentes a todas ellas. Entre sus conclusiones Kelsen resalta que "among the common elements of flood and catastrophe tales the principle of retribution is so manifest that one must consider it, if only for that reason, as one of the oldest ideas of humanity". Hans Kelsen, "The Principle of Retribution in the Flood and Catastrophe Myths", en *The Flood Myth* (Berkeley-Londres: University of California Press, 1988), 126.

³ Sobre la *Lex Talionis* y su relación con la racionalidad de la venganza, ver Nico H. Frijda, "The Lex Talionis: On Vengeance", en *Emotions: Essays on Emotion Theory* (New York-London: Psychology Press, 1994), 263-289.



1. La justificación moral del castigo en el Siglo XX

Las discusiones sobre la justificación moral del castigo han ocupado a los mejores pensadores de su tiempo desde el inicio mismo de la reflexión filosófica. Abordar el problema parece condenar a la arrogancia o a la futilidad a quien lo intente. Para evitar caer en ninguna de estas posiciones, me propongo un objetivo modesto: reconsiderar algunas creencias sobre la justificación del castigo, en especial la relación entre venganza y castigo, que parecen indiscutibles en tiempos recientes. Esto me llevará a examinar ciertas posiciones marginales en la discusión, con la convicción de que es más interesante tratar argumentos sugestivos y polémicos que abordar aquellos que trivialmente secundan posiciones que gozan del mayor consenso.

¿Es justificable moralmente el castigo? Es escandaloso que una institución presente en todas las culturas humanas, que genera un daño humano sólo comparable a la guerra y un costo económico mayor que el insumen los servicios de salud y de educación en las democracias contemporáneas, no sea capaz de generar un mínimo de consenso sobre su justificación moral⁴. Al ser una pregunta típicamente filosófica el escándalo se traslada –con razón– a la filosofía misma. No sólo todos los grandes pensadores la han abordado sin éxito, sino que es una de la que más atención ha recibido en la disciplina en los últimos años⁵.

Dos mil quinientos años de esfuerzos de las mejores mentes y no hay ningún avance. ¿Es esto la constatación del fracaso o de la inutilidad de toda la empresa filosófica? Para muchos lo es, pero considero que no es así. La propia naturaleza de los problemas filosóficos y de las proposiciones filosóficas impide lograr el consenso en la comunidad de investigadores que caracteriza a otras empresas de conocimiento humano como la ciencia empírica. No estamos ante una falla de la filosofía, sino ante una de sus características definitorias⁶. Las posiciones básicas que dan lugar a esta situación de empate irresoluble son el utilitarismo (que considera que el castigo se debe justificar apelando a las consecuencias socialmente beneficiosas que de su imposición se puedan derivar, sean estas la de prevenir la comisión de nuevos delitos o la reforma del infractor), el retributivismo (que afirma que, para no violar la autonomía y la dignidad de los infractores, el castigo se debe justificar por sí mismo, sin apelar a fines externos a su propia imposición y debe ser proporcional al daño que hayan provocado quienes los sufran) y el abolicionismo (que considera que estamos ante una institución moralmente injustificable ante la que cabe actuar de la misma manera que se actuó en el pasado con otras instituciones igual de milenarias e inmorales como la esclavitud: suprimiéndolas).

Detrás de estas disputas insolubles subyace, no obstante, un considerable y sorprendente consenso entre los especialistas sobre la verdad de dos afirmaciones: (a) la venganza y el castigo son dos fenómenos de naturaleza diferente, existe una distinción conceptual clara entre ambas, y (b) la venganza es moralmente injustificable. La aceptación de esta última es casi unánime, la primera preocupa más a los retributivistas que se han visto atacados por sus rivales por defender posiciones que se consideran racionalizaciones del sentimiento de venganza que experimentan las víctimas de actos considerados injustos. Dado que parece que es la vieja idea de retribución identificada por Kelsen la que da sentido a nuestras prácticas de imponer castigos –aunque se pueda seguir discutiendo si es capaz o no de ofrecer por sí sola una justificación moral adecuada

4 Para Guyora Binder la pregunta relevante no es de naturaleza moral sino política. No percibirlo es lo que ha atascado el debate ya que conduce a considerar que las teorías del castigo tratan sobre conductas individuales y no sobre instituciones, reduciéndolas –en consecuencia– a provincias de las teorías morales deontológicas y utilitaristas. Guyora Binder, "Punishment Theory: Moral or Political", *Buffalo Criminal Law Review* 5, n.º 2 (2002): 321-372.

5 Michel Davis ha realizado una estadística de las apariciones de la expresión "punishment" en el *Philosopher's Index* por períodos de diez años: frente a las 30 entradas registradas en la década de 1940 a 1950 encontramos 503 para el periodo 1997-2007. Michel Davis, "Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments from (about) 1957 to 2007", *The Journal of Ethics* 13, n.º 1 (2009): 73-100.

6 En el mismo sentido ver Nicholas Rescher, *La lucha de los sistemas. Un ensayo sobre los fundamentos e implicaciones de la diversidad filosófica* (México: UNAM, 1995).

de las mismas–, es comprensible que quienes así lo entienden hayan desarrollado posiciones que permitan diferenciarla claramente de la inmoral idea de venganza. Quienes exigen que aquellos que han provocado un daño intencional a otros sufran la imposición de un daño equivalente y proporcional no piden venganza, sino que se haga justicia –entendiendo que el principio de retribución constituye uno de sus pilares–. ¿Es tan tajante esta distinción como se piensa? ¿Se puede defender racionalmente o estamos en presencia un simple giro retórico para preservar una distinción meramente ideológica que resulta tranquilizadora para nuestras conciencias?

2. El punto de mayor consenso

La capacidad para imponer castigos está asociada al nacimiento y justificación del Estado moderno, y su imputación a ciertas conductas mediante la promulgación de normas generales es una de las características definitorias del Derecho (entendido como sistema jurídico). No es de extrañar, entonces, la magnitud de las discusiones teóricas en torno a la justificación moral del castigo: por qué, cuándo y cómo el Estado está legitimado para castigar. La aplicación de castigos por parte del Estado se muestra como un acto de impartir justicia, mientras que conductas similares llevadas a cabo por particulares se consideran crímenes. La venganza es desterrada al descampado de la barbarie, a estadios primitivos de la evolución humana, pero, sin embargo, regresa una y otra vez en las ficciones con las que los individuos civilizados se identifican⁷. ¿Por qué esta aparente nostalgia por lo atávico? Porque el castigo, entendido como la retribución merecida por un mal producido, comparte la misma estructura que la venganza. En ambos casos se inflige un daño a quien ha realizado un acto incorrecto o cometido una injuria, con el deseo de que sea consciente de la razón por la que lo está sufriendo⁸. La diferencia estriba en el carácter personal de la venganza: quien sufre la injuria produce a quien lo ha injuriado un mal, tanto el sentido de la injuria como la ejecución del daño como respuesta dependen de la persona que se siente injuriada⁹. ¿Por qué el castigo infligido por el Estado –aún entendido como una retribución por el daño producido– carece de ese carácter personal que permite distinguirlo de la venganza? La respuesta está dada por la existencia de un ordenamiento jurídico que establece las conductas merecedoras de un castigo, los procedimientos y los órganos encargados de aplicarlos. Los crímenes son las conductas castigadas por ciertas normas del sistema, los castigos aceptados están fijados también por normas generales, los procedimientos a seguir están establecidos a su vez en otras reglas y los encargados de determinar si en un caso concreto se debe aplicar un castigo actúan como órganos del Estado en virtud de las normas que establecen sus competencias, las condiciones de acceso a su cargo y su nombramiento efectivo. La existencia de reglas generales relacionadas con el castigo marcan la diferencia entre el Estado y quienes –aún realizando los mismos comportamientos en algunas ocasiones– son perseguidos como criminales por sus funcionarios. Estado, Derecho y justicia son conceptos que se encuentran íntimamente ligados a la noción de castigo.

El sistema jurídico estatal aspira a ser el único ordenamiento jurídico legítimo en determinado territorio. Pero, de hecho, cabe la posibilidad de que existan grupos de personas que viven en ese territorio y que se rijan por un conjunto de reglas que no formen parte del sistema jurídico estatal. Por lo general, no suelen surgir conflictos, pero puede darse el caso de que algunos de esos ordenamientos infraestatales regulen una conducta de forma incompatible a como lo hacen las normas del sistema estatal. En ese momento se plantea un conflicto de legitimidad, lo que

7 Para la evolución histórica de la idea de venganza y su conexión con la justicia, ver Susan Jacoby, *Wild Justice: The Evolution of Revenge* (New York: Harper & Row, 1983). Su reflejo en la filosofía y en la literatura se puede apreciar en Marvin Henberg, *Retribution, Evil for Evil in Ethics, Law, and Literature* (Philadelphia: Temple University Press, 1990).

8 "Retribution and revenge share a common structure: a penalty is inflicted for a reason (a wrong or injury) with the desire that the other person know why this is occurring and know that he was intended to know..." Robert Nozick, *Philosophical Explanations* (Oxford: Clarendon Press, 1981), 368.

9 Josh Wilker y Austin Sarat, *Revenge and Retribution* (Philadelphia, Pa.: Chelsea House Publishers, 1999), 23.

ha dado lugar a un fuerte debate entre los defensores del Derecho estatal como única fuente legítima de autoridad normativa en un territorio y quienes han defendido el pluralismo jurídico –con un mayor o menor grado de radicalismo¹⁰–.

En esta discusión conviene distinguir varios tipos de problemas: (a) problemas conceptuales, relacionados con la forma de entender la noción "sistema jurídico", (b) problemas empíricos, sobre cuándo en un grupo humano se satisfacen las condiciones impuestas en alguna de esas definiciones, y (c) problemas normativos, como por ejemplo, qué grado de legitimidad cabe darle a un ordenamiento jurídico infraestatal, si es que merece alguna. Para evitar la carga emotiva positiva (asociada con la legitimidad) y la connotación estatal de la expresión "jurídico" –que en muchos casos es el origen de la confusión señalada anteriormente–, utilizaré la expresión "sistema normativo retributivo" para formular el problema.

Un sistema normativo retributivo se define como un conjunto de reglas cuyo cumplimiento se encuentra reforzado por castigos que se justifican como una retribución al mal causado por los actos de desobediencia. Estaremos ante un sistema normativo retributivo siempre que, utilizando sus normas como referencia, podamos diferenciar –frente a una conducta que consiste en dañar a un sujeto como respuesta a una falta que hubiera cometido– si se trata de un castigo o de un crimen. Un conjunto de normas que no cumpla este requisito mínimo no podrá considerarse un ordenamiento alternativo al sistema jurídico estatal (con lo que los problemas relativos a su legitimidad no llegarían a plantearse). En otras palabras, para estar frente a un sistema normativo retributivo lo mínimo que deben permitir hacer sus reglas es diferenciar la imposición de un castigo de un acto de venganza, aún cuando externamente la acción realizada en ambos casos fuera la misma. Sólo cuando un grupo humano se vale de un conjunto de reglas que poseen al menos esta característica están dadas las condiciones para que pueda surgir algún tipo de conflicto con el ordenamiento jurídico estatal, pues *prima facie* se desafía su monopolio sobre la tarea de impartir justicia apelando al uso de la fuerza si fuera necesario, uno de sus rasgos distintivos por excelencia.

La palabra "castigo" tiene distintos significados según el contexto en el que se utilice, algunos de ellos muy diferentes entre sí. Por ello, conviene comenzar precisando su alcance. Usaré "castigo" para referirme a (1) un acto que consiste en infligir un sufrimiento (u otras consecuencias que normalmente se consideran desagradables); (2) que se lleva a cabo como respuesta a la violación de una regla; (3) que es impuesto y ejecutado por las autoridades que emitieron la regla, o por personas obligadas por otras reglas del sistema normativo al que pertenece la regla transgredida; (4) que expresa un sentimiento de desaprobación (social o personal) hacia el transgresor; y (5) que se entiende como una justa retribución por la falta cometida¹¹.

Debemos examinar con más detalles dos aspectos de esta definición, a los efectos de tornarla operativa. El primero de ellos tiene que ver con lo que se entenderá por estar obligado por una norma a realizar cierta conducta (o a abstenerse de ella). Esto resulta crucial para dar sentido a los requisitos (2) y (3). El segundo, ya mencionado, consistirá en precisar la noción de retribución para poder diferenciarla de la venganza y permitir, de esa manera, la calificación de conductas particulares de una u otra manera.

Siguiendo a Lionel Adolphus Hart, diremos que:

una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlos es grande [...] Cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a

la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de derecho [...] Lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determinan que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones.¹²

La existencia de reglas sociales que den fundamento tanto a la calificación de una conducta como una ofensa o incorrección, como a la imposición de castigos, resulta crucial para sostener la existencia de un sistema normativo retributivo (forma rudimentaria de Derecho como la caracterizaría Hart). También, como veremos a continuación, para poder establecer una frontera clara entre retribución y venganza.

Según Robert Nozick, existen al menos cinco diferencias significativas entre el castigo entendido como retribución y la venganza¹³ (a pesar de las similitudes estructurales que el mismo autor reconoce entre ambas formas de responder a una ofensa):

(1) la retribución se realiza como respuesta a una incorrección, mientras que la venganza se puede llevar a cabo por un daño, perjuicio o menosprecio, que no tiene por qué ser una incorrección.

(2) la retribución establece un límite interno acorde con la gravedad de la incorrección para determinar la medida del castigo que se debe imponer, mientras que la venganza no establece ningún límite de este tipo para el daño que se puede infligir (aunque el vengador pueda limitarse en su respuesta por razones externas).

(3) la venganza es una cuestión personal, se realiza "por lo que has hecho a mi (mismo, padre, grupo, esposa, hermano, etc.)". En cambio, quien retribuye no necesita tener ningún lazo especial o personal con la víctima de la incorrección por la que se exige la retribución. La venganza la pueden ejercer agentes en nombre de quien tiene una razón personal para llevarla a cabo, pero el deseo de terceras personas de que alguien ejecute una venganza no puede entenderse como un deseo de venganza en sentido estricto¹⁴. La retribución, en cambio, puede ser deseada o infligida por personas sin ningún tipo de relación personal con la víctima de la infracción.

(4) la venganza despierta una reacción emocional, cierto placer en el sufrimiento del otro, mientras que la retribución no requiere ningún tono emocional en particular ni implica ningún sentimiento de placer asociado a la que se haga justicia. Es por ello que el vengador frecuentemente quiere presenciar el sufrimiento de aquel a quien va dirigida la venganza, mientras que en los casos de retribución no existe ningún interés especial en ser testigo del sufrimiento que se inflige.

(5) la venganza no aspira a ningún grado de generalidad. La necesidad de venganza surge según la forma en la que la víctima del daño se siente en el momento de sufrirlo. Nada la compromete a vengar otros actos similares en el futuro (ni existe la necesidad de que lo hubiese hecho en el pasado). En cambio, quien impone una retribución –infligiendo el castigo merecido por una incorrección–, actúa en virtud de la existencia de algún tipo de regla general que obliga a retribuir de la misma manera actos similares. Además, es muy probable que se haga alusión a la existencia de estas reglas durante la imposición del castigo, porque constituyen su justificación.

Esta forma de presentar la distinción conceptual entre castigo y venganza, para poder dejar claro que está última es injustificable mientras que el primero es susceptible de justificación

¹⁰ Cf. María de Lourdes Souza, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil* (Bogotá: Unibiblos, 2001).

¹¹ Cf. Lionel Adolphus Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1992); Alf Ross, "La finalidad del castigo", en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (Buenos Aires: Astrea, 1976), 151-192; y, Eduardo Rabossi, *La justificación moral del castigo* (Buenos Aires: Astrea, 1976).

¹² Lionel Adolphus Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), 107-08.

¹³ Robert Nozick, *Philosophical Explanations*, 366-68.

¹⁴ Sobre el llamado "deseo de venganza" y su definición a los efectos de llevar a cabo estudios empíricos sobre su presencia en las víctimas de delitos, ver Ulrich Orth, "Does Perpetrator Punishment Satisfy Victims' Feelings of Revenge", *Aggressive Behaviour* 30, n.º 1 (2004): 62-70.

moral en algunos casos, es aceptada por la mayoría de los autores que tratan el tema¹⁵. No porque Nozick haya desarrollado una defensa original de la diferencia, sino porque ha logrado resumir de manera ejemplar las razones que históricamente se han esgrimido para marcarla. Es por eso que, aquellos que consideran que no hay buenas razones para mantener la distinción, toman como referencia su presentación para llevar a cabo sus críticas.

3. Contra el consenso

Unos pocos autores se desvían del punto de mayor consenso. Algunos defienden la justificación moral de la venganza en algunas ocasiones, sin cuestionar sus diferencias conceptuales con el castigo retributivo, mientras que otros consideran que la propia distinción (tal como suele ser entendida) carece de fundamento. En este apartado me centraré sólo en una de estas posiciones, defendida recientemente por Leo Zaibert, quien afirma que no se puede llevar a cabo una distinción conceptual en los términos en los que la propone Nozick¹⁶.

Zaibert sostiene que la venganza y el castigo (entendidos como acciones, actos o actividades) no son analíticamente diferentes como cree la mayoría de pensadores –desde Platón en adelante–. La distinción carece de fundamento conceptual, su función es meramente retórica: condenar ciertos actos de castigo como bárbaros e irracionales, como imposibles de justificar, a diferencia de los castigos civilizados que serían razonables y legítimos. Pero si partimos de una definición valorativamente neutral tanto del acto de castigar como del acto de vengar las similitudes son mayores de lo que se suele pensar: (1) A castiga a B cuando A inflige (lo que a su entender es) un sufrimiento a B como reacción a (lo que cree que fue) una incorrección de B, y (2) A se vengue de B cuando A inflige (lo que a su entender es) un sufrimiento a B como reacción a (lo que cree que fue) una incorrección de B¹⁷. A pesar de que pueden trazarse algunas diferencias menores entre ambos tipos de actos en ciertas ocasiones, *"there is no analytical difference at all [...] or, at most, it could be conceded that revenge is a form of punishment. Either way, there is no vast difference between the 'two' phenomena"*¹⁸.

La clave en su argumentación es la identidad entre los fenómenos a los que se aplican los conceptos de "castigo" y "venganza", pero dichos fenómenos son identificados luego de proceder a una restricción y a una ampliación del sentido con el que se suelen usar ambas expresiones. En primer lugar, se ocupa solo de actos (acciones o actividades) de venganza y castigo, dejando de lado su uso para aludir a instituciones, razones para justificar instituciones, o razones para la acción, entendiéndolos desde el punto de vista de quien lleva a cabo el acto de vengar o castigar (sobre todo para definir aspectos centrales como "daño" u "ofensa", que pasan a entenderse como "percibidos como ofensas o daños por el castigador o el vengador"). En segundo lugar, y dado que tomará la exposición de Nozick como referencia, considera importante ampliar el sentido con el que emplea "castigo", dejando a un lado la idea de "castigo retributivo" (que contiene en su interior la dimensión justificatoria al suponer que se trata de un castigo "merecido") para realizar la comparación con la noción de "castigo simpliciter". Para Zaibert la asimilación que hacen muchos autores entre "castigo" y "castigo retributivo" no es sana porque permite eludir el problema de la justificación del castigo incorporándola en la propia definición (lo que Hart considera un abuso de la definición o *definitional stop*). Lo mismo ocurre en muchas posiciones consecuencialistas. Para Zaibert, no se pueden distinguir conceptualmente "castigo" y "venganza" con independencia de la posición que se asuma en el debate sobre su justificación moral. Su objetivo es mostrar que las razones que ha dado Nozick no son suficientes para distinguir entre actos de castigo simpliciter

y venganza. Para ello, las discutirá una a una, agrupándolas en sentido ascendente de dificultad e interés.

(A) La retribución se realiza como respuesta a una incorrección [*wrong*], mientras que la venganza se puede llevar a cabo por un daño [*harm*], perjuicio [*injury*] o menosprecio [*slight*], que no tiene por qué ser una incorrección.

La distinción que hace Nozick entre "*wrongs*", por un lado, y "*harms, injuries and slights*", por otro, no alude a aspectos que se muevan en el mismo nivel. A la incorrección se opone la corrección, mientras que al daño, los perjuicios y menosprecios se oponen el conjunto de resultados buenos o benéficos que podemos atribuir a un acto. Una incorrección leve, por ejemplo, puede generar un daño grave, y por el contrario, una incorrección grave puede dar lugar sólo a daños leves. La incorrección tiene que ver con la naturaleza del acto, mientras que los daños, perjuicios y menosprecios tienen que ver con las consecuencias que generan esos actos. Es por ello que no se puede apelar a ella para distinguir la venganza y el castigo tal como propone Nozick.

La idea de incorrección, en sentido moral (el único relevante en este contexto para Zaibert), alude a un continuo en el que se distribuyen actos de distintos grados de gravedad. No es lo mismo incumplir una promesa que violar a un sujeto. Para abordarla puede resultar conveniente distinguir entre sus dos extremos: incorrecciones delgadas o leves (*thin wrongs*) e incorrecciones gruesas o muy graves (*thick wrongs*). Las incorrecciones delgadas son aquellas que causan perjuicios o menosprecios, mientras que las incorrecciones gruesas son las que generan daños graves. Nozick podría mantener la distinción entre castigo y venganza en estos términos considerando al castigo como la respuesta a una incorrección gruesa y a la venganza como la respuesta a una incorrección delgada. Pero esta maniobra no es aceptable, porque en la práctica se acepta la posibilidad de castigar tanto incorrecciones delgadas como gruesas, con lo que el supuesto contraste entre venganza y castigo se diluye, ya que ambas son respuestas a incorrecciones y ambas son respuestas posibles tanto a incorrecciones delgadas como a incorrecciones gruesas. Zaibert construye un argumento por reducción al absurdo para apoyar esta afirmación:

(1) Si los daños, perjuicios y menosprecios a los que alude Nozick no son las consecuencias de incorrecciones (sino una categoría que pretende establecer una distinción al mismo nivel) entonces debería aceptar la existencia de una clase de acciones (aquellas que generan esas consecuencias) que sólo podrían ser objeto de "venganza" nunca de "castigos".

(2) Si el Estado castigara alguna de esas acciones –como de hecho ocurre en ocasiones– deberíamos considerar que en realidad no las está "castigando", sino "vengando".

(3) Quien crea, como Nozick, que "castigo" y "venganza" son conceptualmente diferentes no pueden aceptar (2), ya que deberían explicar por qué sería legítimo que el Estado llevara a cabo estas dos actividades diversas: castigar y vengar.

(4) Más problemática es (2) para quienes creen que con "castigar" y "vengar" se distingue entre actos justificables moralmente (castigos) y actos injustificables moralmente –bárbaros o incivilizados, incluso– (venganzas), ya que tendrían serios problemas para poder justificar que el Estado llevara a cabo este último tipo de actividades.

Pero incluso si aceptáramos la distinción tal como parece establecerla Nozick, con ella sólo se podrían distinguir entre "castigos" y "ciertas formas de venganza", aquellas que se producen por un mero daño, injuria o menosprecio, nunca con actos de venganza que sean la respuesta a incorrecciones (lo que resulta posible, como admite el propio Nozick). Que con el primer criterio para fundar la distinción conceptual no se pudiera llevar a cabo esta distinción ya sería grave, pero si a esto le sumamos que en realidad los daños, perjuicios y menosprecios necesitan ser causados por una incorrección, entonces este primer criterio resulta completamente ineficaz¹⁹.

¹⁵ Ver, por ejemplo, el uso que hace Gregory Vlastos de la distinción tal como la establece Nozick para analizar el pensamiento moral de Sócrates. Gregory Vlastos, *Socrates: Ironist and Moral Philosopher* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).

¹⁶ Leo Zaibert, "Punishment and Revenge", *Law and Philosophy* 25, n.º 1 (2006): 81-118.

¹⁷ Leo Zaibert, "Punishment and Revenge", 82-83.

¹⁸ Leo Zaibert, "Punishment and Revenge", 83.

¹⁹ Nigel Walker desarrolla una crítica muy similar. Nigel Walker, "Nozick's Revenge", *Philosophy* 70, n.º 274 (1995): 581-586.

(B) la retribución establece un límite interno acorde con la gravedad de la incorrección para determinar la medida del castigo que se debe imponer, mientras que la venganza no establece ningún límite de este tipo para el daño que se puede infligir (aunque el vengador pueda limitarse en su respuesta por razones externas).

Para Zaibert, esta característica supuestamente diferenciadora conduce a una imagen distorsionada tanto del castigo como de la venganza. El que lleva a cabo un acto de castigo no debe buscar la proporcionalidad entre la ofensa y la respuesta punitiva (con lo que no tiene ningún límite interno) ni el vengador puede llevar a cabo un daño de cualquier tipo y magnitud como respuesta (hay un sentido de "respuesta proporcionada" que puede ser aplicable a actos de venganza). Por lo tanto, existe un límite al grado de desproporción admitido en el daño que se produce como respuesta a una ofensa, tanto en el caso del castigo simpliciter como de la venganza. La venganza tiene también un límite interno porque es imaginable un caso en el que la desproporción entre la ofensa y a respuesta sea tan grande que impida aplicar el concepto mismo de venganza (Zaibert apela a un *western* hipotético en el que el protagonista al que le quemaron el rancho y le matan las reses al inicio del film termine destruyendo todo el Estado con un artefacto nuclear: difícilmente lo interpretaríamos como una típica historia de venganza). A lo sumo se podría apelar a este criterio para afirmar que, en ciertos casos, la variedad de respuestas dañinas que se ajustan a una ofensa puede ser más amplia en la venganza que en el castigo. Pero incluso así sólo serviría para distinguir el castigo de ciertos actos de venganza. Esta mínima utilidad acaba por desaparecer si, en lugar de aceptar el *definitional stop* de Nozick y tratar de distinguir castigo retributivo de venganza, recordamos que nuestro objetivo es trazar una clara demarcación entre castigo simpliciter y venganza.

(C) la venganza no aspira a ningún grado de generalidad. La necesidad de venganza surge según la forma en la que la víctima del daño se siente en el momento de sufrirlo. Nada la compromete a vengar otros actos similares en el futuro (ni existe la necesidad de que lo hubiese hecho en el pasado). En cambio, quien impone una retribución –infligiendo el castigo merecido por una incorrección–, actúa en virtud de la existencia de algún tipo de regla general que obliga a retribuir de la misma manera actos similares. Además, es muy probable que se haga alusión a la existencia de estas reglas durante la imposición del castigo, porque constituyen su justificación.

Este criterio, para Zaibert, es el resultado de una mera estipulación, ya que hasta el propio Nozick admite que nada impide al vengador comprometerse con ese tipo de principios generales. Además, no resultan casos excepcionales, tal como se puede constatar en el accionar de mafiosos y vigilantes. Tampoco es cierto que la respuesta dependa de cómo se sienta quien deba responder a la ofensa en el momento de su comisión. Lo malo del accionar de mafiosos y vigilantes es que se toman la justicia por su propia mano, por eso cometen siempre una incorrección, aun en aquellos casos en los que aplicaran un castigo merecido y proporcional al ofensor. Se podría ir más lejos aún: mafiosos y vigilantes podrían aplicar el mismo tipo de castigo y con el mismo grado de intensidad que tiene previsto el sistema legal o que previsiblemente sus órganos podrían aplicar si el caso fuera llevado a su conocimiento, pero aún así estarían cometiendo una incorrección –*Badly to assert that the avenger cannot possibly be committed to treating like cases alike, and that the punisher is committed to always treating like cases alike smacks of mere stipulation*²⁰–.

(D) la venganza es una cuestión personal, se realiza "por lo que has hecho a mi ____ (mismo, padre, grupo, esposa, hermano, etc.)". En cambio, quien retribuye no necesita tener ningún lazo especial o personal con la víctima de la incorrección por la que se exige la retribución. La venganza la pueden ejercer agentes en nombre de quien tiene una razón personal para llevarla a cabo, pero el deseo de terceras personas de que alguien ejecute una venganza no puede entenderse como un deseo de venganza en sentido estricto. La retribución, en cambio, puede ser deseada o infligida por personas sin ningún tipo de relación personal con la víctima de la infracción.

²⁰ Leo Zaibert, "Punishment and Revenge", 99.

Para Zaibert, la clave para entender este criterio que propone Nozick es determinar qué es lo que entiende por "personal" y la única forma razonable de hacerlo es apelando la distinción entre lo "público" y lo "privado"²¹. Tomando este eje como referencia se puede entender lo "personal" de dos maneras: (a) como "intimidad", lo que genera el problema de determinar que es lo que un sujeto entiende por tener una relación íntima con alguien, lo que puede variar según el punto de vista del sujeto al que se le formule la pregunta. Esta variabilidad subjetiva le haría perder fuerza como criterio para trazar la distinción entre castigo y venganza. *"It would be of little help to know that revenge can only occur in some types of intimate relationships, if we have no way of identifying with any precisión which are those relationships"*²². (b) Como sinónimo de "no regulado", en este sentido los problemas para usarlo como criterio son aún mayores, porque llevaría a caracterizar los mismos actos de distinta manera según en el contexto en el que se lleven a cabo lo que no resulta aceptable (por ejemplo, encerrar a un violador en una cárcel a cargo de oficiales del Estado sería diferente de encerrarlo en una réplica exacta de una celda en una casa, en el primer caso sería un castigo y en el segundo un acto de venganza –situación similar a la que se narra en la película *El secreto de sus ojos*–). Pero decir que el castigo ocurre en contextos institucionales y la venganza fuera de ellos implica ignorar (i) que casi la totalidad de la vida social transcurre en el marco de instituciones (en el sentido de prácticas reguladas aunque no estatales), y (ii) que el castigo es un fenómeno común fuera del contexto institucional del Estado.

También señala que la característica exigida por Nozick para utilizar el término castigo, a saber, que el agente que lo impone no tenga ligazón personal con la víctima de la ofensa, no es un criterio que sirva para fundar la distinción con la venganza porque llevaría a negar todo sentido a la expresión "auto-castigo" y obligaría a utilizar en esos casos la expresión "auto-venganza" que resultaría como mínimo extraña (incluso cuando se cumplieran todos los requisitos que señala Nozick para usar la expresión "venganza", como muestra con un ejemplo). Este problema se diluye si abandonamos el intento de establecer una distinción conceptual entre castigo y venganza tal como propone Zaibert²³.

(E) la venganza despierta una reacción emocional, cierto placer en el sufrimiento del otro, mientras que la retribución no requiere ningún tono emocional en particular ni implica ningún sentimiento de placer asociado a la que se haga justicia. Es por ello que el vengador frecuentemente quiere presenciar el sufrimiento de aquel a quien va dirigida la venganza, mientras que en los casos de retribución no existe ningún interés especial en ser testigo del sufrimiento que se inflige.

La clave para poder evaluar la efectividad de este criterio reside en la vida emocional de quien lleva a cabo el acto de infligir un sufrimiento a otro que previamente ha cometido una ofensa. En una primera interpretación, Zaibert considera que podría ser útil si fuera cierto que el vengador siente emociones al vengarse mientras que el castigador no siente ninguna emoción al aplicar un castigo –lo que en última instancia sólo serviría para distinguir los pocos casos en que esto fuera efectivamente así–. Pero considera que resulta sumamente implausible afirmar que el castigador no siente nada al llevar a cabo su acto, pues siempre sentirá algo al castigar por aquello que considera una incorrección, dado que para él el castigo es un reproche al ofensor²⁴. Este sentimiento puede no ser demasiado intenso ni consciente, pero está presente siempre que se lleva a cabo un acto de castigo. *"[...] My suggestion is more ambitious: any instance of perceived*

²¹ Quien también apela a esta distinción pero para analizar el resurgir de la venganza a través de los movimientos de "víctimas" es Austin Sarat, "Vengeance, Victims and the Identities of Law", *Social and Legal Studies* 6, n.º 2 (1997): 163-189.

²² Leo Zaibert, "Punishment and Revenge", 103.

²³ Para Leo Zaibert el caso del "auto-castigo", también el del "castigo inmediato", pone de manifiesto una característica que podría resultar más prometedora para distinguir castigo y venganza a pesar de ser ignorada en general por la literatura que trata la cuestión: la venganza exigiría una estructura narrativa que puede estar ausente en el castigo. Este elemento, que asocia el merecimiento con cierta forma de sufrir el daño merecido, es lo que permite explicar que las ficciones de venganza resulten estéticamente gratificantes. Aunque Zaibert cree que sería insuficiente para sostener una tajante distinción conceptual. Leo Zaibert, "Punishment and Revenge".

²⁴ Característica presente en la definición de "castigo" propuesta al inicio de este texto, ver supra.

*wrongdoing gives rise to some form, even very low grade forms, of an emotional response.*²⁵. Es por ello que no resulta apropiada la primera forma en la que Nozick apela a las emociones (o a su ausencia) para establecer la diferencia entre castigo y venganza.

Pero su criterio incluye otra manera de hacerlas valer para trazar la distinción: en caso de generar emociones –tanto en el vengador como en el castigador– los actos son diferenciables porque las emociones involucradas en ellos son cualitativamente diferentes: sentimientos de placer ante el sufrimiento del otro en el caso de venganza y sentimientos de placer por que se haga justicia en el caso del castigo. El problema es cómo hacer esta diferencia al nivel de las emociones: no hay argumentos teóricos ni tampoco en la práctica se pueden distinguir (en la ficción, por ejemplo, el vengador pretende hacer justicia y por eso resulta un personaje apreciado en líneas generales). Cuando Nozick sostiene que el vengador quiere presenciar el sufrimiento del ofensor mientras que el castigador no lo desea, lo hace sin ningún tipo de argumento que lo respalde; lo más probable es que tanto uno como otro pudiera quererlo presenciar –o no–. Quienes han abordado la cuestión también parecen aceptar estas similitudes a nivel emocional. *"Nietzschean or not, the view that the punisher experiences some feelings, and that these feelings are very similar to those the avenger feels, is becoming increasingly accepted"*²⁶. Zaibert concluye afirmando que la venganza o el castigo pueden ser buenos o malos, no es una cuestión que se pueda resolver a nivel conceptual como pretenden las posiciones que ha controvertido a lo largo de su análisis. Sus supuestos análisis conceptuales no encubren más que meras estipulaciones: estipulan que el castigo es justo (o justificable) y la venganza es injusta. No son más que maniobras sofisticadas que esconden un abuso de la definición²⁷.

¿Cómo explicar la situación en la que, por un lado, sentimos que la venganza y el castigo se encuentran profundamente hermanados a nivel emocional y responden a un mismo ideal de justicia y, por otro, aspiramos a hacer una distinción clara entre ambos fenómenos a los efectos de poder justificar moralmente uno y rechazar sin contemplaciones al restante? Un análisis hegeliano del paso de un universal a otro a través de la subespecie que absorbe al género podría aplicarse a la relación entre "retribución", "venganza" y "castigo". El castigo como subespecie es venganza en concepto, pero como subespecie niega su propia especie. La "retribución" es ese movimiento genérico entre subespecies históricas. Así, podemos explicar la desaparición de la venganza del espacio legítimo reemplazada por el castigo impersonal. El castigo es una "venganza al nivel de su concepto" y, por eso mismo, ya no es una venganza.

De un modo similar, una vez que entramos en el dominio de la sociedad civil legal, el anterior orden tribal de honor y venganza se ve privado de su nobleza y repentinamente aparece como un simple orden criminal [...] Esta mediación retroactivamente transustancia o perpetúa el objeto mismo de su mediación.²⁸

Esto permitiría explicar la supervivencia de una de las máscaras de la retribución en la otra y, al mismo tiempo, la pretensión (imposible) de mantenerlas tajantemente separadas.

²⁵ Leo Zaibert, "Punishment and Revenge", 112.

²⁶ Leo Zaibert, "Punishment and Revenge", 114.

Quien reconoce expresamente la conexión emocional de la venganza y el castigo, considerando que no se trata de un problema sino de una característica que hay que integrar en una concepción general de la justicia es Robert Solomon, *Ética emocional: Una teoría de los sentimientos* (Barcelona: Paidós, 2007).

²⁷ Charles Barton también muestra su disconformidad con cada una de las cinco notas distintivas a las que apela Nozick, pues considera que excluye a la venganza como una forma de impartir justicia. Pero su objetivo es mostrarla como una forma conceptualmente diferente de lograrla. Los objetivos de Zaibert no resultan claros a este respecto. Charles Barton, *Getting Even. Revenge as a Form of Justice* (Chicago-La Salle: Open Court, 1999), 56-68. Quien sostiene la identidad conceptual entre castigo y venganza con el objeto de lograr una adecuada justificación moral del castigo como resultado es Whitley Kaufman, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment* (Dordrecht: Springer, 2013).

²⁸ Slavoj Žižek, *Menos que nada. Hegel y la sombra del materialismo dialéctico* (Madrid: Akal, 2015), 490, nota 31.

Bibliografía

- Barton, Charles. *Getting Even. Revenge as a Form of Justice*. Chicago-La Salle: Open Court, 1999.
- Binder, Guyora. "Punishment Theory: Moral or Political". *Buffalo Criminal Law Review* 5, n.º 2 (2002): 321-372.
- Davis, Michel. "Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments from (about) 1957 to 2007". *The Journal of Ethics* 13, n.º 1 (2009): 73-100.
- Frijda, Nico H. "The Lex Talionis: On Vengeance". En *Emotions: Essays on Emotion Theory*. New York-London: Psychology Press, 1994.
- Hart, Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- . *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Henberg, Marvin. *Retribution. Evil for Evil in Ethics, Law, and Literature*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.
- Jacoby, Susan. *Wild Justice: The Evolution of Revenge*. New York: Harper & Row, 1983.
- Kaufman, Whitley. *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*. Dordrecht: Springer, 2013.
- Kelsen, Hans. "The Principle of Retribution in the Flood and Catastrophe Myths". En *The Flood Myth*. Berkeley-Londres: University of California Press, 1988.
- Nozick, Robert. *Philosophical Explanations*. Oxford: Clarendon Press, 1981.
- Orth, Ulrich. "Does Perpetrator Punishment Satisfy Victims' Feelings of Revenge". *Aggressive Behaviour* 30, n.º 1 (2004): 62-70.
- Rabossi, Eduardo. *La justificación moral del castigo*. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- Rescher, Nicholas. *La lucha de los sistemas. Un ensayo sobre los fundamentos e implicaciones de la diversidad filosófica*. México: UNAM, 1995.
- Ross, Alf. "La finalidad del castigo". En *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- Sarat, Austin. "Vengeance, Victims and the Identities of Law". *Social and Legal Studies* 6, n.º 2 (1997): 163-189.
- Solomon, Robert. "Sympathy and Vengeance: The Role of Emotions in Justice". En *Emotions: Essays on Emotion Theory*. New York-London: Psychology Press, 1994.
- . *Ética emocional: Una teoría de los sentimientos*. Barcelona: Paidós, 2007.
- Souza, María de Lourdes. *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Unibiblos, 2001.
- Vlastos, Gregory. *Socrates: Ironist and Moral Philosopher*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Walker, Nigel. "Nozick's Revenge". *Philosophy* 70, n.º 274 (1995): 581-586.
- Wilker, Josh y Austin Sarat. *Revenge and Retribution*. Philadelphia, Pa.: Chelsea House Publishers, 1999.
- Zaibert, Leo. "Punishment and Revenge". *Law and Philosophy* 25, n.º 1 (2006): 81-118.
- Zizek, Slavoj. *Menos que nada. Hegel y la sombra del materialismo dialéctico*. Madrid: Akal, 2015.

EL CASO VERBITSKY (II) DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y SISTEMA JUDICIAL

Gonzalo Penna²

1. Introducción

El trabajo pretende hacer un análisis de la última sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) en la causa Verbitsky (del mes de mayo de 2022) a partir de ideas vinculadas con la participación de amplios sectores institucionales y sociales en la definición, diseño e implementación de políticas públicas. Por lo tanto, en primer lugar, se hará referencia a los marcos provenientes de la democracia participativa, principalmente. Es decir, con un anclaje en la ciencia política, pero también con algunas yuxtaposiciones con la democracia deliberativa (respecto de la búsqueda de espacios de diálogo, con participación de los actores implicados en los asuntos a tratar).

Luego, habrá un *racconto* de la causa, a fin de contextualizar la resolución, y para indicar que existieron con anterioridad a la sentencia espacios de discusión con distintos actores gubernamentales y de la sociedad civil involucrados en el litigio, instaurando una *nueva institucionalidad*. Por último, y antes de las conclusiones, será referenciado lo resuelto por la SCBA desde los objetivos, las particulares del fallo, y haciendo foco en la creación de dos órganos con funciones específicas de ejecución y seguimiento de la sentencia y la necesaria articulación institucional para abordar una temática polifacética como la relacionada con la privación de la libertad en establecimientos sobrepoblados, en la compleja Provincia de Buenos Aires.

1 Por un lado, el trabajo conjuga una *dimensión descriptiva* (sobre la causa Verbitsky); y, por otro, una *dimensión valorativa* a partir del análisis realizado con herramientas y marcos teóricos provenientes de la ciencia política y la criminología para pensar la gestión institucional. Las opiniones y análisis se hacen a título personal, no desde un rol funcional.

2 Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona.

2. Campos participativos y deliberativos

Desde un punto de vista normativo y legal, al hablar de derechos colectivos, suele tomarse como referencia a los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional con un anclaje en aquellos vinculados con el medioambiente, consumidores y usuarios. Sin embargo, el artículo 43 habla también de "derechos de incidencia colectiva en general" como objeto de la acción de amparo. Y en el párrafo siguiente se encuentra la acción de hábeas corpus referida al "agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención".

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires contempla en el artículo 20 aquellos tres mecanismos de garantías que también se encuentran en el sistema nacional (hábeas corpus, amparo y hábeas data). Al hablar de hábeas corpus, y según el interés para este trabajo, indica que "lil gualmente se procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de su detención legal"³.

Más allá de la disquisición y el análisis exegético que podría hacerse sobre estas dos categorías vinculadas con los derechos de las personas privadas de libertad como derechos colectivos y el agravamiento de las condiciones de detención, en nuestro ambiente sociocultural desde hace varios años está presente el concepto de litigio estructural como categoría jurídica, y principalmente como forma efectiva para la canalización de ciertos conflictos a fin de resolver/gestionar vulneraciones colectivas de derechos⁴.

Estos procesos judiciales se configuran en una coyuntura histórica en la cual ha habido un avance participativo en cuanto a la idea de democratización para la toma de decisiones, tal como surge de la misma Constitución Nacional reformada en 1994, que incorpora la consulta popular y la iniciativa popular como mecanismos de democracia semidirecta (arts. 39 y 40).

En este sentido, la idea de democratizar el sistema judicial penal se ha planteado con un juego desde lo *micro* y lo *macro*. En el primer caso, de la mano de la justicia restaurativa para gestionar los conflictos específicos, la disputa de las partes "individuales" (demás está recordar la importancia de la comunidad en la cual se producen –y el rol de lo restaurativo–). Por otra parte, desde lo *macro* a partir de la democracia deliberativa y los desarrollos con un anclaje dialógico, que fortalece el estudio y la discusión. Se ha dicho que la *justicia restaurativa* aporta desde las experiencias y la *democracia deliberativa* desde el desarrollo teórico⁵.

3 Argentina, *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Boletín Oficial de la República Argentina, 14 de septiembre de 1994, art. 20, https://www.infoleg.gob.ar/?page_id=173.

4 Christian Courtis, "El caso Verbitsky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes públicos?", *Christian Courtis*, accedido el 2 de septiembre de 2022, http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf.

5 John Braithwaite, "Principles of Restorative Justice", en *Restorative justice and criminal justice* (Oxford-Portland: Hart, 2003).



Si bien parte de la discusión de los últimos años –y décadas– en materia penal ha sido dada desde una idea de castigo y democracia con un claro anclaje en la democracia deliberativa, resulta imprescindible también recurrir a otros análisis realizados desde la *ciencia política*. Así, la *democracia participativa* conjuga la intervención de grandes colectivos y la flexibilidad en las posibles decisiones que se tomen para el armado de esquemas participativos (es entendida como *virtud* la búsqueda que permitan nuevos caminos), por no moverse en marcos rígidos⁶. A su vez, puede existir una construcción desde abajo hacia arriba (de la sociedad civil hacia las instituciones –*bottom up*–) como también desde arriba hacia abajo (desde las instituciones creando mecanismos de participación ciudadana –*top down*–)⁷.

Bajo estos conceptos, es posible pensar en la construcción participativa a lo largo de todo el sistema judicial penal. Si bien con matices y distintos alcances, las experiencias participativas pueden encontrarse respecto de modificaciones de leyes de fondo y de forma, en la gestión de la cárcel e incluso en movimientos que implican buscar caminos alternativos en los procesos penales⁸.

Lo resuelto por la SCBA en el caso Verbitsky puede leerse también en esa clave participativa para la resolución de un problema sistémico, planteado como litigio estructural. Luego se volverá sobre el caso en detalle, pero vale aquí adelantar que es planteada la cuestión de sobrepoblación en términos de problema estructural, en el marco de un estado inconstitucional de cosas, estableciendo una *nueva institucionalidad* en la cual actuará una oficina judicial para la implementación y el seguimiento vinculado con el cumplimiento de la sentencia bajo ciertos principios y objetivos, interactuando con el resto de los actores involucrados en el problema (tanto de la causa, como otros que pudieran tener interés) y creando un observatorio integrado por un conjunto de instituciones estatales y de la sociedad civil para realizar un monitoreo.

Antes de avanzar con el trabajo, es necesario decir que la idea de sistema judicial penal hace referencia al universo de situaciones que pueden encontrarse dentro de la estructura del poder judicial (Administración de Justicia y Procuración General, en el caso de la Provincia de Buenos Aires), como también a la interacción existente con otras instituciones estatales e incluso de la sociedad civil (Poder Ejecutivo provincial y local –municipal–, organizaciones de derechos humanos, etcétera). Y, en el caso de la experiencia objeto de análisis, en el ámbito de actuación del máximo tribunal de la provincia, con funciones jurisdiccionales, pero también de gobierno (dentro de la estructura organizacional).

3. El devenir de Verbitsky (II)

La sentencia del 3 de mayo de 2022, de la Suprema Corte bonaerense, debe ser considerada con el bagaje de los antecedentes para el dictado de fallo propiamente dicho, pero también respecto de la primera causa del año 2005.

Así, a modo de resumen⁹, puede decirse que en mayo de 2005 la Corte Suprema de la Nación dispuso, en el hábeas corpus interpuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), que

6 Luigi Bobbio, "Dilemma della democrazia partecipativa", *Democrazia e diritto*, n.° 4 (2006): 11-26.

7 Rocio Annunziata, "Auto-representación e instituciones de representación ciudadana. Aportes para una ampliación de la teoría de la representación", *Estudios Políticos*, n.° 43 (2018).

8 Gonzalo Penna, "Sistema penal, ciudadanía activa y desigualdad. Un estudio sobre participación popular en el sistema penal. Posibilidades y límites" (tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2022), <http://hdl.handle.net/10803/687208>.

Los casos ahí mencionados corresponden al referéndum en Uruguay sobre la baja de la edad de imputabilidad en el año 2014, las mesas participativas vinculadas con las reformas del sistema penitenciario en Italia (2015-2016), la gestión de la cárcel por parte de las personas privadas de la libertad en la cárcel de Punta de Rieles en Uruguay (2011) y el caso del Parque Indoamericano con un actuar judicial que convocó a distintos referentes y actores sociales en Argentina (2010).

9 Pueden verse con más detalles los principales hitos de la causa en el siguiente enlace: <https://apcs.scba.gov.ar/>.

los órganos jurisdiccionales deberían intervenir haciendo cesar las detenciones que conlleven un trato inhumano, cruel y degradante. Ese mismo mes, la Suprema Corte bonaerense resolvió en el sentido de lo dispuesto por la corte federal.

Entre los años 2005 y 2007 se suceden una serie de exhortaciones a los poderes ejecutivo y legislativo para la revisión de las normas del procedimiento penal y penitenciarias, sobre personas enfermas privadas de la libertad, y en noviembre de 2007 se realiza una audiencia con organizaciones de la sociedad civil y órganos estatales. En diciembre del mismo año, la SCBA da por finalizado el trámite del hábeas corpus originario.

Luego, en julio de 2014, el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires denunció ante la SCBA que continuaba la violación a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. El Tribunal entendió que esto era motivo de un nuevo hábeas corpus, el Consejo impugnó la decisión. En mayo de 2021 la Corte nacional revocó lo resuelto por la Suprema Corte. Indicó que la judicatura provincial debía hacer cesar las detenciones que signifiquen tratos crueles, inhumanos y degradantes. Y respecto de la sobrepoblación dijo que no se habían logrado los cambios necesarios, que había crecido incluso la población (personas privadas de la libertad) y que la causa se mantenía vigente hasta tanto no cambie la situación.

Posterior a lo resuelto por la Corte nacional, en el marco de la Suprema Corte fueron llevadas adelante –entre julio y diciembre de 2021– cuatro mesas de trabajo con participación de los actores de la causa, y distintas áreas del Poder Ejecutivo, la Procuración General y el Poder Judicial. Estuvieron estructuradas en cuatro ejes temáticos: (a) acceso a la información y formulación de indicadores; (b) condiciones de habitabilidad de las personas privadas de libertad; (c) ingresos y egresos al sistema penal; (d) situación de personas detenidas en comisarías. En febrero de 2022 hubo una audiencia con las partes para escuchar las peticiones, antes del dictado de la resolución. En mayo de 2022, la Suprema Corte tomó como referencia el trabajo de las mesas del año 2021 y la audiencia de febrero, resolviendo que debía llevarse adelante un *Programa de Cumplimiento de Sentencia*.

Pero además, en lo que aquí importa, dispuso que debería haber un órgano de implementación y seguimiento del programa, y un observatorio participativo integrado por los distintos actores que habían intervenido en las mesas de trabajo. En cuanto a lo dispuesto por la Corte bonaerense, a continuación será abordado lo relativo al programa de cumplimiento de la sentencia, la autoridad de implementación y seguimiento y el observatorio participativo.

4. La sentencia: programa, autoridad de implementación y observatorio

En este apartado hay una presentación sobre el Programa de Cumplimiento de la Sentencia (PCS), la Autoridad de implementación y seguimiento del Programa de Cumplimiento de la Sentencia (APCS), y el Observatorio participativo del Programa de Cumplimiento de la Sentencia (OPCS).

4.1 Programa de cumplimiento de la sentencia

La Suprema Corte estableció un Programa de Cumplimiento de la Sentencia. La importancia del mismo radica en que para realizarlo son necesarias una serie de decisiones (no una sola y definitiva) y la colaboración interinstitucional, a fin de revertir el estado de cosas inconstitucional. En este sentido, indicó el tribunal cuáles serían los objetivos del PCS, enumerados en 27 puntos. Algunos de estos: revisión periódica de las medidas de coerción, prohibición de alojamiento de ciertos colectivos en comisarías, necesidad de empleo de medidas alternativas a la prisión

preventiva, ponderar la posibilidad de monitoreo electrónico, búsqueda de salidas alternativas al juicio, realizar diagnóstico sobre condiciones de habitabilidad, entre otras mandas.

Respecto de la propuesta de este trabajo, dispone una "nueva institucionalidad" que tendrá tres áreas: (a) "un órgano de implementación y seguimiento principal del PCS", (b) "un área específica de articulación en el ámbito de la Secretaría Penal de la Corte" y (c) "un observatorio participativo para interactuar con [el primero de los órganos mencionados]". Entonces, hay que distinguir dos instituciones: por un lado, la Autoridad de implementación y seguimiento del Programa de Cumplimiento de la Sentencia (APCS) y, por otro, el Observatorio Participativo del Programa de Cumplimiento de la Sentencia (OPCS). Si bien también surge de la misma normativa que van a interactuar y coordinar labores, y en el fondo están enlazadas por el PCS, las funciones y la integración serán distintas.

4.2 Autoridad de implementación y seguimiento del Programa de Cumplimiento de Sentencia

A modo de breve descripción de la APCS puede decirse que tiene como misión (puede leerse como *objetivo*) establecer un sistema organizativo, programas y esquemas de seguimiento para la implementación y monitoreo de la sentencia, a fin de superar el "hacinamiento de la población carcelaria". En ese marco debe articular el trabajo con el Poder Ejecutivo (ministerios de Seguridad y de Justicia y Derechos Humanos), Ministerio Público e instituciones públicas o no gubernamentales involucradas en la temática. Según surge de la Acordada 4064 de la Suprema Corte, de junio de 2022.

Además, la acordada dice que se regirá el trabajo de la APCS por una serie de *principios*: profundizar el diálogo interinstitucional; conformar programas de corto, mediano y largo plazo, progresivos y flexibles; recolectar, sistematizar y evaluar la información relevante a su función; formular indicadores y difundirlos en la forma establecida por la Suprema Corte. Ya al sistematizar las *funciones*, hay una enumeración de actividades asociadas a su *objetivo*: monitoreo de la población privada de la libertad; sistematizar y difundir objetivos, realizar diagnósticos, identificar buenas prácticas; velar por la revisión periódica de las medidas de coerción; analizar el uso del monitoreo electrónico; entre otras.

Para esas funciones es necesaria la interacción con diferentes organismos (públicos y privados). Vale resaltar que, además, hay funciones que directamente involucran a otros actores: coordinación con el Tribunal de Casación provincial; actualización de la información sobre el plan de infraestructura del Poder Ejecutivo; etcétera.

4.3 Observatorio participativo del Programa de Cumplimiento de la Sentencia

El mismo Acuerdo 4064 crea el Observatorio, "integrado por los organismos que [...] han formado parte de los grupos de análisis constituidos en el año 2021"¹⁰. Sin intención de entorpecer el texto con referencias normativas, sí es necesario decir que luego, un nuevo acuerdo (Ac. 4102, de abril de 2023) dispuso la integración del OPCS y detalló sus funciones.

En cuanto a la integración, puede verse una pluralidad de actores: el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Defensoría de Casación Penal, la Comisión Provincial por la Memoria, la Defensa Pública provincial, el Poder Ejecutivo provincial, la Procuración General y la Suprema Corte.

Hay una función general del Observatorio que puede encontrarse en la sentencia y en el primero de los acuerdos, vinculada con la interacción que debe tener con la APCS para el monitoreo sobre la ejecución del PCS. Sin embargo, luego (Ac. 4102) son precisadas las funciones; algunas de ellas: monitoreo de la ejecución del PCS; solicitar la información que resulte necesaria las funciones; establecer mediciones y construir indicadores; realizar diagnósticos; efectuar sugerencias respecto de posibles convocatorias de expertos.

4.4 Breve digresión: diálogo y facilitación

De la página web de la APCS¹¹ surge que el organismo ha mantenido reuniones con distintos actores de la causa, jurisdiccionales y de la administración. En ese sentido, además de cumplir con el nexo interinstitucional (4064, art. 2 "articulación institucional", art. 3 "profundizar el diálogo y colaboración interinstitucional") que debe llevar adelante como una de sus funciones, los espacios generados sirven para facilitar espacios de diálogo y debate sobre problemáticas específicas. Es decir, para llevar adelante las tareas propias, se desarrollan espacios de diálogo con los actores de la causa, las asociaciones de magistrados y abogados, los Comités departamentales (conformado en cada jurisdicción por la Cámara de Apelación y Garantías, la Defensoría General y la Fiscalía General), distintas carteras del Poder Ejecutivo, áreas de gobierno de la Suprema Corte, y otros actores institucionales (p.e. municipios, u organismos nacionales –como el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura–, académicos).

Puede verse que, si bien existe una representación de las personas privadas de la libertad, lo es a través de actores institucionales (estatales y de la sociedad civil), no de manera directa. Es decir, la participación está mediada. En otros contextos (más allá de ciertas deficiencias), han existido experiencias en las cuales fueron incluidas las personas privadas de la libertad en el marco de mesas de trabajo sobre reformas legales¹². Por otro lado, el ámbito del OPCS antes referenciado, también es un lugar en el cual aquellos actores centrales en los procesos de trabajo gestionados a través de las mesas del año 2021, deben encontrar un espacio de monitoreo, análisis y discusión del problema, con anclaje en el PCS.

5. Corolario

El texto propuso analizar, sucintamente, la sentencia de la Suprema Corte desde un punto de vista participativo, con los marcos provenientes de la *democracia participativa*. Luego, hubo una somera descripción de la causa judicial y la articulación entre distintas instituciones para la ejecución y monitoreo del fallo.

Desde un punto de vista normativo, puede pensarse en el litigio estructural vinculado con el hábeas corpus. Pero, además, en nuestro ambiente sociocultural es posible rastrear una participación amplia con la inclusión en los ordenamientos jurídicos de formas de participación popular a través de mecanismo de democracia semidirecta.

La ciencia política, como ámbito de estudio de los movimientos que se producen en la sociedad y comunidad política, permite ver el juego entre la apertura participativa que es realizada desde las instituciones estatales, y otra que surge de la sociedad civil. En este sentido, es posible leer la resolución de la Suprema Corte en esa clave participativa. Esto es, la institucionalización de espacios para la implementación y el monitoreo del programa de cumplimiento de la sentencia.

¹¹ Argentina Suprema Corte de Justicia. Provincia de Buenos Aires, *Acuerdo n.° 004064*.

¹² Francesca Vianello, "Reformar la cárcel. De la tutela cívica a la palabra de los detenidos", en *Sistema penal, democracia y ciudadanía activa* (Buenos Aires: Di Plácido, 2020).

¹⁰ Argentina Suprema Corte de Justicia. Provincia de Buenos Aires, *Acuerdo n.° 004064*, Boletín Oficial de la República Argentina, 14 de diciembre de 2021, https://www.scba.gov.ar/apcs/Acuerdo_4064.pdf.

A fin de concretar el PCS, fue estructurada una autoridad de implementación y seguimiento del programa, con la finalidad de avanzar en los distintos puntos considerados como necesario para la gestión del problema. Aquella articula su labor con diferentes instituciones estatales y no gubernamentales. Por otro lado, además fue creado un observatorio participativo para el monitoreo del programa, integrado por los organismos que conformaron las mesas de trabajo convocadas por la Suprema Corte con anterioridad al dictado de la sentencia.

Existe un desafío en el abordaje de un problema estructural, a partir de incumbencias específicas de distintos actores, pero también con la posibilidad de llevar adelante una construcción colectiva, ante un estado inconstitucional de cosas. Quizá a modo de cierre pueda decirse que ha quedado establecido un marco para tratar un *problema estructural*, en el cual participan una pluralidad de actores para llevar adelante un *programa de cumplimiento de la sentencia* (PCS), articulado por una *Autoridad de implementación y seguimiento* (APCS) y por un *Observatorio participativo* con integración plural (OPCS).

Bibliografía

- Argentina. *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. Boletín Oficial de la República Argentina, 14 de septiembre de 1994. https://www.infoleg.gob.ar/?page_id=173.
- Argentina Suprema Corte de Justicia. Provincia de Buenos Aires. *Acuerdo n.° 004064*. Boletín Oficial de la República Argentina, 14 de diciembre de 2021. https://www.scba.gov.ar/apcs/Acuerdo_4064.pdf.
- Annunziata, Rocio. "Auto-representación e instituciones de representación ciudadana. Aportes para una ampliación de la teoría de la representación". *Estudia Politicae*, n.° 43 (2018).
- Braithwaite, John. "Principles of Restorative Justice". En *Restorative justice and criminal justice*. Oxford-Portland: Hart, 2003.
- Bobbio, Luigi. "Dilemmi della democrazia partecipativa". *Democrazia e diritto*, n.° 4 (2006): 11-26.
- Courtis, Christian. "El caso 'Vertbisky': ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes públicos?". *Christian Courtis*. Accedido el 2 de septiembre de 2022. http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf.
- Penna, Gonzalo. "Sistema penal, ciudadanía activa y desigualdad. Un estudio sobre participación popular en el sistema penal. Posibilidades y límites". Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2022. <http://hdl.handle.net/10803/687208>.
- Vianello, Francesca. "Reformar la cárcel. De la tutela cívica a la palabra de los detenidos". En *Sistema penal, democracia y ciudadanía activa*. Buenos Aires: Di Plácido, 2020.

CÁRCEL FEMENINA: ¿HARÉN ESTATAL? - UN ESTUDIO SOBRE INSTITUCIONES TOTALES BAJO EL CONCEPTO DE GOFFMAN


FEMALE PRISON: STATE HAREM? - A STUDY ON TOTAL INSTITUTIONS UNDER GOFFMAN'S CONCEPT

Jaiza Sâmbara de Araújo Alves¹

Resumen: Una institución total es un lugar donde las personas están encerradas, teniendo restringido o incluso prohibido su contacto con el mundo exterior, algo que acaba por provocar su mortificación. Ocurre que el rol de las instituciones totales es meramente ejemplificativo, de modo que un harén, así como una cárcel femenina, puede ser considerado una institución total. Así, el objetivo del presente artículo es analizar la estructura del harén, tratando de encontrar puntos en común con las prisiones femeninas, que igualmente consisten en instituciones totales, considerando el concepto establecido por Erving Goffman en su obra *Manicomios, prisiones y conventos*. Como metodología, se trata de una investigación descriptiva y cualitativa, fundamentada en doctrinas y artículos sobre el tema. Se concluye que el harén y la prisión femenina tienen muchas características en común, como la exclusión y mortificación de las mujeres que allá están encerradas.

Palabras claves: Instituciones totales; Prisiones femeninas; Harén.

¹ Doctoranda en Derecho Penal - Universidad de Buenos Aires (UBA); Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (PRAETORIUM); Especialista en Psicología Jurídica (FACAPE); Especialista en Derecho Empresarial (URCA); Profesora de los cursos de Derecho de la Facultad de Petrolina (FACAPE) y Universidad del Estado de Bahía (UNEB); Abogada; Novelista. Correo electrónico: jaiza.samara@facape.br.



Abstract: A total institution is a place where people are locked up, having their contact with the outside world restricted or even prohibited, something that ends up causing their mortification. It so happens that the role of total institutions is merely exemplary, so that a harem, as well as a female prison, can be considered a total institution. Thus, the objective of this article is to analyze the structure of the harem, trying to find points in common with female prisons, which also consist of total institutions, considering the concept established by Erving Goffman in his book *Asylums, Prisons and Convents*. As a methodology, it is a descriptive and qualitative research, based on doctrines and articles on the subject. It is concluded that the harem and the female prison have many characteristics in common, such as the exclusion and mortification of the women who are locked up there.

Keywords: Total institutions; Female prisons; Harem.

1. Introducción

Una institución total, según Irwing Goffman, es aquella que puede ser conceptuada como un local de residencia y/o trabajo, en que las personas, generalmente en situación semejante, tienen su contacto con el ambiente externo restringido o incluso prohibido, alejándolas del contacto con las personas que hacen parte de su vida². Tal situación acaba por provocar degradaciones, humillaciones y otros estados psicológicos que resultan en la mortificación del individuo. Resáltese que el autor plantea que las instituciones totales tienen un rol meramente ejemplificativo, de modo que otras instituciones que no fueron catalogadas por él, pueden hacer parte del rol. De ahí surge la problemática: ¿Es un harén una institución total? Pero, ¿qué es un harén?

Un harén, antes de ser una institución política, es considerado un lugar de poder, pues el sultán, su propietario, ejerce el poder de vida y muerte sobre todos los hombres y mujeres que allá están, siendo que estas personas deben encajarse en todas las reglas del harén, para que puedan tener una vida cómoda, ya que no es posible salir de allá.

La cuestión es que el harén, lugar donde se encierran principalmente mujeres que fueron vendidas o dadas como regalo a un sultán, tiene muchas características en común con las cárceles femeninas de la actualidad, de manera que el presente artículo tiene como objetivo establecer los principales puntos en común entre un harén, descrito en el libro *Noche en el harén (La nuit du sérail)*, de autoría de Miche de Grèce, publicado en 1982, y las cárceles femeninas, demostrando como en ambas instituciones totales ocurre la mortificación del yo de las encerradas.

Como metodología, se trata de una investigación de carácter descriptivo y cualitativo, basada en libros y artículos que aborden los temas propuestos.

2. Instituciones totales según Erwing Goffman

Para Erving Goffman, una institución total puede ser definida como un local de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos que están en situación semejante, o sea, separados de la sociedad más amplia por un largo periodo de tiempo, llevan una vida encerrada y formalmente administrada³. Así, tales instituciones son caracterizadas por su encerramiento, y su carácter total es simbolizado por la restricción de contacto de los internos con el mundo externo por prohibiciones de salida, a través del establecimiento de barreras físicas como puertas cerradas, paredes altas, alambres de espino, aguas, bosques o pantanos.

De este modo, las instituciones totales son lugares en que, en primer lugar, todos los aspectos de la vida son realizados en el mismo local y bajo una única autoridad. En segundo lugar, cada fase de la actividad diaria del participante es realizada en la compañía de un grupo de personas relativamente grande, siendo que todas ellas son tratadas de la misma forma y obligadas a hacer las mismas cosas en conjunto. En tercer lugar, hay una secuencia de actividades con horarios rigurosamente establecidos que son impuestas desde arriba por un sistema de reglas formales y explícitas y un grupo de funcionarios. Incluso, en estas instituciones existe una división básica entre un grupo grande controlado y un grupo pequeño de supervisión, en que aquellos que controlan se sienten superiores y correctos, mientras que los controlados tienden, al menos en algunos aspectos, a sentirse inferiores, débiles, censurables y culpables. Finalmente, las varias actividades obligatorias son reunidas en un plan racional único, presuntamente planeado para atender a los objetivos oficiales de la institución⁴.

Resáltese que, para el autor, las instituciones totales pueden ser enumeradas en cinco agrupamientos: a) instituciones creadas para cuidar de personas que, presuntamente, son inofensivas, como las residencias para ancianos, personas ciegas, indigentes y huérfanos; b) instituciones fijas para cuidar de personas que son incapaces de cuidar de sí mismas y que también son consideradas una amenaza a la sociedad, aunque de manera no intencional, como los manicomios y hospitales que reciban personas con alguna enfermedad transmisible; c) instituciones creadas para recibir personas que hayan amenazado a la sociedad intencionalmente, de modo que su bien estar no constituya un peligro inmediato, como las cárceles y prisiones de guerra; d) instituciones creadas con la intención de realizar de modo más adecuado alguna tarea de trabajo y que son justificadas únicamente bajo sus fundamentos instrumentales, como cuarteles, barcos, escuelas internas, campos de trabajo, colonias; e) establecimientos destinados a servir de refugio del mundo, aunque muchas veces también sirvan de local de instrucción para los religiosos, como los monasterios, conventos y otros claustros. No obstante, el autor menciona que esta clasificación es meramente ejemplificativa⁵.

Ocurre que en muchas instituciones totales inicialmente son prohibidas las visitas externas y las salidas del establecimiento, algo que asegura una ruptura inicial profunda con los roles ejercidos anteriormente y una evaluación de la pérdida de este rol. O sea, el ingresante llega al establecimiento con una concepción de sí mismo que le fue determinada por algunas disposiciones sociales estables en el mundo doméstico, pero, al ingresar en la institución, es inmediatamente despedido del apoyo que le era dado por tales disposiciones. Y a partir de ahí, empieza una serie de rebajamientos, degradaciones, humillaciones y profanaciones de su yo, que es sistemáticamente mortificado, aunque muchas veces esto no ocurra de forma intencional. Así, el sujeto comienza a pasar por algunos cambios radicales en su aspecto moral, que es compuesto por los progresivos cambios que ocurren en las creencias que los otros tienen a su respecto, bien como en las creencias que él tiene de los otros que le son significativos⁶.

La cuestión es que, generalmente, el proceso de admisión también lleva a otros procesos de pérdida y mortificación. A menudo son verificados al ingreso de la persona en una institución total los siguientes procedimientos: obtención de la historia de vida del ingresante, sacarle fotografías, revisar su peso, sacarle impresiones digitales, atribuirle números, buscar y enumerar sus bienes para guardarlos, quitarle las ropas, hacer que la persona se duche, se desinfecte, cortarle el pelo, distribuir ropas de la institución, dar instrucciones cuanto a las formalidades del establecimiento, designar un local a la persona internada⁷. De este modo, todo esto representa la mortificación del yo del internado.

Además, como otra forma de mortificación igualmente existe la muerte civil, es decir, aunque que la persona regrese al mundo exterior hay derechos que le han sido permanentemente negados, por ejemplo, el tiempo perdido en la crianza de los hijos, el contacto con la familia, relacionamientos que son terminados cuando la persona ingresa en la institución total⁸.

Ocurre que, al mismo tiempo en que el proceso de mortificación se desarrolla, la persona internada empieza a recibir la instrucción formal e informal sobre algo nombrado sistema de privilegios. Así, en la medida en que la relación entre el internado y su yo interno fue abalada por los procesos de usurpación causados por la institución, es el sistema de privilegios que, en buena

2 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, trad. Dante Moreira Leite (São Paulo: Perspectiva, 1999).

3 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 16.

4 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 17-18.

5 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 16-17.

6 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 24.

7 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 25.

8 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 27.

parte, da un guía a la reorganización personal⁹. De este modo, existen reglas institucionales que tienen la finalidad de domesticar el internado dentro de la institución, haciendo que él no se rebele contra ella.

Por consiguiente, en primer lugar, existen las reglas de la casa, que representan un conjunto relativamente explícito y formal de prescripciones y prohibiciones que exponen las principales exigencias en cuanto a la conducta del internado. Tales reglas especifican su inflexible rutina diaria. En segundo lugar, en contraste con este ambiente rígido, se presenta un pequeño número de premios o privilegios claramente definidos, obtenidos a cambio de obediencia al equipo directivo. El tercer elemento en el sistema de privilegios está relacionado a los castigos, que son definidos como consecuencia de la desobediencia a las reglas. Así, un conjunto de castigos es formado por la recusa temporaria o definitiva de la obtención de privilegios o incluso por la eliminación del derecho de intentar obtenerlos¹⁰. Por tanto, los castigos y los privilegios son modos de organización inherentes a las instituciones totales.

La cuestión es que, muchas veces, las instituciones totales parecen funcionar solamente como depósitos de personas internadas. Sin embargo, generalmente, se presentan al público como organizaciones racionales, conscientemente planeadas como máquinas eficaces para alcanzar determinadas finalidades oficialmente confesadas y aprobadas¹¹.

Resáltese que los objetivos confesados en las instituciones totales no son demasiado numerosos: realización de algún objetivo económico; educación e instrucción; tratamiento médico o psiquiátrico; purificación religiosa; protección de la comunidad más amplia. Además, igualmente podría ser colocado como objetivo la incapacitación, retribución, intimidación y reforma de la persona internada, si se dice respecto a una prisión. No obstante, generalmente las instituciones totales no cumplen su objetivo oficial y, en realidad, la institución tiene la finalidad de fijar diferencias entre dos categorías de personas construidas (directivos e internados), orientado a presentar disimilitudes de cualidad social y carácter moral, o sea, una diferencia en las percepciones del yo y del otro¹².

Así, una vez que la persona internada empieza a aceptar su nueva posición, su destino pasa a seguir el de toda una clase que está segregada en el interior del establecimiento, de modo que pasa a vivir su vida en el local, viviendo disciplinalmente la rutina diaria en la compañía de un grupo de personas que tienen el mismo status institucional, debiendo aceptar, aunque contra su voluntad, el hecho de estar preso con la finalidad de pagar a la sociedad algo que hizo en el pasado, cultivar el respeto por la ley, admitir sus pecados, aprender un oficio legítimo y, en algunos casos, recibir una psicoterapia necesaria. No obstante, en realidad, la administración del establecimiento, en gran parte, se ocupa de los problemas de seguridad en su interior, esto es, tratar de impedir el desorden y la fuga en lugar de hacer cumplir los objetivos oficiales para los cuales fueron creados¹³.

9 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 49.

10 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 50-51.

11 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 70.

12 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 77.

13 Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, 77.

3. La estructura del harén

Como fue visto anteriormente, los tipos de instituciones totales no demuestran un rol taxativo, de modo que es posible ampliarlo para añadir otras especies de organizaciones personales, por ejemplo, un harén. Pero, en realidad, ¿qué es un harén?

Según Alain Grosrichard, el harén no es una forma de régimen político, sino una estructura de poder que supone e impone una economía rigurosa del deseo y de la relación entre los sexos, en que el déspota, debido al amor inseparable del miedo, reina solamente sobre las mujeres y a través de hombres castrados¹⁴. Así, el harén:

é um lugar delicioso e solitário [...]. É solitário para todos e delicioso para um só. Solitário para todos porque nenhuma relação, nenhum coito é permitido entre os sexos, exceto aquele interminável e perfeito, do Único com a multiplicidade inumerável de suas mulheres.¹⁵

De esta forma, la disciplina y el orden perfecto de la vida en el harén, el aislamiento de los recintos, la especialización escrupulosa de las actividades, la constante y recíproca vigilancia, todo tiene una razón de ser y una única finalidad que es la de permitir la concentración del placer en un único lugar central, donde se puede alcanzar lo absoluto. Todo ello reflejado en la figura del déspota, el único ser capaz de proporcionar la felicidad sexual pura¹⁶.

Por consiguiente, el harén estaba formado por un inmenso número de mujeres, generalmente extranjeras, ofrecidas de regalo al déspota. Las chicas vivían en habitaciones que se asemejaban a las celdas de religiosas, pero sus camas eran separadas por el lecho de un eunuco. Sin embargo, la más rigurosa vigilancia era realizada por ancianas que castigaban con gran severidad la menor falta de las chicas. Estas pasaban todo el día leyendo, escribiendo, cosiendo, esperando el momento deseado, y al mismo tiempo temido, cuando el sultán lanzaría un pañuelo blanco a aquella elegida para una noche¹⁷. Incluso, esta disciplina rigurosa que hacía del harén una prisión era justificada con base en el temperamento ardiente de las mujeres que podría llevarlas a cometer aberraciones. Pero lo más importante era que su placer debería ser dedicado única y exclusivamente al señor, puesto que solamente él tenía el derecho de gozar del otro sexo. De ahí viene toda la vigilancia sobre las mujeres, no siendo permitido, por ejemplo, cualquier alimento con forma fálica (alongada), como pepinos o frutas de este género¹⁸.

Según el mismo autor, dentro de la estructura del harén, también aparece la figura del eunuco, que representaba un instrumento necesario al detentor del poder, puesto que es siempre el dúo inseparable del señor, precediéndolo y anunciándolo, haciéndolo temible y deseable. Ocurre que, en el harén, los eunucos eran hombres blancos o negros, generalmente extranjeros, que habían sido castrados y cuanto más feos y deformes, más caros serían. Su valor estaba en el hecho de que nada podrían hacer con las mujeres, puesto que no podrían ser definidos ni como hombre ni como mujer. Sin embargo, bajo otro aspecto, eran capaces de todo, puesto que despertaban en las chicas la imaginación del señor y, por consiguiente, el deseo sexual que ellas sentían por él¹⁹.

14 Alain Grosrichard, *Estrutura do Harém – Despotismo asiático no Ocidente Clássico*, trad. Lidia H. Caldas (São Paulo: Brasiliense, 1988), 41-42.

15 Alain Grosrichard, *Estrutura do Harém – Despotismo asiático no Ocidente Clássico*, 166. Es un lugar delicioso y solitario [...]. Es solitario para todos y delicioso para uno solo. Solitario para todos porque ninguna relación, ningún coito es permitido entre los sexos, excepto aquel interminable y perfecto, del Único con la multiplicidad innumerable de sus mujeres.

16 Alain Grosrichard, *Estrutura do Harém – Despotismo asiático no Ocidente Clássico*, 166.

17 Alain Grosrichard, *Estrutura do Harém – Despotismo asiático no Ocidente Clássico*, 186.

18 Alain Grosrichard, *Estrutura do Harém – Despotismo asiático no Ocidente Clássico*, 186.

19 Alain Grosrichard, *Estrutura do Harém – Despotismo asiático no Ocidente Clássico*, 199.

4. El harén y sus semejanzas con una institución total (cárceles femeninas)

Sobre el tema del harén, es interesante mencionar la obra *La nuit du Sérail*, o "Noches en el harén", de Michel de Grèce, romance publicado en el año 1982, inspirado en hechos reales, que retrata la vida de Aimée di Riviere, una chica de Martinica que fuera secuestrada por un barco pirata, en el año 1781, y llevada al harén del Sultán Abdul Hamid I, ubicado en Constantinopla, lugar de donde jamás salió.

En el harén, Aimée relata que, al llegar allá, fue sometida a un gran baño de desinfección y fue despojada de sus ropas, a las cuales depositaba mucho significado, porque eran todo lo que poseía y le hacían recordar su pasado. Así, al ver sus ropas siendo quemadas en un hornillo, empezó a llorar como si una parte de su vida estuviera siendo igualmente quemada y reducida a cenizas. Después, fue despojada de sus costumbres europeas, pues, además, del cambio en su modo de vestir, Aimée pasó a maquillarse como las otras esclavas y, aunque no le obligasen a cambiar de religión, era deber de las esclavas recitar pasajes del Alcorán. De este modo, ella se pregunta si con todos los cambios se transformaría en otra persona. Tal situación la angustiaba bastante, pues, más allá del gran choque ocasionado por la pérdida de su libertad, ella lloraba debido a la pérdida de todo lo que amaba y debido al carácter irrevocable de su destino, o sea, quedar reclusa permanentemente, sin posibilidad de elegir nada sobre su vida, ya que toda ella pasaría a ser comandada por la voluntad del sultán. Por tanto, en el harén se perdía la nacionalidad, la condición social, la lengua, la religión, la educación de origen, con la finalidad de anular la personalidad de la recién llegada y después tirarla contra otras en el juego de ilusión por el poder²⁰.

Además, Aimée afirma que ella y las otras esclavas vivían en total confinamiento en un lugar restricto, en que ella no lograba aislarse y en el que tener un minuto de soledad o intimidad era prácticamente imposible. Así, desprovista de todas las libertades, hasta de quedarse sola para escribir sus impresiones, ella se sentía sofocada. Aún más, por falta de espacio, las mujeres dormían unas sobre otras, algo que propiciaba la promiscuidad entre ellas, situación que pasó a incomodarla. Incluso, sobre su vivienda, Aimée afirma que el lugar tenía carácter precario e improvisado. O sea, el harén no fue creado para dar a las mujeres que allá habitaban buenas acomodaciones, el lujo, sino que fue creado únicamente para satisfacer el deseo sexual del sultán. Así, poco importaba si las chicas estaban bien o mal acomodadas. De esta forma, estando en un lugar tan cerrado, con muchas mujeres viviendo en conjunto, Aimée descubrió que el harén era un lugar marcado por tres sustentáculos: los celos, las denuncias y la violencia²¹.

Otro punto relatado era que los momentos de ocio eran raros en el harén. O sea, el tiempo era empleado para ocupar las mentes de las chicas que allá llegaban de tal manera que no se dé espacio a la nostalgia o a divagaciones, evitando descubrir y fomentar sus talentos, para tornarlas completas bajo la mirada del sultán. Así, Aimée tuvo que adaptarse al harén por instinto de supervivencia y sin tener tiempo para el ocio, pues estaba en constante estado de tensión. Así, abrazó el harén como se abraza una religión²².

Posteriormente, Aimée relata que su nombre fue cambiado por el nombre turco *Nakshidil*, que significa la más bella de las bellas. Sin embargo, ella reaccionó con violencia debido al cambio, pues sintió que le estaban sacando el último pedazo de su pasado. No obstante, fue alertada

que era mejor aceptar su destino, hacer el mejor provecho de la situación y olvidarse de sus sufrimientos²³.

Con relación al contacto de las mujeres con otros hombres dentro del harén, esto no les era permitido. Y, además del sultán y de los príncipes, el harén tenía la presencia de los eunucos, o sea, hombres que cuando ingresaron en el harén, fueron castrados para que no pudiesen relacionarse con las mujeres que vivían allá. Incluso, si algún hombre se acercase o ingresase en el harén y mirase a una de las chicas, los eunucos gritaban para que el sultán tomase conocimiento y con eso llevar al transgresor a la decapitación²⁴.

Por tanto, las mujeres del harén eran propiedad del sultán y no podrían relacionarse sexualmente con nadie más, pues deberían estar única y exclusivamente a su disposición. Sin embargo, la elección de la chica que sería colocada en contacto con el sultán dependería de sus cualidades y méritos, que eran evaluados por el gobierno del harén. Y en el caso de no alcanzarlo, serían relegadas al Palacio de las Lamentaciones, lugar decadente destinado al olvido completo de las excluidas de la compañía del sultán²⁵. O sea, las esclavas del harén deberían destacarse por sus cualidades y méritos para tener la esperanza de encontrarse con el sultán y, con eso, progresar en sus vidas.

Ocurre que, analizando la obra de De Grèce, es perceptible la gran semejanza de un harén con la cárcel femenina, pues ambas son instituciones totales, en que las mujeres hacen todo en conjunto y, efectivamente, muchas veces no logran estar solas consigo mismas, disfrutando de su propia compañía. Así, en la mayor parte de sus días, las presas, igualmente a las esclavas del harén, son estimuladas a desarrollar trabajos o a dedicarse a los estudios para que puedan librarse del ocio y mantener el cuerpo y la mente ocupados. De este modo, se estarán olvidando de sus sufrimientos y de la angustia de estar privadas de su libertad y del contacto con familiares y amigos.

Ocurre que, a través de las actividades realizadas con éxito, tanto en el harén como en la prisión femenina, hay la posibilidad de progresar de status (harén) o de régimen (prisión), migrando para una situación más favorable, algo que deja a las chicas con mayor libertad estando igualmente aprisionadas. Con relación al harén, el cambio de status significa que la chica fue observada por el sultán, que la llenará de privilegios, excepto la posibilidad de libertad. En el caso de la cárcel, aquellas que logren distinguirse, principalmente ayudando a la administración carcelaria, son premiadas con algunos beneficios, como acceso al teléfono, la obtención de una comida diferente, el poder ver a sus familiares en momentos diversos de los días normales de visita, e incluso pueden ser empleadas en el sistema carcelario con el recibimiento de una remuneración. En consecuencia, tanto en el harén como en la cárcel, se forma el sistema de privilegios que provoca la reorganización personal dentro de la prisión, rasgo igualmente descrito por Goffman al analizar las características de las instituciones totales. Ocurre que, en ambas prisiones, la reorganización personal y la búsqueda de privilegios acaban por provocar la sumisión encantada²⁶ de las detenidas que, muchas veces, siquiera perciben que están en constante tensión y lucha por el poder.

Incluso, tanto el ingreso en el harén como en una cárcel femenina tiene la capacidad de provocar la mortificación del yo, a través de rebajamientos, degradaciones, humillaciones y profanaciones del yo, como la desinfección del cuerpo, cambio de ropa, instrucciones sobre las formalidades

²⁰ Michel De Grèce, *Noite no harém – Memórias de uma Sultana*, trad. Aldona Lúcia Boguslauskas (São Paulo: Circulo de Livro, 1982), 66-67.

²¹ Michel De Grèce, *Noite no harém – Memórias de uma Sultana*, 68.

²² Michel De Grèce, *Noite no harém – Memórias de uma Sultana*, 71.

²³ Michel De Grèce, *Noite no harém – Memórias de uma Sultana*, 73.

²⁴ Michel De Grèce, *Noite no harém – Memórias de uma Sultana*, 69.

²⁵ Michel De Grèce, *Noite no harém – Memórias de uma Sultana*, 74.

²⁶ Pierre Bourdieu, *A dominação masculina*, 2 edición, trad. Maria Helena Kühner (Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002).

del establecimiento, atribución de otro nombre. En más, la prohibición de visitas y salidas también representa una forma de mortificación del yo, pues en la medida que se priva a alguien de tener el acceso a sus personas queridas, impidiendo el contacto con aquellos que hicieron parte de su pasado, también representa, simbólicamente, una forma de arrancarle un pedazo vital de su ser.

Y, además de la mortificación del yo, ambas instituciones totales resultan en la muerte civil de las detenidas, debido al tiempo perdido que ya no regresará, sea con los hijos o con otros familiares; relacionamientos que son limitados o incluso acaban cuando la mujer ingresa en la institución total. Así, estar en una institución total, como el harén y la cárcel, representa morir por diversas veces.

Es importante mencionar que, así como el harén, la mayoría de las cárceles femeninas no fueron creadas para recibir a mujeres, pues son establecimientos con estructuras improvisadas, en que las necesidades femeninas no son consideradas. O sea, con la pena privativa de la libertad aplicada a las mujeres debido al cometimiento de crímenes, el Estado les impone un castigo que ultrapasa la pena, desconsiderando el sujeto femenino a partir del momento en que las despoja de sus ropas y otros bienes personales, provocando cambios en su cultura y modo de ser, e impidiendo el contacto con familiares y parejas.

Con relación a estas últimas, en muchas cárceles femeninas, el Estado se comporta como un verdadero sultán, que quiere para sí todas las presas, pues el rígido reglamento para el ingreso de las parejas dentro de la prisión, como la exigencia de exámenes, el uso de preservativos y pastillas anticonceptivas, las inspecciones corporales, acaba por provocar el abandono de las mujeres que allá están. Así, el Estado-sultán parece que quiere mantener a "sus mujeres" bajo su disposición, pero no obviamente con la finalidad de disfrutarlas sexualmente, como ocurría en el sultanato, sino con la finalidad placentera de obtener de ellas la completa obediencia y servidumbre, algo que ocurre a través del poder disciplinario, que según Michel Foucault, "se ejerce haciéndose invisible y, por el contrario, impone a aquellos a quienes se somete un principio de visibilidad obligatorio"²⁷.

Otro punto para considerar es que en el harén hay la castración de los hombres, tornándolos eunucos con la finalidad de evitar que tengan contacto sexual con las mujeres, puesto que todas ellas son propiedades de un único hombre que tiene sobre ellas el derecho de vida y muerte: el sultán. Sin embargo, en el harén estatal, representado por una cárcel femenina, como el Estado es un ente abstracto, no siendo por tanto, una figura humana que se materializa, entonces sus agentes masculinos, en vez de ser sometidos a una castración simbólica, utilizan el poder perteneciente al Estado para tener acceso a aquellas mujeres que están en la cárcel, generando sobre ellas aún más violencia, la que incluso, se configura como algo cíclico para la mayoría de estas mujeres, ya que en muchos casos, fueron víctimas de la violencia familiar y/o social antes de ingresar en la cárcel y acaban sufriendo más violencia en su interior²⁸.

5. Consideraciones finales

Una institución total es aquella cuyo encerramiento provoca la mortificación del yo, pues la persona que allá ingresa sufrirá muchos cambios en su vida, de manera que no podrá expresar su individualidad y voluntades, debiendo solamente obedecer a los comandos que les son ordenados, ya que la rebeldía es severamente castigada.

²⁷ Michel Foucault, *Vigiar y castigar: Nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014), 18.

²⁸ Jaiza Sammara De Araújo Alves, "Criminalidade Feminina: um estudo descritivo dos dados estatísticos acerca das mulheres detidas no Brasil e na Argentina", *Revista Direitos Humanos e Democracia* 5, n.º 10 (2017): 189, <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6402>.

Un harén consiste en una institución total, aunque no haya sido catalogado expresamente por Goffman, pues se encaja en todas las características inherentes a aquel tipo de organización. Así, es perceptible la mortificación del yo, inicialmente con la pérdida de la libertad, pues la chica es vendida o dada en regalo al sultán como un mero objeto. Después, cuando ingresa en el harén, es despojada de su nacionalidad, ropas, costumbres y, finalmente, su nombre, de modo que tales situaciones son consideradas necesarias para que ella se olvide de su antigua vida y de que algún día fue una persona libre y autónoma, pues pasando a ser una propiedad del sultán, su vida deberá girar alrededor de las voluntades y deseos del señor.

Una cárcel femenina, igualmente, es una institución total, incluso está contenida expresamente en el rol presentado por Goffman. La cuestión es que, efectivamente, estas cárceles poseen las mismas características de un harén, aunque la finalidad entre las dos instituciones sea materialmente diversa. O sea, en el harén, la mujer deberá servir al deseo generalmente sexual de sultán, pero deberá ser educada según las normas del lugar con la finalidad de contener su rebeldía y quedarse domesticada a servir al sultán, y en caso de que logre llamar su atención, progresar para una mejor vida dentro del harén. Sin embargo, no tendrá su libertad. En la cárcel femenina, aunque no haya la materialización de un hombre, como ocurre en el harén, el Estado también asume la faz masculina y a través de sus agentes, es el que rige las vidas de aquellas mujeres que rompieron el rol social al cometer crímenes. Así, la finalidad de la prisión femenina también es domesticar la mujer, para que no se rebele y, quizás, por el contrario, pueda progresar y salir de la prisión.

De esta forma, es posible concluir que, aunque las finalidades entre ambas instituciones puedan mostrarse diferentes, en realidad, en las dos ocurre la mortificación del yo, pues todas las mujeres que allá ingresan son sometidas a violencias, en que muchas veces no hay cómo reaccionar, sino seguir viviendo a la espera de días mejores.

Bibliografía

- Bourdieu, Pierre. *A dominação masculina*, 2 edición. Traducido por Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- De Araújo Alves, Jaiza Sammara. "Criminalidade Feminina: um estudo descritivo dos dados estatísticos acerca das mulheres detidas no Brasil e na Argentina". *Revista Direitos Humanos e Democracia* 5, n.º 10 (2017): 175-212. <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6402>.
- De Grèce, Michel. *Noite no harém – Memórias de uma Sultana*. Traducido por Aldona Lúcia Boguslauskas. São Paulo: Circulo de Livro, 1982.
- Foucault, Michel. *Vigiar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Traducido por Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.
- Goffman, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Traducido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- Grosrichard, Alain. *Estrutura do Harém – Despotismo asiático no Ocidente Clássico*. Traducido por Lidia H. Caldas. São Paulo: Brasiliense, 1988.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 036

ISSN: 2661-6920

Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria

Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6

Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173118

Mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

Fiscalía General del Estado

Dirección de Estudios Penales

Quito - Ecuador