

# **Derecho Penal**

# ABOLICIONISMO, O CÓMO DESTRUIR EL ARROGANTE IMPERIO DEL PODER PUNITIVO

Por MATIAS  
Bailone<sup>1</sup>

*"Ningún encanto hay allí donde los dioses no mueren  
bajo nuestros ojos" Cioran*

## 1. Introito: Necesidad de ficción

Se dice que Adán tuvo la prerrogativa de nombrar todo por primera vez, y en ese acto pleno de arbitrariedad como de grandeza, de señalar semánticamente cada elemento sensorial, confrontaba la propia naturaleza de la cosa. Luego, en los años posteriores al pecado original, los hombres hicieron una torre en la que Dios mezcló sus lenguajes y todos terminaron confundidos. La maldición de Babel había roto lo último que los hombres conservaban de aquel paraíso: la lengua adánica. Ahora estábamos solos, sin ningún don divino, abandonados a la misericordia del Señor de los Ejércitos.

y los hombres, con su petulancia de las dos patas traseras que lo mantenían erguido sobre el resto de la creación, a la deriva de toda divinidad, se crearon su propio Olimpo. Inventar a dios no era tarea fácil, requería el concurso de todas las fuerzas espirituales del hombre, y en ese momento fue cuando se pensó en la épica, en la leyenda, en la fantasía, en la ficción, y nacieron las historias de transmisión oral. Pero no podía concebirse la génesis y la glorificación de una deidad, sin vislumbrarse su caída y ocaso. Como en un frontispicio de helénica quietud se inscribe el pensamiento de E. M. Cioran: "Ningún encanto hay allí donde los dioses no mueren bajo nuestros propios ojos". Todo dios manufacturado con proverbial exquisitez tiene un Nietzsche que espera tras la vuelta de la esquina para destronado e imponer uno nuevo.

<sup>1</sup> Ayudante alumno de la cátedra de Derecho Penal 1, de la Universidad Católica de Cuyo (Sede San Luis); Miembro del Instituto de Ciencias Penales de San Luis (Argentina); Editor de [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar); ~

Así surgen los primeros indicios de esta divinidad que el 'abolicionismo' pretende destronar: el poder punitivo. Una ficción que sirve para cohesionar, que cumple el abierto papel de Demiurgo. Cioran decía que no hay orgullo más majestuoso que ser el agente de disolución de una filosofía: "matar la verdad ... manía que hace vivir al espíritu ... socavar la arquitectura de malentendidos sobre la que se apoya el orgullo del pensador ... ". Y para destruir los cimientos del demiúrgico poder punitivo se necesita tanto tiempo como el que se precisa para promoverlo y adorarlo, "no basta con aniquilar su símbolo material, lo que es sencillo, sino también sus raíces en el alma.,<sup>2</sup>.

Nietzsche hablaba del nacimiento de esa ficción en un texto de La Gaya Ciencia: "En algún lugar perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a numerosos sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquel el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal."<sup>3</sup> Foucault en una conferencia en Rio de Janeiro en 1973 se encarga de abordar este tema, afirmando que el conocimiento no tiene un origen (Ursprung) sino una invención (Erfindung): "Para Nietzsche la invención es, por una parte, una ruptura y por otra algo que posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable ... A la solemnidad de origen es necesario oponer la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones e invenciones. El conocimiento fue, por lo tanto, inventado. Decir que fue inventado es decir que no tuvo origen, que el conocimiento no está en absoluto inscrito en la naturaleza humana.,<sup>4</sup>

Por lo tanto el poder punitivo en sus facetas más o menos actuales no nos viene dado por bases ópticas, sino que fue inventado. Y como todo poder inventado tiene un fin. Zaffaroni ha marcado muchas veces que no existe un concepto óptico, sino límites ópticos.

Thomas Mathiesen quiere demostrar la factibilidad del discurso abolicionista contando la historia de la caída de un sistema penal a escala

<sup>2</sup> Cioran, E. M.: 'Breviario de podredumbre', Gallimard, 1949. En castellano: Alianza Editorial, Madrid. Traducción de Fernando Savater.

<sup>3</sup> Nietzsche, F. Citado por Foucault, Michel: "La verdad y las formas jurídicas", primera conferencia.

<sup>4</sup> Foucault, Michel: "La verdad y las formas jurídicas".

Así surgen los primeros indicios de esta divinidad que el 'abolicionismo' pretende destronar: el poder punitivo. Una ficción que sirve para cohesionar, que cumple el abyecto papel de Demiurgo. Cioran decía que no hay orgullo más majestuoso que ser el agente de disolución de una filosofía: "matar la verdad ... manía que hace vivir al espíritu ... socavar la arquitectura de malentendidos sobre la que se apoya el orgullo del pensador ... ". Y para destruir los cimientos del demiúrgico poder punitivo se necesita tanto tiempo como el que se precisa para promoverlo y adorarlo, "no basta con aniquilar su símbolo material, lo que es sencillo, sino también sus raíces en el alma"<sup>2</sup>.

Nietzsche hablaba del nacimiento de esa ficción en un texto de La Gaya Ciencia: "En algún lugar perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a numerosos sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquel el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal."<sup>3</sup> Foucault en una conferencia en Rio de Janeiro en 1973 se encarga de abordar este tema, afirmando que el conocimiento no tiene un origen (Ursprung) sino una invención (Erfindung): "Para Nietzsche la invención es, por una parte, una ruptura y por otra algo que posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable ... A la solemnidad de origen es necesario oponer la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones e invenciones. El conocimiento fue, por lo tanto, inventado. Decir que fue inventado es decir que no tuvo origen, que el conocimiento no está en absoluto inscrito en la naturaleza humana.,<sup>4</sup>

Por lo tanto el poder punitivo en sus facetas más o menos actuales no nos viene dado por bases ópticas, sino que fue inventado. Y como todo poder inventado tiene un fin. Zaffaroni ha marcado muchas veces que no existe un concepto óptico, sino límites ópticos.

Thomas Mathiesen quiere demostrar la factibilidad del discurso abolicionista contando la historia de la caída de un sistema penal a escala

<sup>2</sup> Cioran, E. M.: 'Breviario de podredumbre', Gallimard, 1949. En castellano: Alianza Editorial, Madrid. Traducción de Fernando Savater.

<sup>3</sup> Nietzsche, F. Citado por Foucault, Michel: "La verdad y las formas jurídicas", primera conferencia.

<sup>4</sup> Foucault, Michel: "La verdad y las formas jurídicas".

mundial, aparentemente firme, como fue la caza de brujas española. "¿Quién hubiera creído en 1487 que la institución de la caza de brujas desaparecería algún día, como de hecho desaparecería la misma Inquisición<sup>5</sup>?", decía el profesor noruego. Y si aquel sistema que emulaba la solidez y firmeza de una roca un día comienza a desaparecer de la faz de la tierra, por hechos políticos, ¿cuál será el destino de nuestro actual estado de cosas en materia punitiva?

## 2. Abolicionismo penal: ideas generales

El Derecho Penal, en la definición que dió hace 200 años Francisco Mario Pagano, "se dirige principalmente a establecer la tranquilidad pública, que es el principal objeto de la sociedad.,<sup>6</sup>. En esa concepción que calificaríamos como el acta de nacimiento del poder punitivo, y que se remonta a varios años antes de la obra pagana, se produce el fenómeno tantas veces analizado de expropiación del conflicto a la víctima por parte de un Estado que quería construir poder.

Todo análisis que podamos hacer de las nuevas corrientes abolicionistas dentro del saber jurídico penal no puede pretender visos de originalidad, por lo que adico de esas pretensiones, y sólo buscaré en las páginas que siguen hacer un racconto del estado de la cuestión.

El abolicionismo habitó estas tierras mucho antes que el poder punitivo, aunque ello implicaría trucidar que nunca puede preceder la negación a lo negado. Pero el abolicionismo al que hacemos referencia es más bien un conjunto menos sistemático, pero no por ello irracional, de

<sup>5</sup> "La Inquisición fue una inmensa red de vigilancia y fuerza policíaca, establecida por primera vez en el 1200 como una fuerza especial para combatir la herejía, organizada en España hacia fines del 1400, con miles de empleados y una amplia red de servicios de inteligencia, fuerzas policiales secretas, autoridades condenatorias y detenciones ... " Thomas Mathiesen. Trabajo presentado en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, Auckland, Nueva Zelanda, 1997.

<sup>6</sup> En este 2003 se cumplen 200 años de la publicación de la obra póstuma del jurista italiano Francisco Mario Pagano, alto exponente de la frustrada Revolución Napolitana, quien con el fracaso de la misma sacrificó su propia vida. Pagano además de redactar el proyecto de Constitución de la República Napolitana (1799), pretendió profundizar el pensamiento penal liberal beccariano pero firmando no sólo el aspecto teórico sino las concretas posibilidades de relación. "Ninguno ha intentado hacer una ciencia de este importante derecho", decía Pagano en el preámbulo a su principios del Código Penal", con cuya edición en español podemos contar gratis a la traducción de Raúl Zaffaroni, con notas de Sergio Moccia, editado por Hammurabi, BS.AS., 2002.

formas de solución alternativas de aquellos conflictos interpersonales que en la nomenclatura moderna llamamos 'delitos'. Todos esos conflictos que surgen en una comunidad más o menos organizada, atentan contra lo que los pensadores del Iluminismo (véase ut supra Pagano) colocaban como el centro medular del derecho penal: la obtención de la tranquilidad social. Francesco Carnelutti hablaba de la 'civilidad' como el norte del derecho penal, y la definía como 'la capacidad de los hombres de amarse, y por eso, de vivir en paz', y llama al delito como 'el drama de la enemistad y de la discordia.'

El abolicionismo penal plantea que aquellos conflictos se resuelvan por vías informales, donde predominen soluciones particulares para cada caso, o donde se recurra al derecho privado o administrativo, donde se devuelva a los titulares del conflicto primigenio en una especie de retrocesión la potestad de solucionar el caso de la manera más conveniente. Decía Pérez Pinzón que el Abolicionismo no busca *lila* desaparición del control, que equivale a orden, sino la eliminación de los controles represivos que actúan ideológicamente sobre la psiquis y/o sobre el cuerpo humano ... es capital, entonces, distinguir el control cuya génesis se encuentra en la constitución antropológica del hombre, de aquel que es pura coacción y expresión de formas de dominación históricamente variables y por ello, en principio superables."<sup>7</sup> El abolicionismo también, en un sentido laxo, sería el colofón de toda teoría que deslegitima el poder punitivo, su último escalón.

Este sería el sus trato básico en el que todas las doctrinas abolicionistas coinciden, porque más allá de esto, hay tantas justificaciones y modelos abolicionistas como cultores del abolicionismo hay sobre esta tierra.

### 3. Lineamientos básicos del Abolicionismo penal

Elena Larrauri<sup>8</sup> sistematiza los planteos de la mayoría de las escuelas abolicionistas en estos tópicos:

?La ley penal no es inherente a las sociedades. Como dijimos ut supra la expropiación del conflicto a la víctima es un fenómeno de la Insquisición medieval.

<sup>7</sup> PEREZ PINZON (Alvaro) En La perspectiva abolicionista, Bogotá, Edil. Temis 5. A., 1989, P.15.

<sup>8</sup> Larrauri, Elena: "Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista", en Poder y Control, 1987, pags. 104 y ss.

- ? El delito no tiene una realidad ontológica, sólo se identifica por una decisión político legislativa.
- ? La responsabilidad a la que hace mención el sistema penal surge de una segmentada imagen de la realidad. Toma en cuenta el hecho en su microdimensión fáctica y no las circunstancias que lo rodean .
- ? La persecución penal es selectiva. La teoría del hombre delinvente de Lombroso terminó siendo la más honesta de las pretensiones descriptivas de los sistemas penales, aunque no haya sido concebido de esa forma por el autor .
- ? La pena no cumple la función que siempre nos han dicho que cumplía. Así sabemos que el derecho penal tiene un fin declarado y un fin latente, un monstruoso Dios Jano que a la hora del desenmascaramiento muestra su rostro oculto y más despiadado.

El problema de fondo de esta cuestión es por donde comienza el abolicionismo a quebrar el status quo imperante: "el delito no existe más allá de la definición legal, esto es, que el delito no tiene existencia ontológica, sino que se trata sólo de un problema de definiciones"<sup>9</sup>, enseñaba Alberto Bovino en un célebre trabajo sobre el tema. La relación existente entre las distintas conductas seleccionadas por las partes especiales de los códigos penales modernos es esencialmente política <sup>10</sup>. Más que objeto del sistema penal, los delitos son producto de este. Porque si bien es imprescindible la prohibición jurídico penal de los ataques a la vida y a la dignidad, estos 'tipos penales' conviven con prohibiciones que no han sido nunca óbice a la paz social o la convivencia armónica de la sociedad. Bastaría recordar el fenómeno tristemente extendido de la llamada 'inflación penal', donde se extienden los efectos criminalizantes del sistema penal a sectores antes invulnerables o en áreas exentas de ese tipo de regulación. Por ejemplo, las frecuentes sanciones penales a incumplimientos administrativos.

Bovino, Alberto: 'Manual del buen abolicionista'.

<sup>10</sup> La relación existente entre los llamados 'tipos penales' de cualquier código penal, me hace recordar aquel cuento de Jorge L. Borges ('El idioma analítico de John Wilkins', Otras Inquisiciones, Emece, Bs. As., 1960) donde habla de cierta enciclopedia china que clasifica a los animales en "a) pertenecientes al emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos, h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas."

Pero cuando decimos que lo que hoy llamamos 'delito' sólo está unido por decisiones políticas (entiéndanse por tales la criminalización primaria donde los órganos legislativos seleccionan cuasi arbitrariamente hechos del mundo del ser, y los llevan -neokantianamente hablando- al mundo del deber ser; y la criminalización secundaria, donde las agencias jurídicas basándose en aquel vademécum dantesco seleccionan víctimas del proceso penal a las que quepa el sayo del tipo jurídico penal) estamos haciendo referencia a la supuesta solución que da el sistema penal a todas estas conductas: la pena<sup>11</sup>. Respuesta estereotipada y simplista que en el mejor de los casos deja el conflicto como está, y en el peor termina agravando la situación. Esa 'amarga necesidad', como definió la pena el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, cuenta con años de arraigo en la forma de estructurar poder en la mayoría de nuestras sociedades modernas, por eso se acusó reiteradamente al abolicionismo de tener raigambre anarquista, tema sobre el que volveremos.

Los delitos, entonces, tal como nos enseñan en la Facultad de Derecho, son dogmas republicanos en los cuales se asienta la estabilidad institucional de un país. Estaríamos legitimados para ampliar el margen de 'lo delictivo', y poblar el Código Penal de nuevos incisos (tanto, que tenemos artículos que por su extensión tipo lógica serían merecedores de una codificación autónoma) o leyes especiales que a manera de muñecas rusas elevan a la enésima potencia la criminalidad punible. Pero -en la concepción imperante en nuestras sociedades- no podríamos, so pena de vulnerar gravemente la paz social, reducir la intervención del sistema penal. Porque no pensemos que el abolicionismo pretende sustraer los supuestos 'delitos' de la intervención jurídica del Estado, sino llevados al derecho privado, o como mínimo no brindar respuestas estereotipadas. Hulsman habla de 'resolución de conflictos sociales', Michael Ancram menciona el mayor uso de la ley civil, reemplazando la acción penal por la acción civil.

Entonces, de la parte especial del Código Penal, de todo ese bagaje de conductas prohibidas o mandadas que forman parte de la estructura mental de todo abogado penalista, no podríamos extraer nada anterior a la decisión política de su punición. Según la Ley de Hume, no es posible derivar

<sup>11</sup> Mezger pretendió llamar 'Derecho Criminal' al Derecho Penal, para abarcar a las medidas de seguridad. A tal efecto Cfr. Bailone, MATIAS 'Las medidas de seguridad en nuestra legislación', en prensa.



conclusiones prescriptivas de premisas descriptivas, ni viceversa. Aunque como dice Umberto Eco: "de un sistema de prohibiciones puede deducirse lo que la gente hace normalmente, y puede obtenerse una imagen de la vida cotidiana" <sup>12</sup>, lo que nos lleva a pensar en los resultados de los discursos prevencionistas, tanto en su versión especial como general.

Siempre se ha remarcado en la necesidad imperiosa de que en nuestras Casas de Altos Estudios se cuente con una formación más integral, más humanística, con conocimientos integrados de la sociología. Gustav Radbruch decía que "no es verdadero y completo jurista el que, aún conociendo con precisión científica el derecho positivo de un determinado país, no se da cuenta de la abismal distancia entre el Derecho y la vida ... ", y llamaba este conocimiento como 'mala conciencia'<sup>13</sup>. Como en el cuadro de Goya, el sueño de la razón jurídica produce monstruos, y en este caso el sueño no sólo es el aletargamiento en suaves acolchados dogmáticos, sino la alienación política que sufre el teórico. Zaffaroni explica este fenómeno advirtiendo que los doctrinarios y sus sistemas de pensamiento siempre responden a un poder político, están contruidos en clave de poder, y muchas veces -algunas inconscientemente- están alienadas políticamente. "La relación entre la dogmática jurídico penal y la política está opacada porque es demasiado estrecha, dado que un discurso jurídico penal bien estructurado no es otra cosa que un programa político elaborado con precisión pocas veces vista.",<sup>14</sup> Lo importante es saber que cada intento racionalizado de la dogmática jurídico penal sirvió para legitimar un proyecto político. Lo que no debería suponer que el abolicionismo responde políticamente al anarquismo.

Dijimos también que el sistema penal toma del mundo del ser un fragmento para llevado a la ficción o teatralización jurídica conocida como: proceso penal. "En la realidad procesal el comportamiento del individuo se vuelve incomprensible, y el conocimiento de los conflictos, se reduce al conocimiento de su sintomatología. En el proceso penal, por tanto, los conflictos no pueden ser arreglados o resueltos, sino únicamente repri-

<sup>12</sup> Eco, Umberto: 'El péndulo de Foucault', Randon House Mondadori, Barcelona, 1997.

<sup>13</sup> Gustav Radbruch, 'Filosofía del Derecho', Berlin, citado por Alessandro Baratta en 'La vida y el laboratorio del derecho' ...

<sup>14</sup> Zaffaroni, Eugenio Raul: en 'Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penar, de Zaffaroni y José Cafferata Nores, Advocatus, Cba, 2002.

midos; es decir, en él se reprime su expresión inmediata e individual: la acción delictuosa.,<sup>15</sup> La justicia penal, entonces, es una manera muy particular de reconstrucción de la realidad, "concentra su atención en un incidente, estrechamente definido en el tiempo y en el espacio, congelando la acción allí, y buscando respecto de ese incidente a una persona, un individuo, a quien se le pueda atribuir la culpa o la realización del hecho.,<sup>16</sup> "Cuanto más se ve al acto como un punto en el tiempo, más se lo simplifica y se lo descontextualiza del proceso de interacción que generalmente lo enmarca, concentrando la atención sólo en los aspectos relevantes para la ley penal.,<sup>17</sup>

Hulsman citando a Leslie Wilkins afirma que la tarea primaria de la justicia penal, es una tarea de asignación de culpa, se sigue simplificando el problema del delito como el problema del delincuente. "La asignación de culpa no provee información útil para controlar o remediar este tipo de eventos. Cuando uno mira situaciones problemáticas que pueden ser criminalizadas, es necesario, no sólo tomar una mirada micro, como se hace actualmente en el proceso de asignación de culpa, sino también una mirada más amplia, macro, del hecho en cuestión"<sup>18</sup>.

Para Raúl Zaffaroni el abolicionismo genéricamente resurge en momentos de debilitamiento discursivo de la legitimación del derecho de punir. En estos tiempos es innegable esa situación. El holandés Louk Hulsman piensa que el poder punitivo es un problema en sí mismo, y "ante su creciente dañosidad y paralela inutilidad para sus fines manifiestos, concluye en la conveniencia de abolido en su totalidad como sistema represivo". Las situaciones que hoy llamamos delito serían redefinidas "en forma de situaciones problemáticas [que] puede permitir soluciones efectivas en un cara a cara entre las partes involucradas, conforme a modelos diferentes del punitivo"<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Baratta, Alessandro: "La vida y el laboratorio del derecho",

<sup>16</sup> Hulsman, Louk: 'Alternativas a la justicia pena!', traducción de Alberto Bovino.

Edición digital de [www.derechopenal.com.ar](http://www.derechopenal.com.ar)

<sup>17</sup> Bovino, Alberto: 'Manual del buen abolicionista'. <sup>18</sup>

Hulsman, Louk: op. cit.

<sup>19</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar: Derecho Penal Parte General, 2002, Ediar, p. 364.

#### 4. Las críticas al abolicionismo

Uno de los ataques más comunes a las doctrinas abolicionistas, es su supuesto origen anarquista, su propedéutica al caos, a la desestabilización del mundo normativo. Es la única rama científica en la que el objeto de estudio es la destrucción de sí mismo, si consideramos que estudia el sistema penal como lo tenemos configurado en nuestras sociedades. Pero la mayoría de las doctrinas abolicionistas van más allá de la negativa, y plantean las soluciones alternativas a esos conflictos que hoy llamamos delitos penales. Zaffaroni explica el porqué no podemos asociar sin más al abolicionismo con el anarquismo, "pues la identificación del poder punitivo con la totalidad de la coacción jurídica, no es más que la expresión de una confusión conceptual..."<sup>20</sup>.

Es el Maestro Eugenio Raúl Zaffaroni quien se ha encargado de divulgar en el mundo hispano la figura del periodista francés Emile de Girardin<sup>21</sup> (1806 - 1881). Fundador de la prensa moderna, a través de su diario 'La Presse', Girardin fue diputado y hombre público de la Francia de su época. Girardin es autor de un libro abolicionista, titulado 'Du droit de punir', editado en París en 1871, del que no hay ninguna edición castellana, ni ninguna reedición francesa. "Su libro abolicionista de 1871 -dice Zaffaroni- es citado muy pocas veces. Matteotti lo recuerda como uno de los pocos que no sólo deslegitimó la agravación por reincidencia, sino que se animó a negar directamente el derecho de punir. Creemos que es conveniente quitarle el polvo a este viejo libro, porque destacando la posición abolicionista de alguien que no tiene vínculos con el pensamiento anárquico y utópico se desarma el mito de que la deslegitimación del poder punitivo es sólo una cuestión de autores de esas tendencias ... ". Sus afirmaciones, "no son más que las de un liberal asombrado frente al devastador panorama que presentan las características estructurales del ejercicio de la represión penal", y su carácter deslegitimatorio del ius puniendi estatal llega a poner en el frontispicio de la obra una cruz, simbolizando el Sacrificio Redentor de Jesucristo como la mayor injusticia del sistema penal de todos los tiempos.

<sup>20</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar,: Derecho Penal Parte General.

<sup>21</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar: Derecho Penal Parte General, 2002. Se recomienda en forma especial el trabajo publicado por Raúl Zaffaroni en 'Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales', Libro homenaje a Claus Roxin, Lerner, Cba. 2001. Ver comentario bibliográfico del libro por MATIAS Bailone en 'Ciencias Penales Contemporáneas' Año 2, Nro. 4., Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.

Girardin rechaza el contrato social, la tesis de la defensa social, y todo intento justificatorio de la maquinaria punitiva, y niega sistemáticamente la utilidad de las penas, salvo la de la pena de muerte. En este punto dice que es Beccaria (el crítico de la pena de muerte) quien se equivoca y Joseph de Maistre (el apologista del verdugo) a quien asiste la razón. Este periodista liberal (el primer periodista masivo) escribe este libro (sin trascendencia) con mentalidad de político: suprimir la prisión primero, y la pena de muerte en otra etapa posterior, pero lo que olvidó -según estima el Maestro Zaffaroni- es lo que en su tiempo señaló Foucault: "la conservación del sistema penal no interesa porque prevenga nada, sino por la forma de poder que ejerce y que se traduce en vigilancia de toda la población", Eugenio Raúl Zaffaroni me decía recientemente, que resucitó este libro olvidado de Girardin, "para desvirtuar el prejuicio de que todas las posiciones abolicionistas son de izquierda o anarquistas".

Bustos Ramírez le critica al abolicionismo partir de una errónea concepción del Estado, una concepción reductora que excluye a la sociedad civil. Para el penalista chileno el Estado no sólo son sus aparatos de control, por lo que toda propuesta abolicionista "sólo puede llevar a un cambio de etiquetas, pues también en la sociedad civil se reproducen las formas de poder y violencia.,<sup>22</sup>,

Otras críticas a las corrientes abolicionistas se centran en el hecho de que la despenalización implicaría la reducción de garantías del ciudadano y la desaparición de los límites de la intervención punitiva del Estado<sup>23</sup>, Ferrajoli también ha puntualizado sus objeciones al abolicionismo, porque nos lleva a una anarquía punitiva, o a la existencia de una sociedad disciplinaria panóptica como la que vaticinaba Foucault<sup>4</sup>. Además se considera que una ausencia de respuesta 'institucional' del Estado ante el fenómeno delictual redundaría en un irracional cúmulo de 'respuestas privadas', las llamadas 'venganzas de sangre', La lucha contra la vengaza privada, o la exacerbación desbordante de la inisma, ha sido históricamente

<sup>22</sup> Bustos RaúlÚrez, Juan: 'Introducción al derecho penal', Segunda edición, Ternis, Bogotá. 1994.

<sup>23</sup> Para una amplia perspectiva del tema ver por todos: Larrauri, Elena 'Crirrinología crítica: abolicionismo y garantismo'. Revista de la Asociación de Derecho Penal de Costa Rica.

<sup>24</sup> Ver de Foucault 'Vigilar y Castigar', 'Las palabras y las cosas', y 'La verdad y las formas jurídicas', publicadas por Siglo XXI, México.

la legitimación más frecuente de la intervención del Leviathán estatal. Así siempre que se esboce un planteo abolicionista se recordará a la víctima vengadora, como un estereotipo que sin embargo no tiene base real, ya que "en la mayoría de los casos a la víctima sólo le interesa una reparación del daño, al estilo del derecho privado"<sup>25</sup>.

Este problema de que en lugar de lo que conocemos como 'pena' surjan 'violencias arbitrarias', desconoce el hecho de que "la negativa del abolicionismo a adoptar una lógica punitiva no equivale a 'no hacer nada',<sup>26</sup>. Que el abolicionismo busca que "cualquier instancia esta tal que intervenga no tenga poder para imponer a las partes una decisión que ponga fin al conflicto, pero sí que pueda evitar que se impongan ciertas soluciones"<sup>27</sup>.

### 5. Los fines de la pena: el fracaso de las doctrinas justificatorias.

Para el Papa Pío XII la pena era -citando a Carnelutti- una forma de 'redimir al culpable mediante la penitencia'. Las doctrinas retribucionistas encuentran su tierra de promisión en muchos juristas católicos, por el hecho de confundir el problema jurídico penal con la salud del alma, la vieja mixtura entre delito y pecado. "Si la pena debe restaurar un orden divino destrozado por la culpa, ninguna pena es suficiente... sólo un dios puede salvarnos,,<sup>28</sup>, aventuraba un profesor de filosofía de la Universidad de Turín, en orden a buscar una respuesta a la existencia de las cárceles en el mundo moderno.

Sobre las teorías preventivistas Carnelutti enseñaba: "Dicen, fácilmente, que la pena no sirve solamente para la redención del culpable, sino también para la admonición de los otros, que podrían ser tentados a delinquir y que por eso se los debe asustar ... lo que la pena debe ser para ayudar al culpable no es lo que debe ser para ayudar a los otros, y no hay entre estos dos aspectos del instituto, posibilidad de conciliación."<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Bovino, Alberto: op. cito

<sup>26</sup> Larrauri, Elena: op. cit. 27

Bovino, Alberto: op. cito

<sup>28</sup> Bailone, Giuseppe: 'Il Facchiotami', Ergastolo Si o no?, Editrice C.R.T., 1999, Torino, Italia. p. 86

<sup>29</sup> Carnelutti, Francesco: 'Miserias del proceso penal'.

Excedería la intención y la extensión posible de este trabajo ahondar en cada una de las instancias del desarrollo del pensamiento jurídico penal para descubrir la concepción de la pena que tributaban, en todo caso remitimos al lector a otro trabajo que hemos realizado<sup>30</sup>.

La teoría agnóstica o negativa de la pena esbozada por el gran jurista Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>31</sup>, parte de la idea del fracaso de las teorías positivas de la pena, de aquellas que le dan una función manifiesta. Y no pretende decir antológicamente qué es la pena, sino sólo reconocer que es un hecho de poder.

Como repite el Maestro Raúl Zaffaroni, el Estado de Derecho le delega al Derecho Penal la función de contención del Estado de Policía que siempre pugna por desbordar su ámbito de actuación. Así es que consideramos al Derecho Penal (en su función reductora) como un apéndice del Derecho Constitucional. En esta concepción de la teoría agnóstica de la pena<sup>32</sup>, decimos que no podemos legitimar con ninguna construcción teórica racional el poder punitivo, porque es un hecho político, un hecho de poder, como entendió el Prof. Tobías Barreto en Brasil hace 110 años. Si legitimamos el poder punitivo, tendríamos que legitimar las guerras. Legitimemos, sí, la función de contención y dique que debe realizar el saber jurídico penal, allí se encuentra la alta función liberal que nos cabe<sup>33</sup>.

## 6. Corolario

"Ávidos de una nomenclatura para lo irremediable, buscamos un alivio en la invención verbal, en las claridades suspendidas encima de nuestros desastres... Las palabras son caritativas: su frágil realidad nos engaña y nos consuela ... " E. M. Cioran.

<sup>30</sup> Bailone, MATIAS: "El saber jurídico penal", 10 parte, edición digital en [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)

<sup>31</sup> Ver: AAVV "Homenaje a Raúl Zaffaroni", [www.carlosparma.com.ar/raulzaffaroni.htm](http://www.carlosparma.com.ar/raulzaffaroni.htm) <sup>32</sup> La pena no sirve para todo lo que nos han dicho que sirve, es un hecho político, que debemos aceptar para poder reducirlo. Ver la brillante conferencia de Raúl Zaffaroni en Brasil en 2001, en [www.carlosparma.com.ar/raulzaffaroni.htm](http://www.carlosparma.com.ar/raulzaffaroni.htm)

<sup>33</sup> Para ahondar en esta temática remitimos al lector a: Zaffaroni, Alagia, Slokar: 'Derecho Penal Parte General', Ediar 2002; y Bailone, MATIAS: 'El saber jurídico penal', 10 parte, op. cit.

E. M. Cioran, el gran cultor del escepticismo, el rumano que escribió en francés y publicó en Gallimard, tiene razón cuando dice que el hombre de hoy sigue necesitando verdades sencillas: "un evangelio, una tumba", y esa necesidad de ficción nos lleva a pensar en la viabilidad histórica de la desaparición del poder punitivo como realidad tangible. Porque -como recordaba Mathiesen- es posible la desaparición de un gran sistema penal, como fue la Inquisición, así como la caída de un gran Imperio, como fue Roma; pero siempre surgirá en su lugar, llenando su vacío, algo que cumpla su misma misión. De ahí los miedos que evoca en almas enamoradas de la Justicia como Ferrajoli, la caída de un sistema, el pánico de que en las cenizas se gesticule ese despreciable ser que conocemos como Ave Fénix.

El mundo jurídico es un universo de mitos, cuyo origen "debe buscarse a veces exclusivamente, en la debilidad de la mente, en la ignorancia, en el error, en la incapacidad de entender lo que se quisiera entender, pero que no se entiende, en las ilusiones de una imaginación más o menos poética, pero infundada y desbordante. Otras veces, además de todo esto, el mito surge de necesidades prácticas, de las cuales no siempre se tiene clara conciencia, de intuiciones nebulosas, que, sin embargo, tienen elementos de verdad, de instintos oscuros, pero profundos." 34

Para atacar el sistema punitivo es necesario destruir varios mitos bastante arraigados en el pensamiento jurídico dominante, y ello no es tarea fácil, pero como decía Alberto Bovino: está lejos de ser sólo una utopía, o un snobismo, también puede ser un sueño, un proyecto milenario o una apuesta más de trabajo cotidiano.

"Nadie puede corregir la injusticia de Dios y de los hombres: todo acto no es más que un caso especial, aparentemente organizado, del Caos original. Somos arrastrados por un torbellino que se remonta a la aurora de los tiempos; y si ese torbellino ha tomado el aspecto del orden sólo es para arrastrarnos mejor .. :"  
Cioran.

MATIAS Bailone.

[matiasbailone@hotmail.com](mailto:matiasbailone@hotmail.com)

34 Romano, Santi: "Fragmentos de un diccionario jurídico", traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1964. P. 237.