

Del escepticismo penal y de las penas criminales¹

I

**“Más de lo mismo y todo sigue lo mismo”. No previenen mucho,
pero sí atemorizan y apuntalan el establecimiento.**

Lo que la ciencia penal debe averiguar. *“... la Ciencia del derecho penal no debe dejar de averiguar en qué medida los errores (del Derecho penal y de su Ciencia, como los del nacionalsocialismo y pensadores tan representativos e influyentes como MEZGER, por ejemplo, o los más contemporáneos de JAKOBS con su “derecho penal de enemigos como no-personas”) pueden explicarse por debilidades personales, o si el germen de ese desarrollo errado ya se encuentra en la teoría misma y, por ello, pudiera ser de nuevo activado en el futuro”.*

ALBIN ESER²

Juan Fernández Carrasquilla
Colaborador extranjero con la
Revista de Derecho y Ciencia Política

-
- 1 Lección doctoral con ocasión del otorgamiento del título de “Doctor honoris causa” por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, 3 de noviembre de 2016.
 - 2 ALBIN, Eser, “Consideraciones finales”, en F. MUÑOZ CONDE (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Edit. tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 466. Paréntesis nuestro.

Permítanme aclarar este pensamiento de ESER, que comparto, con un símil que tomo de mi interpretación de su lectura³: El perro agita su cola como instrumento muy visible de su amistosa estructura comunicativa con el entorno, pero no se guía por ella; para asustar, atacar o defenderse, el perro no bate la cola sino que gruñe y blande sus dientes.

Tampoco el Derecho penal, que solo tiene dientes y no amistosas colas, habría de apuntalar su teoría del delito de modo principal en la de la pena, que es el instrumento extremo –no siempre necesariamente el único, ni el último, sino sólo el más drástico, que se supone por ello el más eficaz– que blande para espantar y a la vez orientar preventivamente a las personas, si no por el crimen al menos sí por el temor a la reacción estatal frente al mismo. Aquel, definido en los tipos, es verdaderamente el objeto de cuyo tratamiento puede desprenderse el mensaje ético y político-criminal a la comunidad presente y futura, dado que es el concepto que resume, según la ley, las lesiones de intereses personales y sociales dignos de protección por medio de la sanción penal, que se dice preventiva o necesaria para su prevención. La prevención negativa de la pena sería cierta si en realidad atemorizara de una manera útil; pero si realmente atemorizara, el sujeto no incurriría en su conducta criminal. Algo aquí falla, sobre todo porque es verdad que la pena infunde temor y a veces terror, pero no previene eficazmente los delitos.

Escepticismo penal. Ser escéptico en derecho significa para mí no creer o no encontrar pruebas suficientes de los efectos bondadosos de las penas criminales, especialmente de las privativas de libertad. De las consecuencias teóricas que ello trae aparejadas es de lo que me propongo exponer algunas cosas en las páginas que siguen.

La prevención está en los tipos, no en las penas. De tal manera que el mensaje de prevención positiva se encuentra en los tipos penales, cuyo reverso son las normas de conducta social más plausibles, aunque por cierto existe una relación muy íntima entre tipo y amenaza penal. Los tipos no definen los delitos para que se cometan sino para que se eviten, para que se realicen conductas de sentido contrario a las descritas. Siguiendo el conocido recurso técnico kelseniano se puede establecer que *“la conducta debida es la conducta*

3 Ob. cit., pág. 468

contraria a la sancionada”; o mejor todavía, a ello se llega según el principio ontológico fundamental, explicitado por COSSIO, “*lo que no está prohibido está permitido*”, que da prelación lógica a lo permitido por ser la regla general de las conductas sociales.

Tipos penales y normas de conducta. Antes de las penas criminales están, en efecto, los tipos penales y detrás de cada tipo penal está siempre de manera implícita una norma de conducta que nos indica cómo debemos comportarnos. El Estado, por medio de leyes, define delito y determina penas y él mismo instituye y maneja el aparato para ejecutarlas. *Pero las normas de conducta no las crea la ley estatal, sino el devenir de la comunidad de personas, la ética social; la ley solamente las interpreta y en casos singulares vincula su infracción a la amenaza de una pena criminal.* Ninguna ley estatal, tampoco la ley penal, está en posibilidad de imponer coactivamente sus juicios de valor a nuestra conciencia, que sigue siendo para ello autónoma y, como postulaba KANT, legisladora universal de las propias obligaciones morales necesarias para el respeto de sí mismo y del otro.

El Estado no puede imponernos valores de conducta, sino señalar pautas para sancionar algunos quebrantamientos suyos. Si el estado impusiera sus juicios de valor o valores de conciencia o de acto por medio de las penas criminales, incurriría en lo que el gran maestro latinoamericano JUAN BUSTOS RAMÍREZ llamaba “hegemonía axiológica”, incompatible con una sociedad pluralista.

La pena no es un premio. Por otra parte, la legalidad por sí sola no encarna la legitimidad de la pena estatal, que supone en todo caso el respeto irrestricto de la dignidad humana de cada uno de nosotros y también requerimientos de justicia como razonabilidad y proporcionalidad, igualdad y humanitarismo, debido proceso y juez imparcial, y seguramente muchos más. Por definición, la pena criminal es un mal encaminado a prevenir otro mal (el delito); no es ni puede ser un premio, como el delito legal no puede tampoco ser una acción inocua.

La prevención no funciona. El ser preventivas –en realidad siempre lo han sido– arroja de las penas un balance bastante negativo porque siempre se aplican cuando esa función ha fracasado (en su aspecto tanto positivo como negativo) y se ha cometido precisamente el crimen que pretendían evitar con la amenaza que entrañan. Su naturaleza y la experiencia histórica de su ejecución

en todos los tiempos han mostrado siempre y en todas partes no solo el fracaso milenario de la pena como prevención, sino también su verdadero carácter represivo, vindicativo y conservador del *statu quo*. Contra ese fracaso universal nada pueden, nada han podido históricamente el endurecimiento y ni siquiera la certeza de las sanciones criminales. Nótese que *el llamado "efecto preventivo" o "aterrorizador" de las penas, su papel "disuasivo", se surte por igual con penas justas o injustas, y a veces atemorizan y aleccionan más las últimas que las primeras porque no hay para el espíritu nada peor que la condena del inocente, convertido con ella en "chivo expiatorio"*.

Como las penas no previenen, que haya más penas. Como quien dice que, pese al fracaso sistemático de su mensaje preventivo, las penas se aplican de todos modos, y cada vez en mayor extensión y en ciertos sentidos con mayor dureza, para que fracasen de nuevo como mensajeras de prevención especial y general, positiva y negativa. Ciertamente desde el Renacimiento, el Humanismo y la Revolución francesa hemos avanzado muchísimo en materia de penas humanitarias, desterrando las penas corporales, crueles e infamantes y en cierta medida la picota⁴ y también las galeras, pero en cambio hemos multiplicado las cárceles, incrementado su rigor disciplinario y el número y duración de las privaciones efectivas de la libertad personal y mantenemos una fuerte estigmatización social a través sobre todo de los medios masivos de comunicación⁵. Pese a las presiones ideológicas de los movimientos abolicionistas, la pena de muerte subsiste todavía en muchos países, y las penas de prisión perpetua o de larga duración —que subsisten todavía— no solo deshumanizan sino que incluso inhabilitan para el retorno a una vida civil útil. Este fenómeno se conoce como “prisionización” y desmiente categóricamente que la pena (privativa de libertad) sirva para “resocializar”, quedando siempre expedita su función de auto-reproducción autorreferencial de la criminalidad.

El siempre fracasado drama penal. El drama del derecho penal es que la pena se aplica más cuanto más fracasa y cada vez las políticas criminales oficiales creen encontrar nuevos campos en que es “necesario” conminarlas

4 El registro público de antecedentes penales que rige en casi todos los países es la versión contemporánea de la “picota” (que consistía en la exposición del reo a la vergüenza pública)-

5 Ilustrativo y dramático sobre la evolución de las penas, FOUCAULT, MICHAEL, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI Editores, México, 1976.

y aplicarlas con mayor dureza física o espiritual, algo que puede sostenerse a la vista y bajo la presión de los pasados y actuales movimientos legislativos y doctrinales de expansión⁶. Las penas no están hoy en expansión porque haya más delitos, sino porque cada vez ostentan menor eficacia preventiva. Mientras más aumentan las penas más esfuerzo aplican los criminales para evadirla, es decir, “mejor” cometen éstos sus fechorías. Hay más delitos porque hay más población y tecnología, no porque haya menos penas.

Frente a las dificultades económicas y laborales por las que pasan grandes masas poblacionales urbanas y campesinas de bajos estratos, se multiplican los recursos a la economía informal, al trabajo de menores y el recurso a los grandes y pequeños delitos lucrativos, violentos o no. Al mismo tiempo crece la corrupción pública y privada, aunque es cierto que se ha incrementado la persecución de sus formas más cuantiosas, como es fácil apreciarlo es el mayor número de “delitos de cuello” blanco que hoy se registra. La codicia, tradicional en América desde que la trajeron los ibéricos durante la Conquista y la Colonia y que fue luego heredada por las oligarquías criollas, se ha extendido exitosamente a las nuevas oligarquías industriales y terratenientes y se ha contagiado a casi todos los sectores de la población. Los delitos de motivación ocupación seguramente siguen ocupando un lugar de mucha importancia en las estadísticas criminales.

Principio de máxima minimización. De mi parte, sigo pensando que la pena, sea que se la entienda como retribución o como prevención, es siempre un mal para quien la recibe y para la propia comunidad que la dispensa, y por eso asumo y predico frente a ella que, en cuanto parece que no estamos todavía en condiciones de renunciar a su presencia social, debe seguirse el criterio de la ética utilitarista liberal que nos viene de J.S. MILL⁷: los males sociales inevitables se deben tratar con el mayor rigor de economía restrictiva. *La máxima minimización es para mí la única posición filosófica decente frente a la aporía de la pena estatal*, pese a ser históricamente cierto que este monopolio del Estado nos ha librado del régimen de la venganza privada.

6 Al respecto, por todos, muy conocido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, edit. Civitas. Madrid, 1999.

7 MILL J.S., *Sobre la libertad*, hay muchas ediciones en español, entre ellas de edit. Aguilar, Bs. Aires, 1968, trad. de Josefa Sainz Pulido.

Se parte de la base, como enseñaba CARRARA, que el delito no se puede erradicar totalmente de ninguna sociedad y que, además, la pena se ha mostrado, por más que crezca, inidónea para controlarlo. Aumentar penas para erradicar el delito no es solo una aporía social, sino que puede conducir al terror penal por la vía de la demagogia y el populismo. Es una especie de juego eterno al gato y al ratón, en el que el gato nunca logra impedir que el ratón se coma el queso, de modo que siempre habrá queso para los ratones. Y mientras haya por ahí queso mal puesto no faltarán ratones para comérselo y nunca bastarán los gatos para evitarlo.

Eso quiere decir, de acuerdo con los principios político-criminales de mínima intervención y *ultima ratio*: *cada vez menos (penas) para cada vez menos personas y ocasionando con ellas el menor mal posible a los derechos de estas personas*. Al fondo palpita, pues, la utopía abolicionista y algo culturalmente muy concreto que ya no es utópico: el humanitarismo de todo el derecho penal. Este abolicionismo no es ya una utopía porque el panorama de las penas alternativas y sobre todo de las sustitutivas de la prisión ha avanzado bastante. *Yo creo, en suma, que nuestra época está madura para superar en el mediano plazo las penas privativas de la libertad, que ciertamente son deshumanizantes o cuando menos disocializantes.*

Recordemos, sin embargo, como lecciones de historia, que en Grecia y Roma – y todavía hasta el siglo XVI e incluso XVIII- parecía utópica la abolición de la esclavitud, y que pese a la derrota de ESPARTACO y la ulterior connivencia del cristianismo triunfante, la esclavitud fue finalmente abolida, al menos de manera formal, a mediados del siglo XIX. Bastante tarde, por cierto. Pero lo milagroso, y ello es más obra de la evolución socio-económica que del ingenio humanitario, es que una institución tan milenaria y arraigada haya desaparecido en no más de cien años.

La expansión acelerada del derecho penal. Estos son, sin embargo, solo los principios de una política liberal o personalista que da lugar a un derecho penal del mismo talante –si estas expresiones no encierran una *contradictio in adiecto*- y ninguna de esas figuras parece acomodarse a lo que sucede en nuestros días con el derecho penal positivo y la política criminal oficial que lo inspiran, que corren gozosos a la maximización demagógica, en lo que se llama la actual “expansión del derecho penal”⁸.

8 Sobre ello, con suficiencia, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edit. Civitas,

Debo sí reconocer una vez más, como lo hice en reciente ocasión (2011), que no corren en nuestro país buenos tiempos para el derecho penal liberal y de garantías. Aparecen nuevos delitos, se aumentan las penas privativas de libertad a duraciones exorbitantes que prácticamente burlan la prohibición constitucional de la prisión perpetua (30, 50, 60 años, por ejemplo, para hablar solo de Colombia, en donde no rige un sistema de acumulación aritmética de penas), se disminuyen o dificultan las garantías procesales de los imputados con el auge protagónico de la intervención de las víctimas en los procesos penales, se recortan aquí y allí beneficios procesales y penitenciarios (p.ej., detención y prisión domiciliarias y sustitutivos penales), crece sin tregua el hacinamiento carcelario hasta niveles intolerables que la Corte Constitucional ha declarado, aunque con efectos inanes, un “estado de cosas inconstitucional”.

Y ahora el nuevo Fiscal General de la Nación, NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, experto en derecho comercial y asesoría de grandes empresas, denuncia expresamente como peligrosa la influencia en el gobierno, la legislación y la justicia de la política criminal de los académicos liberales que, claro está, se pronuncian contra tales tendencias de rigor maximalista y denuncian sus abusos⁹. De modo que no solo continúa sino que se está agudizando el antagonismo de la política criminal oficial y la política criminal de los académicos liberales (que no son todos). Como de costumbre, los académicos son ignorados por los operadores judiciales de la justicia (policías técnicas, fiscales y jueces penales).

Viejo y nuevo punitivismo. Como se ha sugerido, legislaciones y comentaristas apologeticos de las mismas, incluida obviamente la gran prensa, tienden a la realización de ideales contrarios: más penas y más rigor punitivo para obtener el control de crímenes y criminales es lo que se ha llamado, a partir sobre todo de su resurgimiento en el derecho penal internacional, *neopu-*

Madrid, 1999.

9 Sobre el particular puede verse diario *El Tiempo* de Bogotá, sección principal, págs. 1 y 10 del 13 de noviembre de 2016, publicado mientras este escrito era sometido a revisión final para fines de publicación. El Presidente JUAN MANUEL SANTOS y sus agentes, no así el Congreso de la República que quiere complacer a todos, han venido observando sobre el tema una actitud prudente y vienen luchando últimamente con algunas medidas que puedan contribuir a aliviar en algo el antihumanitarismo del grave hacinamiento de las cárceles en las que obviamente hay más internos con prisión preventiva que reos convictos.

nitivismo, e incluso neopunitivismo de los derechos humanos. Pese a ese crecimiento casi desmesurado de las penas, tales controles no se logran porque la criminalidad va en aumento, los delincuentes no se disuaden con las amenazas penales ni se resocializan con su ejecución y el punitivismo continúa creciendo tanto más que la criminalidad.

Nada cambia. “*Más de lo mismo*” y *todo sigue lo mismo*. Aunque sea “necesaria”, la pena criminal parece seguir siendo socialmente inútil, cuando no contraproducente. Lo que deviene ininteligible es como algo inútil se puede seguir considerando socialmente necesario en un orden democrático.

Algunos países, como los Estados Unidos de América, son más francos en cuanto a lo función principal que atribuyen a sus penas privativas de la libertad: protección de la comunidad por medio de la inocuización temporal y relativa de los criminales. Claro que por este sendero argumentativo se puede llegar fácilmente a defender asimismo la pena de muerte y otras penas radicales.

A quiénes interesa maximizar o minimizar. Como es obvio, qué sea un “criminal” es definido por el mismo poder monopólico que define y ejecuta las penas. Es el Estado protegiéndose a sí mismo y al establecimiento. Si el costo económico –para no hablar del social- del sistema penal hoy en acción se aplicara a las supuestas “causas crimino-impelentes”, esto es, a corregir la pobreza, la desigualdad y las falencias de la democracia meramente formal, es prácticamente seguro que las penas como tales devendrían innecesarias. Pero ¿quién tendría interés, desde el Estado clasista, en semejantes reformas sociales? Solo podemos pensar, de una parte, en el Estado social y democrático de derecho, sobre el que MIR PUIG nos ha mostrado con elocuencia su relación con los delitos y las penas¹⁰, y, de otra, en la construcción de una sociedad civil materialmente democrática¹¹.

10 MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, edit. Bosch, Barcelona, 1979. Por cierto, también, NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal –Una teoría liberal del delito*, edit. Astrea. Bs. Aires, 1980; ZAFFARONI, E.R., “Introducción” a FEUERBACH, Anselm v., *Anti-Hobbes, O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, edit. Hammurabi, Bs. Aires, 2010.

11 Cfr. DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, edit. Taurus. Madrid, 1983; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal* - Prólogo de Norberto

Si las penas no sirven y nunca han servido, cualquiera que sea su drasticidad y certeza, para prevenir eficazmente el crimen, y sin embargo las sociedades organizadas siguen acudiendo a ellas con tan denodadas frecuencia y devoción, también en la modernidad, podemos y debemos sospechar que han de poseer algún hechizo que beneficia a alguien. Y claro está, como superada la venganza privada, la pena criminal ha sido invariablemente de carácter estatal, entonces ha de ser a los Estados a quienes beneficia de modo principalísimo, fuera de su papel obvio de satisfacer el sentimiento de venganza de las víctimas, que siempre estuvo presente, pero que no siempre fue tenido en cuenta por las ciencias penales y nunca se dio por satisfecho con ninguna escala punitiva.

Cuidado con el victimismo. En el derecho penal de nuestro tiempo hay que cuidarse también del “victimismo”, esto es, de atender los gritos de retaliación para multiplicar los delitos y las penas legales y también y sobre todo para sacrificar garantías a los imputados. Eso, claro está, sin perjuicio del actual estado de cosas acerca del derecho de las víctimas a verdad, justicia, reparación y no repetición.

La pena sí sirve para conservación y aumento del poder. Y cuál podría ser ese rendimiento positivo de la pena pública para el casi todopoderoso poder estatal? Muy claro y simple: *sirve para legitimar el orden establecido* y para reforzar a los detentadores del poder, infundiendo a los asociados la ilusión –falsa como todas- de que la casa sigue en orden y el padre conserva el control. El gobernante que reparte más penas se siente más seguro en la silla del poder y ensancha con orgullo el pecho como gran distribuidor del bien, esto es, gran repartidor de la ética social, que aquí estaría de manera cifrada otra vez y en nueva visión el verdadero mensaje preventivo de la pena. Así cree el Estado-policía resolver muchos conflictos sociales, sin percatarse de que los multiplica. Y los medios masivos aplauden esto y lo hacen con mayor barullo cuando aparecen nuevas penas. Pero éstas sirven para lo que anunciamos y poco más: *para conservar y aumentar el poder establecido*, algo más próximo al pensamiento nietszcheano que al de cualquier penalista. Y la teoría crítica de las penas sirve para moderar ese efecto nefasto.

Bobbio, edit. Trotta, Valladolid, 1995; SARTORI, Giovanni, *Qué es la democracia?*, Edit. Altamir, Bogotá, 1994.

A mayor legitimidad, menos necesidad de penas. Lo que sí salta a la vista de cualquiera es que *por lo general las penas son más numerosas y más drásticas cuanto menos justo es el orden social en que se inscriben*, o menos legítimo es el gobierno de turno. Las penas han apuntalado por largos periodos –pero nunca lo consiguen de modo indefinido– a las más duras dictaduras del mundo y por cierto en la historia de América Latina no tenemos que mirar muy lejos para comprobarlo.

Nadie atenta contra mí impunemente, como dicen expresa y soberbiamente los ingleses (*nemo me impune lacessit*), y si llegas a hacerlo ya conoces la respuesta que te espera. Y a esto le ha hecho el juego regularmente la ciencia penal de todos los tiempos, que en general ha sido no solo acritica sino también apologética. Y por esto precisamente *la ciencia penal no puede ser positivista*, en el sentido de limitarse a exhibir, interpretar y clasificar las normas del derecho penal positivo, esto es, a describirlas –como sugiere JAKOBS y en general los funcionalistas y positivistas que debería hacerse–, sino que tiene que ser en todo caso *crítica*. Porque de suceder las cosas de ese modo, el derecho penal, también como ciencia, se limitaría a ser factor de conservación y aumento del poder establecido y legitimación de sus privilegios y desigualdades. La ciencia busca siempre la verdad, pero en el campo socio-jurídico la verdad sin justicia no es nada, esto es, no es nada bueno. No conozco ningún modelo de sociedad punitiva que pueda llamarse humanamente decente; todas se han exacerbado. En sentido contrario, en un Estado utópico de sociedad igualitaria no se ve mucha utilidad a las penas criminales, al menos como recurso general.

De esta manera las penas, si respetan ciertos principios como el de estricta necesidad social, el de proporcionalidad y el de legalidad previa, clara y precisa, pueden legitimarse (o “justificarse”) en la medida en que contribuyan al mantenimiento de un orden relativamente justo. De manera que *una pena estatal relativamente justa presupone necesariamente una sociedad civil relativamente justa*, un orden social digno de ser preservado aunque no sea perfecto (pero siendo en todo caso perfectible). De no ser así, la pena es una bayoneta más, un arma estatal de represión contra “el distinto”, pero disfrazada de la legitimidad de que carece la fuerza bruta, es decir, legitimada por los políticos, por los medios y por los juristas y a veces también por los votos, es decir, por la democracia formal, sea directa o representativa. Ya lo apuntaba JAKOBS con lucidez: penas justas presuponen sociedades legítimas.

Penas en la democracia real? Lo que todavía no sabemos, porque creo que no existe la experiencia mundial al respecto, es si en una sociedad realmente equitativa y abierta, y, por tanto, en un verdadero Estado social y democrático de derecho y justicia social, las actuales penas criminales carcelarias seguirán siendo “socialmente necesarias”. Yo aquí me otorgo como penalista el beneficio de la duda *pro homine* y respondo de manera negativa. La pregunta que viene abierta desde el siglo XVII por boca de los precontractualistas y contractualistas es si una sociedad de la abundancia en la que nadie necesite materialmente nada de los otros es siquiera posible para salir de un hipotético estado natural de guerra. Lo que ellos llamaban “socialidad” solo aparece cuando los hombres necesitan asociarse en procura de bienes relativamente escasos que no puede cada uno aportarse por sí solo.

Pena y persona. Este no es el lugar para exponer el complejo asunto de lo que entienden los liberales por el “*bien social*” o por un “*orden social relativamente justo*”¹², pero del mismo sí se puede ahora decir que ambos han de cimentarse en el respeto de la persona como tal en cuanto dignidad y autonomía ética de todo individuo de la especie humana, en el reconocimiento y desarrollo de los derechos esenciales o inherentes a esa misma persona, el respeto de los derechos humanos internacionales en igualdad de condiciones para todos, y la garantía de un mínimo de condiciones vitales o socio-económicas que permita a todos la igualdad de oportunidades al punto de partida y la disponibilidad de ámbitos adecuados para el libre desarrollo de la personalidad. Los derechos humanos llamados de segunda generación, o sean los relativos a los “derechos sociales, económicos y culturales”, no van a la hora actual más allá de un planteamiento del tema y un programa futurista.

12 Sobre ello puede consultarse, con mucho beneficio, RAWLS, Jhon, *Sobre las libertades*, edit. Paidós, Barcelona, 1990, trad. Jorge Vigil Rubio; del mismo, *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, edit. Paidós, Barcelona, 2001; y, claro está, POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, edit. Paidós, Barcelona, 1982, trad. de Eduardo Loebe. Desde luego, son de consulta obligada en estos tópicos las obras de GUSTAV RADBRUCH, especialmente las de posguerra: *Filosofía del derecho* y el opúsculo magistral *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*; así como NINO, C.S., *Derecho, moral y política - Una revisión de la teoría general del derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1994; y, en fin, ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, edit. Gedisa, Barcelona, 1994.

La igualdad. En cuanto a la igualdad moderna comparto el juicio de CERRONI en el sentido de que en la modernidad el concepto de igualdad se hizo posible y cobró efectiva presencia interna con la creación del concepto moderno de derecho como norma general y objetiva y por tanto también igualitaria. Con una cierta anticipación de los estoicos romanos con su concepto de los hombres como “ciudadanos universales”, el concepto de persona y el reconocimiento de la dignidad de todos con alcance moral y religioso había sido logrado por el cristianismo, que lo practicaba internamente en sus comunidades, pero hacia afuera eran evidentes las restricciones debido a la convivencia y connivencia con la esclavitud y también con la servidumbre medieval¹³. En la modernidad esos conceptos de persona e igualdad irrumpen de manera imponente también como normas jurídicas positivas y como esenciales componentes del orden político.

Con la “Declaración de los derechos del hombre y ciudadano” de 1789 se consolidaron esos conceptos de la igualdad jurídica connatural de todos los hombres y la abolición formal y definitiva de la esclavitud, de la servidumbre, de los privilegios de la nobleza y de la sumisión de los ciudadanos al soberano absoluto. “La ley, en definitiva, no era igual para todos, ni todos eran iguales ante la ley”¹⁴. En efecto, representativo del mundo antiguo es ARISTÓTELES, quien sostenía que “El Derecho parece ... consistir en la igualdad, y en ella consiste, pero no para todos, sino para aquellos que son verdaderamente iguales...”¹⁵.

13 CERRONI, Umberto, *La libertad de los modernos*, Edit. Martínez Roca S.A., Barcelona, 1972, págs. 69 y ss.

14 *Ib.*, pág. 96.

15 Cit. por CERRONI, *ob.cit.*, págs.97-98. Para la Edad Media el pensador más representativo sin duda santo TOMÁS DE AQUINO, que desde luego no pensaba nada distinto y expresamente sostuvo que la esclavitud era “natural” y estaba por fuera de la justicia porque esta exige, en tanto que justicia conmutativa, un acuerdo entre partes iguales. Similares y muy conocidos son al respecto los pasajes en que SAN PABLO y SAN AGUSTÍN sostienen lo mismo, este último con oscilaciones sobre el tema en el derecho natural, pero sin decidirse por su condena ni demandar su abolición siquiera entre los cristianos, y el primero haciendo énfasis en que se trata de una institución establecida que debe respetarse (Primera Epístola a Timoteo, Cap. 6,1).

Esto no ha cambiado hasta nuestros días, con la única diferencia de que hoy postulamos, sea o no verdad, que la igualdad es de todos porque todos somos iguales ante el Derecho.

Pasada la Edad Media, durante los siglos XVIII y XIX la soberanía sería asumida por los Estados nacionales, esto es, por las nuevas repúblicas, directamente a veces y al final regularmente en nombre del pueblo, entendiendo por tal no tanto todos los habitantes de un país cuanto todos los que ostentan su nacionalidad, residan o no en su territorio, aunque de momento no todos los ciudadanos eran aptos para votar en las nascentes democracias (en general solo lo eran los varones blancos o libres de cierta edad que fueran propietarios).

Frente a la idea de igualdad los criminólogos críticos actuales sostienen que está contraprobada en nuestro campo con la operancia altamente selectiva del sistema penal¹⁶, que, como sabemos, es la más fuerte arma de contención y preservación agresiva del *statu-quo* que se esgrime principalmente contra los “desiguales”, que son desde luego los “peligrosos” y por esto mismo seleccionados como “culpables por su vulnerabilidad” (ZAFFARONI).

“Derecho penal bueno”. A todo ello se suma el problema, casi diría la aporía, de si existe o no un “derecho penal bueno”¹⁷. La respuesta tiene que ser negativa, al menos desde las perspectivas del liberalismo penal, del humanismo de las penas y del propio escepticismo penal. El derecho penal es siempre un instrumento social de control y represión cuyo uso puede ser política y moralmente justificable tan solo en la medida en que contribuya al mantenimiento y desarrollo de un orden social relativamente justo y materialmente democrático en lo posible. Este sería, pues, un derecho penal protectorio de nuestros dere-

16 Al respecto, por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *La cuestión criminal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, especialmente págs. 61-100; del mismo, con mayor amplitud, *La palabra de los muertos*, Edit. Ediar, Bs. Aires, 2012. Sobre el particular hay que recordar asimismo los planteamientos de BARATTA sobre el delincuente como “chivo expiatorio” y acerca de la mayor persecución que se ejerce sobre y contra las “clases subalternas” (BARATTA, Alessandro, sobre todo en *Criminología y sistema penal*, Edit. B de F., Bs. Aires, 2006).

17 Sobre el punto: GONZÁLEZ ZAPATA, Julio, “Recensión” a “Principios y normas rectoras del derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 61, enero-mayo de 1999, Edit. Universidad Eafit, Medellín, ‘pág. 225; y mi respuesta admisorio en *Derecho Penal – Parte General – Principios y categorías dogmáticas*, Edit. Ibáñez, Bogotá, 2011, pág. 29.

chos, bienes y libertades, es decir, de los derechos, bienes y libertades de todos y cada uno de nosotros y por tanto también de la sociedad pacífica y democrática en que convivamos ordenadamente, sin segregaciones ni iniquidades.

Estaríamos entonces, para que la irracionalidad propia del derecho penal resultara tolerable dentro de esos límites, en un derecho penal cuyas normas y praxis sean concreción y desarrollo de los grandes principios político-criminales del liberalismo y del personalismo, un derecho penal *pro homine* y no *pro societatis*: un derecho penal inspirado en la protección de la persona, sus derechos esenciales, su igualdad y su dignidad, que resuelve las dudas razonables a favor del imputado y no del colectivo, que interpreta los derechos fundamentales y los derechos humanos internacionales en su natural e indisponible orientación a la tutela de la persona humana individual contra el poder estatal (el hombre siempre como fin y nunc como medio) y no de la comunidad contra la persona. Esto es difícil porque los principios penales, incluso si están positivizados como normas rectoras, pueden, como todo enunciado de principios y en virtud de su generalidad y abstracción, interpretarse de diversas e incluso contrapuestas maneras. Su sentido concreto depende de quiénes apliquen las normas que concretan los principios y con qué ideología lo hacen (si con una ideología represiva o punitivista, o con otra protectoria, personalista, minimalista, proporcionalista y, en fin, liberadora). Es claro entonces que la interpretación de cualquier principio, por elevado que se lo suponga, se inscribe en un contexto específico a que él mismo apunta y que por fuera de éste no significa nada o significa casi cualquier cosa, incluso de sentido opuesto.

Normas y práctica social. El derecho penal, en todo caso, no puede ser valorado positivamente solo por los principios¹⁸ o solo por las normas particulares que integran el sistema penal¹⁹, sino siempre por el sistema penal en su

18 Esto se llama “principialismo” y se caracteriza por desdeñar los casos o las normas particulares, ateniéndose únicamente a las abstracciones contenidas en los enunciados de principios. Hay que recordar aquí la interpretación que hace MERLEAU-PONTY del pensamiento de MAQUIAVELO: “... hay una manera de condenar a Maquiavelo que es maquiavélica, es la piadosa astucia de los que dirigen sus ojos y los nuestros hacia el cielo de los principios para que los apartemos de lo que hacen” (MERLEAU-PONTY, Maurice, “Nota sobre Maquiavelo”, en *Signos*, Edit. Seix Barral, Barcelona, 1964. Pág.279).

19 Esto se llama “casuismo” y, para decirlo de conocida forma, pierde de vista el bosque por mirar los árboles, según escribió HEGEL.

conjunto y ante todo por el modo como se aplica en la realidad social de cada momento, por la práctica “legal” de los operadores del sistema penal²⁰. Se trata, pues, del derecho penal en acción y no simplemente del normativo, ni siquiera si este es principialista. El “derecho penal en acción” no es lo que hacen los criminales, sino lo que hacen los operadores jurídicos con las normas positivas del derecho penal, el sistema de justicia penal en funcionamiento, las cárceles en operación viviente.

Eso del “derecho penal bueno” –que no existe- tiene que ver, claro está, con la racionalidad y razonabilidad del sistema penal, pero también y principalmente con lo que las penas son en la realidad social, con especialmente referencia a las penas privativas o restrictivas de derechos fundamentales, sobre todo las de prisión. No hay tales penas “buenas” porque la pena es por definición un mal y de ella es contradictorio esperar beneficios, salvo si el sistema penal es él mismo criminal.

Abolicionismo de la prisión. Es muy dudoso que las penas de prisión produzcan beneficios para alguien, salvo para el establecimiento que se atrincheró con ellas usándolas como instrumento de dominación social. *Las penas de prisión son penas corporales, crueles, inhumanas y degradantes y por tanto deben ser superadas por penas alternativas que se salgan de esos moldes negativos, ya que dentro de ellos deben considerarse prohibidas por nuestra Constitución (arts. 12 y 17) y por la “Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes” de la ONU de 1954, en vigencia desde 1957.* Nuestra práctica penal se nutre, pues, de penas prohibidas²¹.

Con estos simples e incompletos enunciados puede apreciarse que los ideales contenidos en las normas supuestamente universales de derechos huma-

20 Sobre la relación entre principios y praxis de los operadores que los aplican, sean los políticos o los funcionarios, pueden verse con provecho: MERLEAU-PONTY, M., ob. loc. cit.; y GÓMEZ CAMPOS, Rubí de María, “Fenomenología y práctica: Arendt y Merleau-Ponty”, en RAMÍREZ, Mario Teodoro (Coord.), *Merleau-Ponty viviente*, Edit. Anthropos, México, 2012.

21 Y para el futuro inmediato el panorama no puede ser peor porque el Presidente electo de los Estados Unidos de América, señor DONALD TRUMP, ha anunciado (noviembre de 2016) el restablecimiento de la autorización de la tortura, un mal ejemplo que puede arrastrar a prácticas similares en otros países. Ya Estados Unidos había hecho esto tras el 11-S.

nos²² y en los principios rectores del derecho penal están muy lejos de alcanzar realización satisfactoria y su futuro sigue siendo intensamente incierto. Nunca dejo de recordar en estos contextos el pensamiento luminoso de PROUDHON sobre la justicia: es “*el respeto espontáneo sentido y reciprocamente garantizado de la dignidad humana, en cualquier persona y en cualquier situación y bajo cualquier riesgo a que nos exponga su defensa*”²³. Creo que estamos en el mundo actual todavía muy lejos de esto. Esta es la filosofía que en mi campo conduce a un *derecho penal liberal fuertemente garantista y minimalista*, siendo claro que al fondo de ello palpita un recio escepticismo punitivo, concretado sobre todo en las actuales penas privativas de la libertad. El liberalismo penal, consciente como es de las afectaciones deshumanizantes de las penas carcelarias, no puede ser sino escéptico frente a éstas.

Miren Uds. un mapa de la actual geopolítica y juzguen por su cuenta cuántos y cuáles Estados de nuestros días satisfacen al tiempo todas esas exigencias. Si llegaren, como yo, a la conclusión de que son muy pocos –si acaso los hay–, entonces deberían compartir mi pensamiento de que a la hora actual las penas carcelarias y el derecho positivo que las sirve no representan una solución a los problemas sociales, esto es, que *no hay una solución penal a las desigualdades y a los conflictos sociales*²⁴. Cuando BECCARIA escribió que “es mejor prevenir los delitos que castigarlos”²⁵, se refería obviamente a la prevención social directa o primaria, esto es, a las medidas socio-económicas que hoy integramos en el modelo de democracia real y no a la llamada función preventiva de la pena (que en el mejor de los casos solo sería secundaria y auxiliar).

22 “Supuestamente”, digo, porque materialmente no alcanzan a todas las personas, y veces ni siquiera formalmente, como se ve con claridad en la categoría de “enemigos” (Schmitt, Jakobs), y se observa en el trato de ciertos prisioneros (como los de Guantánamo tras el 11-S), para no ahondar en exploraciones porque también hay países, y no solo dictadores, que no los reconocen. Cfr. IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, edit. Paidós, Barcelona, 2001.

23 PROUDHON, *Ouvres choisies*, edit. Gallimard, Paris, 1967.

24 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, “La solución penal de los conflictos sociales”, en el mismo, *Concepto y límites del derecho penal*, 2ª. ed., edit. Temis, Bogotá, 1994.

25 BECCARIA. Cesare, *De los delitos y de las penas*, Cap. XVI.

No hay solución penal a los conflictos sociales. Por consiguiente, no debe acudir al derecho penal como recurso de primera mano para resolver o contener los problemas y conflictos sociales porque sencillamente es inidóneo para ello y es de necios exigirle a los olmos que produzcan peras. Conservamos el derecho penal solo porque seguimos pensando que es socialmente “necesario”: no tanto, como pensaba KANT, para que reine la justicia metafísica sobre la tierra, sino para el reforzamiento de la paz social apoyada en la democracia material y por tanto para mantener, si ya la hemos creado, la posibilidad igualitaria de participar libremente en la construcción un “mundo mejor” y de dar a todos “calidad de vida”. El derecho penal no puede en momento alguno apartarse u olvidarse de la justicia como tal ni de la justicia social, esto es, como interacción y reparto equitativo de bienes y males, pero tampoco proveer soluciones los grandes problemas sociales. El derecho penal no es para ello la salida.

He sido y sigo siendo, reitero, un redomado escéptico en torno a los beneficios sociales que puedan alcanzarse por medio de las penas criminales (sigo refiriéndome en especial a las privativas de libertad, por la crisis humanitaria en que siguen estando), pero tampoco tengo soluciones mágicas para reemplazarlas, salvo lo que ya he postulado varias veces aquí en el sentido de construir una sociedad democrática y no solo mantener una democracia formal, y, por supuesto, abrir el abanico de las penas alternativas y sustitutivas de la prisión.

No creo que con penas podamos construir un “mundo feliz”, en el sentido próximo a las utopías de ALDOUS HOUSLEY, ROBERT OWEN o CHARLES FOURIER, o un “mundo mejor” en el sentido que hoy podemos dar a esta expresión en el contexto de la filosofía liberal o personalista de RUSSEL o de RAWLS, por ejemplo. Con todo, estimo que *las penas restaurativas podrían ofrecer mejores panoramas²⁶ y que a la hora de ahora estamos en capacidad de superar la pena de prisión.*

Lo que la historia enseña es que hasta hoy el hombre se ha movido en mundos severa y extensamente punitivos. La Edad Antigua es la de los filósofos y los

26 Las restauraciones y reparaciones cumplen funciones de importancia en el derecho penal vigente, al lado de las penas, y cobran un papel protagónico en las justicias transicionales. Incluso ROXIN, siempre tan ortodoxo dentro de su positivismo funcionalista, llega a sugerir la reparación como posible “tercera vía” del derecho penal del futuro (ROXIN, Claus, *Derecho Penal – Parte General, Tomo I*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, págs.108-110).

clásicos, pero también de la de penas atroces casi sin límites: la Edad Media, bajo el pleno dominio del cristianismo, nos dio por cierto la piedad y el rescate de ARISTÓTELES –con todo y su asunción de la esclavitud–, pero también la Inquisición y una larga cadena de mazmorras, torturas, infamias punitivas y en todo caso de penas expiatorias o penitenciarias, de las que venimos a levantar cabeza solo con el Renacimiento y su rescate sorprendente de la libertad y la dignidad humanas en la obra de PICO DE LA MIRANDOLA²⁷ y un poco más tarde la de CESARE BECCARIA; la Edad Moderna nos legó a gritos los ideales de *Libertad Igualdad Fraternidad*, pero también la guillotina y el terror penal; y la Edad Contemporánea, tan rica en descubrimientos científicos, tecnología, comodidades y libertades civiles, rivaliza con todas las anteriores en el rigor de sus cárceles y en la sobrecarga de trabajo de todos los fiscales y jueces penales y alguaciles penitenciarios del mundo²⁸.

Delito, pena, delito, tormento de Sísifo. La sucesión indefinida de delitos y penas, siempre en aumento, ha sido para la humanidad un verdadero tormento de Sísifo. La sociedad que crea comenzar a redimir sus males con la creciente aplicación de penas, no terminará nunca su labor porque el fin es un espejismo, sin comprender que *cuando al fin no haya penas, ese será el principio*. Las penas criminales no son nunca un sucedáneo del Estado social y mucho menos de la justicia social. El mundo volverá a cambiar, la historia tomará un nuevo rumbo cuando hayamos prescindido de las penas de prisión, algo de lo que creo que estamos tan cerca como queramos.

La historia está llena de penas y nunca se ha acercado a una sociedad no carcelaria o no punitiva, como bien lo demuestra MICHEL FOUCAULT, y tal vez ni siquiera ha soñado con ella. Un pensamiento contrario a la sociedad carcelaria podría ser considerado hoy, sobre todo después del 11-S-2001, en los países llamados más civilizados, como podrían ser Inglaterra, Alemania o Estados Unidos de América, e incluso Francia, como algo menos que un grito anarquista. Y América, qué decir de la América ibérica, cuna de rebeliones, libertades y constituciones que son eco de los mejores ideales libertarios de la revolución francesa, pero que tiene la más nutrida población carcelaria del mundo, como si fuera en sus crímenes peor que Europa!! Esto no debería horrorizarnos porque fuimos conquistados y conducidos a la civilización europea por la violencia criminal de los descubridores y conquistadores y colonizados por la Inquisición.

27 PICO DE LA MIRANDOLA, Giovanni, *Oración por la dignidad humana*.

28 Paradigmático, MICHAEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*.

II

El drama penal y sus miserias. El desarrollo democrático es la vía para la abolición de la prisión. Y la culpabilidad qué?

Delitos, énas, procesos. El derecho penal no es solo delitos y penas, sino también proceso y en en él se ven muy en directo de las miserias del derecho penal, para usar una expresión que el gran CARNELUTTI²⁹. La observación del proceso penal permite dectectar el estado de civilidad o humanidad de la sociedad en que se desarrolla.

Mensajes de las ciencias penales. Las proposiciones de la ciencia jurídico-penal —esa que poco antes denominamos “crítica”— deben contener mensajes ético-sociales y políticos para los ciudadanos, encaminados a la construcción de una sociedad libre, pacífica e igualitaria. Así, debe erradicar de su seno no solo las teorías humanamente perversas, como las que llevaron al nacional socialismo³⁰ y a Guantánamo, Abu Ghraib y las “prisiones secretas” de los Estados Unidos en Europa después del 11-S, sino también las impracticables e ideologizantes, y contribuir así a que se eliminen las que conduzcan a consecuencias políticas intolerables para una sociedad democrática,

Principios, reglas y consecuencias políticas y sociales son las categorías con que la dogmática del delito y de la pena debe afrontar las reflexiones y proyecciones sobre su objeto. Si el derecho penal científico no sirve para implementar la construcción de una red social de democracia, paz y justicia social con participación esencial o protagonista de los derechos del hombre, entonces sólo será funcional para la conservación y aumento del poder instituido, que tal vez no reuna, o no reuna todos o siempre todos los elementos de una sociedad mejor. Entonces él haría parte de la “voluntad de poder”, conservación y aumento del poder establecido, en el duro sentido de NIETZSCHE.

29 CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*.

30 Ejemplar al respecto, LUKÁCKS, George, *El asalto a la razón – La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, edit. F.C.E., México, 1959, trad. de Wenceslao Roces.

De seguro es cierto, como apunta JAKOBS, que el Derecho penal -no se refiere a la ciencia sino a las normas- confirma la vigencia de una constitución positiva, mas no impulsa una sociedad mejor³¹. Esto no solo hace parte del positivismo descriptivista de JAKOBS y de todos los positivistas y funcionalistas, sino también del hecho de que *no existe una solución penal a los problemas sociales*, es decir, de que la pena no resuelve los problemas sociales para los que generalmente se la crea (escepticismo penal); pero asimismo es cierto que debe omitir el reforzamiento de los ingredientes opresivos de esa constitución y de sus leyes³².

Saber penal crítico y legitimación. Y si el derecho penal positivo no está puesto al servicio de un mundo mejor, con más justicia social y más libertad para todos, no es digno de los juristas legitimarlo con su exégesis porque la exégesis acrítica de leyes injustas no hace otra cosa que prorrogar u ocultar la injusticia. El buen comentario de las leyes de tortura es legitimación y prórroga de la tortura, como lo fueron en su tiempo los “manuales del buen inquisidor”, o lo son todavía los expertos en la aplicación de torturas (que atormentan y presionan hasta la agonía, sin dejar morir)³³. Los manuales acríticos o positivistas del derecho penal contemporáneo no están lejos de esta tétrica función.

31 JAKOBS G. , *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 39. Muchos años antes, el maestro colombiano LUIS CARLOS PÉREZ predicó que “el derecho penal es el brazo armado de la Constitución”.

32 Una teoría que se limita a “describir” el mal, sin valorarlo-, deja a sus destinatarios en el mal al no ofrecerles soluciones posibles.

33 La abolición formal o jurídica de la tortura se produce en toda Europa entre mediados del siglo XVIII y comienzos del XIX, casi en paralelo con la de la esclavitud. Pero ella tampoco desapareció nunca del todo y por esto revivió en el siglo XX en los regímenes totalitarios europeos, en Francia entre 1954-1962 durante la guerra con Argelia y en los Estados Unidos en su búsqueda de responsables de los gravísimos atentados del 11 de septiembre de 2001 en New York y Washington. Solo en 1984 se obtiene de la ONU, gracias sobre todo a la presión de *Amnistía Internacional*, la “Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes”, aunque estos procedimientos ya habían sido prohibidos por el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966 (artículo 7), en vigencia desde 1976, y asimismo por el artículo 5 de la “Declaración Universal de los derechos humanos” de 1948. En Colombia y otros muchos países la tortura es ahora un delito que puede cometer cualquier persona. Pero tan recurrente es su práctica, que en la actualidad operan todavía organismos internacionales, tanto europeos como americanos, para la prevención de la tortura y la rehabilitación de los torturados.

El objeto de las ciencias penales es el drama penal, en uno de cuyos extremos se encuentra el crimen y en el otro el proceso penal, el imputado enfrentado al inmenso poder estatal. "Las gentes piensan que el sufrimiento penal comienza con las penas y no es verdad", como tampoco lo es que termine con ellas, porque comienza ciertamente ya con el proceso penal y se extiende mucho más allá del final de la ejecución penal, según lo hemos aprendido de CARNELUTTI³⁴. Delitos y penas no son tan distintos como aparentan porque ambos son males contra las personas y la comunidad, privan de bienes o derechos o los restringen.

El drama penal es algo terrible y por tanto también lo son el derecho positivo que se refiere al mismo y las enseñanzas en torno a él que los juristas predicán en sus libros y doctrinas. Con el calificativo de "terrible" no quiero hacer tremendismo de minusvaloración, sino llamar la atención hacia el hecho de que el derecho penal positivo y las ciencias penales se refieren a realidades dramáticas del mundo social a las que cabe acercarse con prudencia y moderación. Tanto lo son los crímenes como las penas, pues con ambas se pueden imponer a las personas males muy graves, esto es, grandes privaciones o restricciones de derechos fundamentales. "Dramático" significa en este contexto lleno de tensiones y aflicciones, dolores y penas y en cuanto tal, como dice el DRAE, "capaz de interesar y conmover" y, tal vez más, también de corromper.

Drama y tragedia penales. Empero, con esas significaciones nos quedamos cortos porque ciertamente *el proceso penal puede ser un drama, pero la pena criminal es algo más, es una tragedia*, en el mejor sentido de los griegos, porque ni siquiera sabemos el mal que con ella estamos ocasionando, ni poseemos baremos adecuados para aplicarla y controlar sus frenéticas secuelas.

Inocuidad y defensa social. De todas las funciones que se asignan a la pena criminal, limitándonos a las penas privativas de la libertad, la única que posiblemente se cumple en la realidad es la *inocuidad relativa y temporal del delincuente* y en esta medida un cierto sentido de defensa social o protección de la comunidad de personas en interacción pacífica. *Atemorización también (prevención general negativa)?* Tal vez sí, pero con el peligro nunca bien conjurado del terror penal, si ella llegare a convertirse en fin principal de la pena. *Rehabilitación o resocialización, prevención especial positiva)?* No sabemos con respecto a qué, ni cómo se justifica una rehabilitación coactiva en

34 CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, edit. Temis, Bogotá, 1989.

una sociedad abierta (POPPER), ni frente a una persona moralmente autónoma (KANT). Podría decirse que por la educación y el trabajo durante la ejecución penal. Pero en tal caso la rehabilitación se surte por virtud de la educación y del trabajo, y no de la coacción penal.

En cualquier caso siguen vigentes las objeciones muy conocidas de que no todos los delincuentes son susceptibles de una tal resocialización: unos, la inmensa mayoría, los delincuentes ocasionales y pasionales no reincidentes, porque no la necesitan; otros, los llamados incorregibles, como los llamados multi-reincidentes y profesionales, porque no se conoce ningún tratamiento que pueda transformar su personalidad. Y si la prognosis es que estos últimos no dejarán de delinquir de ninguna manera, frente a ellos cabe mantener el aislamiento sin atropello de su dignidad, lo que conduce con facilidad a las condenas indeterminadas y a veces condujo a las condenas por “peligrosidad social o predelictual”.

Penas alternativas a la prisión. Ha dicho hace muy poco el connotado jurista colombiano y ex Ministro de Justicia YESID REYES ALVARADO –discípulo directo de JAKOBS en Alemania y “normativista” como su maestro- que la pena es sufrimiento (castigo), pero no se puede agotar como tal sino que debe propender a la reincorporación del penado a la vida social productiva y pacífica y al restablecimiento de las relaciones sociales perturbadas con la acción criminal. De donde bien concluye que, como logran esos objetivos, las sanciones alternativas (no privativas de la libertad) previstas recientemente en Colombia para las FARC-EP en los Acuerdos Finales de Paz (2016), “no deben ser consideradas como una manifestación de impunidad”³⁵.

Sí, de acuerdo. Pero esos efectos los logran las penas mismas, siempre coactivas, o la pactada alternatividad no tan punitiva? Si lo primero, cuáles son los mecanismos para que las penas alcancen siempre o al menos generalmente tan loables objetivos más allá de lo meramente simbólico? Y si lo segundo, por qué lo que vale para un gran grupo armado ilegal (delincuencia violenta continuada y organizada profesionalmente) que llegó a cometer muchos delitos –algunos de ellos atroces-, no vale para otras organizaciones criminales e incluso para los delincuentes individuales? Lo que esto demostraría, creo, es

35 REYES ALVARADO, Yesid, “La pena para qué?”, en diario *El Tiempo*, Bogotá, 22 de septiembre de 2016, Sección “Debes Leer”, pág. 14.

que las penas criminales (privativas de la libertad) pueden llegar a tratarse como socialmente innecesarias porque los efectos bondadosos de reinserción social y restablecimiento de la paz se pueden lograr por medios más económicos y mucho menos traumáticos.

Abolición progresiva de la prisión. Pero cuidado: no digo que por estas vías extraordinarias de un derecho penal más restaurativo y alternativo que retaliativo podamos acabar ya y de un tajo con las penas privativas de libertad³⁶. Lo que sugiero es que esta reflexión muestra una prometedora ruta de exploración que podría permitirnos en el mediano plazo reducir de manera importante las penas privativas de libertad y de este modo descongestionar o deshacinar las cárceles y de contera mejorar sensiblemente el sistema penitenciario. Así obtendremos una prisión para menos personas y de menor duración, pero con mayores probabilidades de dañar menos a los convictos, así como de persuadirlos y capacitarlos para una vida futura libre de delitos.

Claro que parejamente tienen que cursar reformas socio-económicas que ataquen el desempleo, disminuyan la desigualdad, transformen las economías informales y dignifiquen las condiciones de vida de zonas marginales de las ciudades e integren más el campo a las venas principales de la economía nacional.

Nada de esto supone un cambio ideológico hacia modelos socialistas, para que quede claro que también en lo social continúo siendo un liberal, aunque no comparto el extremo del “liberalismo salvaje” en lo económico.

Las penas son placebos sociales. Como decíamos antes, así ha sido en los dos milenios precedentes de la historia y así sigue siendo en la apertura del tercer milenio, sin que todavía se barrunten horizontes distintos, porque hoy como ayer las penas siguen siendo falsos paliativos, meros placebos. La

36 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del derecho penal*, 3ª. ed., Edit. Temis, Bogotá, 2014, págs.162 y ss., “Nociones sobre justicia restaurativa y transicional y nociones sobre perdón y reconciliación”. Es significativo al respecto que hasta un funcionalista como ROXIN (*Derecho Penal – Parte General*, tomo I, págs. 108-110) llegue a aceptar un modelo de justicia reparadora o restaurativa como una “tercera vía” posible, con el que se pueden alcanzar reparación de las víctimas, resocialización, prevención integradora y hasta “restauración de la paz jurídica”

solución de los conflictos sociales no está en las penas sino en la construcción de la democracia real, de la sociedad igualitaria. Si aplicamos menos penas habrá menos delitos? No necesariamente, al menos no eo ipso. Ello depende de la sociedad democrática con cuya construcción respondamos materialmente a esos conflictos y no de las penas, ya que estas por sí mismas son inidóneas para el control global de la criminalidad.

No ha habido, y no se sabe si podrá haber, sociedades sin penas criminales. Que hay cada vez más criminalidad es cierto, porque la población mundial sigue en aumento, pero hay también más delitos porque hay cada vez más penas criminales.

Y la culpabilidad qué? Y la *culpabilidad*, que parece clara como principio fundamentador y limitador del poder punitivo estatal (“no hay pena sin culpabilidad ni pena más allá de la culpabilidad”), es como concepto algo muy clarooscuro. *Todos sabemos que la pena se apoya en la culpabilidad, pero pocos saben, tal vez nadie sabe qué es la culpabilidad.*

Existen en la dogmática penal tantas variantes conceptuales de la culpabilidad que es verdaderamente una odisea saber en qué consiste ésta, incluso si todos estuviésemos de acuerdo, que no lo estamos, en que es “un juicio de reproche”. Porque enseguida surge la pregunta ¿reproche de qué? Y ¿con la autoridad moral de quién? Y las respuestas son tantas que resultan casi inabarcables por nuestro entedimiento de penalistas, son irreductibles a una unidad conceptual, esto es, en definitiva, son ininteligibles, una verdadera nueva torre de Babel. *Y si no sabemos a ciencia cierta en qué consiste la culpabilidad, incluso para quienes adoptamos una posición de indeterminismo débil o de libre albedrío limitado, tampoco podemos saber cuándo es “justa” o “merecida” la pena criminal que se aplica con base en ella.*

Sabe el derecho penal para dónde va? Esto abre un panorama algo desolador: no sabemos cuáles son los efectos de las penas, ni cómo sustentar su aplicación, y por tanto las que aplicamos parecen flotar en el vacío, esto es, en algo así como la arbitrariedad o la mera conveniencia oficial de la represión. Lo que sí sabemos es que *las penas no previenen el delito sino que reduplican sus males, y que no “resocializan” al delincuente sino que lo endurecen, lo desarraigan y hasta lo profesionalizan.*

CONCLUSIÓN

1. Queridos amigos, no voy a prolongar más este discurso, cuyo contenido puedo compendiar en unas pocas frases: *el derecho penal de nuestro tiempo -y de todos los tiempos- es un fracaso*, porque ni suprime ni controla efectivamente el delito (esta misión es más propia de la democracia material que de las penas); y, de otra parte, para no caer o no recaer en el punitivismo lo aconsejable es mantenerse escéptico frente a los efectos benéficos de las penas criminales (ya saben, en especial las carcelarias) y, para utilizar fuera de contexto una metáfora de mi coterráneo TOMÁS CARRASQUILLA, *achiquitarlas y achiquitarlas hasta que desaparezcan a la diestra de Dios Padre*.
2. Como lo decía un pensador inglés, tal vez BERTRAND RUSSEL, la justicia penal de nuestro tiempo es una vergüenza, porque aplica a las personas males muy graves que no podemos saber si son legítimos y merecidos y se aplican siempre de manera antihumanitaria o por lo menos deshumanizante. Razones de más para minimizarlo, y, si fuese posible, alguna vez sustituirlo, como soñaba RADBRUCH en pensamiento muy conocido que sigue siendo tan luminoso como utópico, *"no por un derecho penal mejor; sino por algo mejor que el derecho penal"*.